

CÉSAR BARROS LEAL
JULIETA MORALES SÁNCHEZ

Coordinadores

SERIE ESTUDIOS
EN CIENCIAS PENALES Y
DERECHOS HUMANOS

V

Curso Brasileño
Interdisciplinario en
Derechos Humanos



César Barros Leal y Julieta Morales Sánchez
Coordinadores

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

Tomo V

En Homenaje a Antonio Sánchez Galindo

2016

Catálogo na Publicação

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

Serie Estudios en Ciencias Penales y Derechos Humanos Tomo V.
En Homenaje a Antonio Sánchez Galindo / Coordenação de César
Barros Leal; Julieta Morales Sánchez.- Fortaleza: Expressão Gráfica
e Editora, 2016.

496 p.

ISBN: 978-85-420-0876-0

1. Direitos humanos I. Leal, César Barros II. Sánchez, Julieta Morales
III. Título

CDD: 341.1

SUMARIO

PRÓLOGO	5
EL JUEZ DE EJECUCIÓN Y SUS RELACIONES CON EL EJECUTIVO Antonio Sánchez Galindo	9
EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO HUMANO AL VOTO ACTIVO PARA LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE RECLUSIÓN Armando Hernández Cruz.....	41
GLOBALIZACIÓN, INSEGURIDAD CIUDADANA, PRIVACIÓN DE LIBERTAD Y DERECHO PENAL MÍNIMO EN LAS PRIMERAS DOS DÉCADAS DEL SIGLO XXI Arnel Medina Cuenca.....	57
LAS REGLAS DE MANDELA: EL RETO DE LA PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS PRIVADOS DE LIBERTAD EN BRASIL César Barros Leal.....	93
LA VISIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL INICIO DEL SIGLO XXI Emma Mendoza Bremauntz	113
BIOPOLÍTICA DE ESTADOS EXPULSORES Héctor Claudio Silveira Gorski.....	145
ACTUALIDAD DEL DISCURSO PENAL ILUSTRADO: EL PRINCIPIO DE HUMANIDAD José Luis de la Cuesta	183
ADENTRÁNDONOS EN LA MENTE DE UN ASESINO SERIAL: ENTREVISTAS CON MABOU José Martín Amenabar.....	199

IMPLEMENTACIÓN DEL ARTÍCULO 1º DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA A CINCO AÑOS DE SU ENTRADA EN VIGOR: EVALUACIÓN Y PROSPECTIVA EN LOS ÁMBITOS JUDICIAL Y ADMINISTRATIVO	
Julietta Morales Sánchez	233
HACINAMIENTO PENITENCIARIO EN AMERICA LATINA: CAUSAS Y ESTRATEGIAS PARA SU REDUCCIÓN	
María Noel Rodríguez.....	251
SOCIEDAD DE RIESGO Y RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS	
Mayda Goite Pierre.....	291
LA PENITENCIARÍA EN AMÉRICA LATINA: ANHELO ESTANCADO (O EL RECORRIDO POR UNA RUINA CIRCULAR)	
Michael Reed Hurtado	329
LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO: UNA DEMOCRACIA CUESTIONADA	
Pedro Peñaloza.....	355
LA PRIMERA SUMISIÓN DE CASO DE ESTERILIZACIÓN FORZADA A LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	
Sarah Dayanna Lacerda Martins Lima	385
CRITERIOS DE “OPORTUNIDAD” Y “ECONOMÍA” EN EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL: ¿NUEVOS PARADIGMAS?	
Sergio García Ramírez.....	407
¿DEL WELFARE STATE AL CARING STATE?	
Silvia Bagni.....	459

PRÓLOGO

Con este quinto tomo, que presentamos ahora, en Fortaleza, Ceará, en ocasión del V Curso Brasileño Interdisciplinario en Derechos, del 5 al 16 de septiembre de 2016, organizado 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 asociación con el Centro de Estudios y Entrenamiento de la Procuraduría General del Estado de Ceará y la Universidad de Fortaleza, ofrecemos al lector, una vez más, textos selectos de un grupo de estudiosos, de distintas nacionalidades, que han contribuido a fortalecer la reflexión y el debate sobre temas diversos en sede de ciencias penales y derechos humanos.

Entre los dieciséis autores aquí reunidos algunos han estado presentes en las ediciones anteriores de la Serie, mientras otros han sido invitados por primera vez para participar en este tributo a uno de los más respetados escritores mexicanos, Antonio Sánchez Galindo, cuya trayectoria profesional (fue Director del Centro Penitenciario del Estado de México; Director General de Prevención y Readaptación Social del Estado de México, Profesor de Derecho Penal de la Universidad Nacional Autónoma de México; Director Técnico del Consejo de Menores de la Secretaría de Seguridad Pública de México, Investigador del Instituto Nacional de Ciencias Penales, Consultor de las Naciones Unidas y actualmente es Miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales y de la Sociedad Mexicana de Criminología) se suma a una vasta producción bibliográfica, en la que descuellan obras seminales sobre derecho de menores, derecho penitenciario, entre otras áreas del saber jurídico, además de novelas y poesía. Un escritor plural, que fascina a todos los que disfrutan de su amistad y suelen embabecerse con su cultura, su increíble memoria y su voz de tenor. Sí, él canta y encanta, como pocos.

Escribir sobre el penitenciarismo latinoamericano, en particular el mexicano, resultaría una tarea incompleta, trunca, si no se hiciera mención a sus escritos, intensamente ricos, nacidos de la experiencia de quien dedicó su vida y su talento al esfuerzo de mejorar las

condiciones de las cárceles, superar sus trabas (que se perpetúan a lo largo del tiempo, merced a la omisión de la sociedad y la ausencia de políticas públicas orientadas en este sentido), sus antítesis y brindar una ejecución humanizada a miles de hombres y mujeres que deambulan en su interior, casi siempre saturado, donde predominan a ultranza la violencia, el rencor, el miedo, la corrupción y el abuso de poder, rostros de un universo sombrío y perverso, que nuestro homenajado conoce a carta cabal.

Sánchez Galindo es también un humanista, un defensor intransigente de la observancia y del respeto a los derechos humanos, sea del hombre libre, sea del encarcelado. En sus libros es nítida su preocupación por valores básicos como el derecho a la vida (digna), a la salud, la libertad, la igualdad ante la ley, la no discriminación, la seguridad, la presunción de inocencia, entre tantos otros derechos previstos por la Declaración Universal de los Derechos Humanos e innumerables tratados, convenciones, pactos y reglas internacionales de derechos humanos, vistos desde la perspectiva de su universalidad, interdependencia e indivisibilidad. No es por otro motivo que hemos tomado la decisión de incluir, en esta colección, textos sobre derechos humanos, no vinculados directamente a la cuestión penitenciaria.

Desde el primer número, con el sello editorial del Instituto Brasileño de Derechos Humanos, del Instituto Estatal de Ciencias Penales y del Congreso del Estado de Guanajuato, México (los organizadores fueron entonces César Barros Leal, Mauricio Alejandro Murillo de la Rosa y René Yebra Núñez, con prólogo de Luis Felipe Guerrero Agripino, Rector de la Universidad de Guanajuato), se entendió que los artículos seleccionados serían escritos únicamente en la lengua española, originales o traducidos, una peculiaridad que decidimos mantener y que distingue la Serie de otras publicaciones del IBDH, como su Revista y la colección en cinco lenguas que versa sobre la temática central de los cursos brasileños interdisciplinarios en derechos humanos, de periodicidad anual.

Dar luz a estos Estudios nos permite no sólo asegurar un proyecto cultural de innegable alcance y trascendencia, sino también mantener encendida la llama de este tributo a Antonio Sánchez Galindo, autor del artículo “El Juez de Ejecución y sus Relaciones con el Ejecutivo”, extraído del “Manual para Personal de Reclusorios y Centros de Reinserción Social y Jueces de Ejecución dentro del Sistema Penal

Acusatorio” (México: Editorial Flores, 2016, con prólogo de César Barros Leal), en cuyas páginas se lee:

En primer término, queremos decir que la creación de la figura del Juez de Ejecución es importante no sólo porque el Poder Judicial se responsabiliza de su forma de impartir justicia y contempla la manera en que ésta se aplica por el Poder Ejecutivo, sino también porque contribuye a que se cumplimente con lo establecido por la Constitución y las demás leyes que integran el principio de legalidad de la ejecución penal, mejorando –cuando se llenan realmente los requisitos que impone el propio principio de legalidad– el mejoramiento de la realidad existente en la ejecución de las penas.

En el tercer tomo escribimos: “Hay muchas formas de celebrar el talento de un gran hombre. Ésta es una de ellas. Pero no lo es bastante”. Ahora bien: otros tomos vendrán, dando secuencia a este homenaje que se renueva anualmente.

Por último, es un tema de justicia, el agradecer. Agradecer a los autores que aportan su visión, su compromiso y sus conocimientos. Agradecerles por su tiempo y su altruismo al participar en este libro que analiza distintos temas de ciencias penales y derechos humanos desde una perspectiva multidisciplinar y desde diversos puntos geográficos de nuestra América. Sólo la reflexión seria y científica basada en el análisis crítico y propositivo permitirá que las sociedades puedan avanzar en la solución de las graves problemáticas que vivimos.

En México, en materia penitenciaria, el pasado 16 de junio de 2016, se publicó, en el Diario Oficial de la Federación, la Ley Nacional de Ejecución Penal, que actualmente enfrenta el reto de su debida implementación. En este marco, el libro que el lector tiene en sus manos adquiere mayor relevancia.

Este quinto tomo de la Serie se suma, pues, a la reflexión colectiva que estamos comprometidos a llevar adelante para la profundización de las cuestiones penales y penitenciarias y el fortalecimiento de las capacidades estatales y sociales, con vistas a la prevención, investigación, sanción y reparación de las violaciones a los derechos humanos.

César Barros Leal y Julieta Morales Sánchez



EL JUEZ DE EJECUCIÓN Y SUS RELACIONES CON EL EJECUTIVO

Antonio Sánchez Galindo

De la Academia Nacional de Ciencias Penales.

INTRODUCCIÓN

El derecho penal del acto, y no del autor como criterio para la individualización, es la deshumanización total. La intervención fría de la ley, sin atender a las circunstancias personales del ser humano en el derecho penal durante el desenvolvimiento de la procuración, la impartición de justicia y la ejecución de la misma, sigue siendo una justicia ciega y deshumanizada: infructuosa (hablamos de la justicia penal de acto, especialmente en la ejecución penal). Esto ya lo sabemos, pero no lo practicamos. Tenemos un doble lenguaje: por una parte concedemos, dentro de todo el principio de legalidad penal, los derechos humanos y las garantías para su protección, pero también “ponemos candados” para que éstas no se puedan aplicar en la realidad: construimos, en la actualidad, una esquizofrenia jurídica. Esta enfermedad, en el Nuevo Sistema Penal Acusatorio, se muestra con mayor fehaciencia. El preparar a la policía, lo mismo que al Ministerio Público, los jueces de garantía, los jueces de sentencia y los de ejecución en forma somera, no aporta nada sobre lo que requiere reforma tan importante, sobre todo en los derechos humanos y los contenidos de los tratados internacionales que México ha signado y aprobado el Senado. Y sabemos que, además, de acuerdo con el artículo 133 de la Constitución Federal y la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, alcanzan el rango Constitucional. Por consecuencia: no es posible evadirlos en ningún momento, máxime porque ya los consagra, desde la Reforma Constitucional del 2011, la propia Constitución Federal en su artículo 1º. Seremos más explícitos: dentro de la Ley marcamos lineamientos que en puridad acogen todos los principios humanitarios que reclama, en la actualidad, la globalización de los sistemas penales, pero que no sirven de nada

puesto que la infra estructura de todo el ámbito de competencia del Derecho Penal se topa con una realidad que la supera.

Distamos mucho de cumplir con el principio de legalidad en toda su extensión: la capacitación ha sido precaria y realizada, en muchas ocasiones, por manos inexpertas, planteamiento que no alcanza la especialización requerida. De ahí que tengamos policías, en un porcentaje importante, sin preparación, todavía actuando con violencia, crueldad y primitivismo. En muchas ocasiones –la mayoría de las veces– corruptos y plenos delincuentes; lo mismo sucede con los Ministerios Públicos que dan la impresión de una procuración de justicia ciega, automática, con venda en los ojos y con filo en la espada, cuando no corrupta también. Los jueces de garantía fabricados al vapor y sin un sentido humanitario y de investigación profunda y humana; los jueces de sentencia sujetos a las opiniones de peritos sin especialización y con exposición precaria y subjetiva, con defensores que, a veces, carecen de los conocimientos para exponer y defender su causa y Ministerios Públicos que tampoco exponen con la profundidad el humanitarismo y la ciencia jurídica que los cambios reclaman. Por último, los jueces de ejecución se constituyen en señores absolutistas de escritorio –porque carecen de los elementos que requieren, ya que algunos ni siquiera han pisado la prisión– y, entonces pronuncian dictámenes que dañan al justiciable en sus derechos humanos y garantías. Todo esto es un principio que, de no superarse, conducirá –si es que esto hubiere sido así– a un fracaso mayor que el que se atribuye al sistema calificado de erróneo: el inquisitivo-mixto-penal que hemos liquidado.

¿Cuándo –preguntamos– podrá saldar la prisión las exigencias del 18 Constitucional: salud, trabajo, educación y deporte? Mientras esto no se logre, la actuación del Juez de Ejecución será obsoleta. Por ahora ninguna prisión cumple con estos requisitos.

A mayor abundamiento, con la judicialización del sistema ejecutivo penal, se rompe el sistema democrático integral de la Nación. Los tres poderes se vuelven dos: el Legislativo y el Judicial y el Ejecutivo queda, durante la ejecución de la pena, prácticamente anulado. Desde luego fundamentamos lo anterior en lo que no se manifiesta en el Código Nacional de Procedimientos Penales, en el cual no se hace ninguna referencia a los procedimientos que debe llevar a cabo el juez de ejecución; éstos, aun cuando ya no pertenecen

propiamente al procedimiento, deberían marcar las actuaciones que los jueces de ejecución (que pertenecen al ámbito judicial y sus relaciones –con la independencia debida y también correlación– con el poder administrativo). Es así como en la práctica – y como hemos comenzado con parches e improvisaciones– los mal capacitados jueces de ejecución actúan en forma ineficaz, insuficiente e invadiendo las acciones del Ejecutivo que posee los elementos para individualizar la pena dentro del tratamiento institucional.

Por todo lo anterior, haremos un breve examen de lo que se ha logrado en el mundo en relación con el Juez de Vigilancia o de Ejecución; éste en muchas ocasiones ha actuado como el ombudsman del penado, para penetrar más a fondo antes que se proclame la Ley única de ejecución de sentencias.

Análisis de algunas de la figuras del juez de vigilancia o ejecución en el derecho comparado

La figura que analizamos ha pasado por diferentes formas y etapas. Llevamos a cabo este análisis de varias de ellas –que han recibido diversos nombres y competencias y miradas – para que así quienes van a desempeñar esta justa y noble función en nuestro país la logren llevar a cabo con una visión más profunda y beneficiosa, asegurando que la sentencia se cumpla verdaderamente en sus términos y salgan beneficiadas las víctimas, los ofendidos y los propios condenados al recibir, en el momento preciso en que los alcancen, los beneficios concedidos por la Ley. Mientras más visión tengamos de las experiencias (éxitos y fracasos y formas de aplicación que han tenido diversos países), estaremos mejor capacitados para desempeñar nuestro trabajo que, sin duda, sí lo desempeñamos adecuadamente, el sistema de Justicia Penal Acusatorio servirá para resolver los problemas que veníamos arrastrando en el pasado.

Al respecto podemos decir que desde el siglo XVI ya existían visitantes de las prisiones que se encargaban de observar como transcurrían las atenciones que se les otorgaban a los presos dentro de las instituciones de clausura. Éstas que guardaban una situación oprobiosa –podemos decir cloacal– como las describió más tarde Don José Joaquín Fernández de Lizardi, en su novela “El periquillo Sarmiento”, situación que, casi en la mayoría de nuestras prisiones subsiste, recibían la sanción de los vigilantes de cárceles enviados

directamente por el rey, para sancionar, pudiéramos decir los colmos en que incurrían los alcaides de aquellos reclusorios.¹ Ellos son los precursores de lo que después se denominó Juez de Vigilancia, cuya investidura en forma más definida empezó en la Doctrina y la Ley de Ejecución de Penas de Brasil, según lo menciona Armida Bergamini Miotto, en su curso de Derecho Penitenciario.

BRASIL

Por otra parte, el Dr. César Barros Leal ha confirmado que la figura del Juez de Ejecución, en Brasil, vio la luz en 1924 (algunos autores mencionan que en 1922) y que hasta la fecha, con altas y bajas, es decir, con eficiencias y deficiencias, ha venido funcionando en ese país. En este caso, llevando a cabo recomendaciones constantes a la autoridad administrativa para que ejecute la sentencia en los términos en que fue pronunciada por la autoridad judicial y, a partir de los años cincuenta, cuidando que no se violasen los derechos humanos de los condenados (problema aparte es el de la crisis penitenciaria que ahora vive el país por la sobrepoblación y en algunos otros casos por otros factores, uno de los cuales –como es el caso de México– es la corrupción). Esta figura se afinó en Brasil con el Código de Procedimiento Penal y disposiciones ulteriores, como sucedió con la Ley de Ejecución de 1984, en la cual se establece que la competencia del Juez de ejecución penal se constriñe a cuidar que el cumplimiento de la pena debe estar estrictamente fijado en la Ley de ejecución Penal, controlando y fiscalizando todo el proceso del tratamiento que se otorgue al penado para su rehabilitación social a fin que, al momento en el que obtenga su libertad, no vuelva a delinquir. El Juez debe observar, muy detenidamente, los momentos en que le corresponda al condenado el disfrute de las figuras básicas de la ejecución de la sentencia, tales como son: la condena condicional, la remisión parcial de la pena, la reclusión domiciliaria, la prelibertad, la habitación en institución abierta, salidas temporales, vacaciones penitenciarias, trabajo en la comunidad, etc.

1 Entre otros autores, como Tomás Cerdán de Tallada, Cristóbal de Bobadilla y Bernardino de Sandoval citados en múltiples publicaciones, tanto españolas como en nuestro país más, hacen referencia a la historia de las prisiones en España, durante el siglo XVI. Cerdán de Tallada fue el primer visitador de prisiones, en tiempos de Felipe II, publicó el libro “La visita de la Cárcel y de los Presos” y se le consideró “el abogado de los pobres” (Google, Wikipedia, 31 de septiembre 2015).

ARGENTINA

Argentina, por su parte, un poco tardíamente –pero desde luego antes que nosotros– incluyó dentro de su Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad (Ley número 24.660) la figura de los “jueces de ejecución penal”. Esta ley empezó a ser adoptada, con lentitud, pero sin descanso por cada una de las provincias de la nación. En todas ellas podemos decir que prácticamente se dejó la ejecución de la sentencia a una judicatura creada específicamente para el efecto de vigilar que la autoridad administrativa cumpliera a la letra con la sentencia que se había pronunciado en contra del condenado. Empero, en la provincia de Buenos Aires, se creó, con verdadera definición, la figura del juez de ejecución penal. En este caso el objeto fue cuidar que no se infringieran las garantías de la Constitución Federal y los principios emanados de los tratados internacionales, así como otras figuras en las que se otorgaban beneficios a los condenados. De igual forma el juez de ejecución debía estar en contacto con el patronato para liberados, así como otras figuras que beneficiaran al interno condenado, como la modificación de la pena o la extinción de la misma cuando hubiese una nueva ley penal que mejorara la situación jurídica del penado. También atiende esta ley, por medio de la figura del juez de ejecución, la atención y relación con los familiares, provocando la individualización del tratamiento y disminuyendo, hasta donde fuera posible, los medios negativos de la prisión.

ESPAÑA

En España, se creó la Ley Orgánica General Penitenciaria. Con ella se dio la intervención del juez en la aplicación de las penas privativas de la libertad, con objeto de evitar la confusión que existía respecto a los derechos de los reclusos².

La misma autora continúa diciendo que “el Derecho Penal fue en sus orígenes, el derecho de penar, el derecho del mal por el mal, el derecho de retribuir el hecho delictivo. Por ello, la prisión era tan sólo el lugar donde se consumaba el castigo por la falta o delito cometido. Las cárceles de entonces se convirtieron en lugares en los que en la mayoría

2 Alonso de Escamilla Avelina, Dra. en Derecho y Abogada en el ilustre Colegio de Madrid, profesora de Derecho Penal (C.E.U. Luis Vives) *El Juez de Vigilancia Penitenciaria*, p. 35, Edit. Civitas, S. A. Madrid, España. 1984,

de los casos, los reclusos sobrevivían en condiciones infrahumanas, permaneciendo indefensos hasta la llegada del moderno Derecho penitenciario.

Obvio que para los siglos XVI, XVII y XVIII las prisiones continuaron siendo estrictamente castigo, nunca se pensó en conceptos como regeneración, corrección, resocialización, rehabilitación y readaptación. Fue a partir de John Howard y Beccaria que la mirada piadosa y sabia de ellos (cabén también Voltaire y Bentham) los llevó, junto con los autores del penitenciarismo norteamericano, a la percepción de que las prisiones deberían cambiar desde su arquitectura hasta el trato y el tratamiento. El derecho penal pasó de sólo referirse al acto a la consideración de la persona. Más tarde consolidarían esta mirada del derecho penal de Carrara, “el derecho penal de persona”. Ahora vivimos una regresión, volvemos al derecho de acto proclamado por múltiples autores alemanes e italianos y a la prisión cloaca y de castigo: la persona ya no importa porque la consideración de ella dentro del ámbito judicial, por medio de la clínica penitenciaria, es sólo un subjetivismo que no es debido tomar en cuenta ya que esto altera el pronunciamiento del juez dentro del ámbito estrictamente judicial. Ésta es la causa por la que hemos entrado a la era de la judicialización dentro de la ejecución penal, afectando, desde mi punto de vista, el sentido de un Estado Democrático, que debe tener perfectamente separados los Poderes: el Legislativo, el Judicial y el Ejecutivo. De otra suerte, dañamos la estructura del país. A mayor abundamiento, en relación con mi punto de vista, los Congresos Internacionales de Derecho Penal, desde 1931 hasta 1969, celebrado este último en Roma, se habían pronunciado por la independencia de la ejecución penal por el Ejecutivo.

Pero, siguiendo con la figura del juez de ejecución en el derecho español, podemos decir que en 1982 el jurista español Bueno Arús³ manifestaba que los jueces de vigilancia penitenciaria y la criminología debían sólo vigilar y recomendar que la condena se cumpliera en sus términos y hacer “llamados de atención” cuando la autoridad ejecutiva se desviara, pero no decidir (siempre insistió en que los jueces de vigilancia debían ser también criminólogos).

Para terminar con estas referencias a Congresos Internacionales, consideramos de interés reseñar brevemente las resoluciones del Comité

3 Alonso de Escamilla Avelina, Ob. Cit. p. 42-

de Ministros del Consejo de Europa y de los trabajos de los Comités de expertos sobre temas relacionados con la política criminal, que tanto influyeron e influyen en el derecho Penal español, que constituyen las modernas orientaciones del Consejo de Europa. Efectivamente, en ellas se hace referencia a cómo la política criminal actual debe estar orientada hacia la prevención del delito y la readaptación social del delincuente, arbitrando medidas alternativas a la prisión como *la probation*, las multas y sanciones pecuniarias, las penas privativas de derechos, los trabajos comunitarios, etc. Específicamente en la Resolución número 6 se dice: “En casos de delitos no graves y en el supuesto de delincuentes juveniles o primarios, el sistema personal penal debe prever la posibilidad de suspender la imposición de la pena cuando el penado acepte cumplir determinadas condiciones o “pruebas” bajo la vigilancia o asistencia de agentes sociales y del juez. También debe corresponder al juez la facultad de escoger entre varias medidas penales establecidas por la ley para un mismo hecho y que puede consistir en sanciones pecuniarias, privación de derechos, restricciones a la libertad y trabajos en beneficio de la comunidad, que puedan imponerse en substitución de penas cortas privativas de libertad, y de manera que se evite, en la medida de lo posible, tener que acudir a esta pena en caso de incumplimiento de las condiciones. Todas estas cuestiones se recogen en Norenilla, J. M., Las Medidas Alternativas de Prisión: orientaciones del Consejo de Europa, “Poder Judicial”, núm. 8, septiembre 1983, pp. 145 y 146”.

Para concluir este breve estudio sobre la historia del juez de vigilancia en España, podemos decir que desde 1982 y por la intercesión del jurista mencionado (Bueno Arús), la figura de los jueces de vigilancia y la criminología (haciendo verdadero hincapié en la formación criminológica necesaria) ha prevalecido con validez en la sociedad pluralista y el estado democrático de derecho, con la separación correspondiente de los Poderes fundamentales del Estado, en este país.

No obstante lo dicho con antelación, algunos autores, como García Torres, señalan con más precisión que la Ley de Vigilancia Penitenciaria se promulgó en 1979 mediante la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, entrando en vigor hasta 1981 y que precisamente por sus fallas iniciales, Bueno Arús exigió en 1982 que la figura de que venimos hablando debía de ser representada por un juez abogado-

criminólogo, situación que, con las corrientes jurídicas actuales (las cuales miran para la condena y la ejecución únicamente un derecho penal de acto), no acepta la criminología ni ninguna otra ciencia que estudie la conducta humana; eso, en nuestro particular punto de mira, es de extrema utilidad para pronunciar la sentencia y llevar a cabo su ejecución.

Estamos de acuerdo en que el juez de vigilancia o ejecución tenga el derecho de vigilar la ejecución de lo pronunciado por la autoridad judicial pero, tomando en consideración lo que la autoridad administrativa opine, porque ella es la que tiene bajo su cuidado al sentenciado o sentenciada, a quien ve íntegramente con todo su personal especializado que los ven en cada uno de los momentos del transcurso de su vida en la prisión desde el comportamiento a su llegada al recinto de clausura hasta aquél en que lo reclamen los beneficios establecidos en la “Ley Penitenciaria” y su salida definitiva cuando debe reinsertarse nuevamente a la sociedad.

También se apunta en el estudio realizado por Ana María Morales Peillard y otros autores, a quienes hemos venido siguiendo en gran parte de este artículo, que “el Juez de vigilancia no es un “superdirector” de los recintos penales ya que no puede intervenir en la gestión de los establecimientos; que tampoco es un órgano de consulta o asesoramiento de la administración penitenciaria, sin perjuicio de que ante problemas específicos el establecimiento penal plantee una interrogante al Juez de Vigilancia y éste manifieste una opinión al respecto, la cual no será vinculante para ella y tampoco es un defensor del pueblo del interno.”

La figura del juez de ejecución se encuentra consagrada en el libro cuarto del Código de Procedimiento Penal (ley 19.770 de 25 de marzo de 1999), artículo 428, el cual reza: “las sentencias condenatorias serán ejecutadas por el juez de ejecución penal, quien tendrá competencia para resolver todas las cuestiones e incidentes que se susciten durante la ejecución. Por otra parte, el artículo 429 concede los derechos que tienen los sentenciados y afirma: El condenado durante la ejecución de la condena tendrá los derechos y garantías que le otorgan la Constitución, las convenciones y tratados internacionales vigentes y las leyes. A este efecto planteará ante el juez de ejecución penal las peticiones que estime pertinentes.

BOLIVIA

En el año de 2001, Bolivia, dentro de la ley número 2.298 de Ejecución Penal y Supervisión, determina la facultad del juez de ejecución penal⁴ para ejercer un permanente control jurisdiccional respecto a la situación de la persona privada de la libertad en situación de detención preventiva o sentenciada por un delito. En cuanto a las atribuciones del juez de ejecución, el artículo 19 señala que éste es competente para conocer y controlar: la ejecución de las sentencias condenatorias ejecutoriadas que impongan penas o medidas de seguridad y de los incidentes que se produzcan durante su ejecución, la concesión de la libertad condicional, así como el cumplimiento de las condiciones impuestas, en la suspensión condicional del proceso y de la pena; el trato otorgado al detenido preventivo, el cumplimiento de las medidas sustitutivas a la detención preventiva, el cumplimiento de la condena en establecimientos especiales, cuando corresponda, entre otras materias”.

Sin embargo, cabe mencionar –como es el caso nuestro– que la mayoría de sus instituciones penales de prisión en cumplimiento de pena son un desastre y que el Juez de Ejecución sale sobrando porque, con problemas de sobrepoblación, corrupción, imposibilidad de dar cumplimiento al segundo párrafo del artículo 18 de la Constitución: trabajo suficiente y adecuado deportes, salud y educación, no se puede cumplir con los fines de la pena aunque ésta –por cierto en muy pocos casos– sea sustituida por penas alternativas. Y ya sabemos que si no existen instalaciones adecuadas y suficientes, personal idóneo, perfectamente seleccionado y capacitado y presupuesto que alcance a cubrir todas las necesidades penitenciarias, la Ley por perfecta que sea será letra muerta. Teoría que no encaja en la realidad es sólo burocracia onerosa y obsoleta. Todo esto debe ser considerado previamente a la expedición de cualquier principio de legalidad por los tres poderes que constituyen todo Estado democrático. Examinemos también algunos otros antecedentes que son importantes y dejemos para el último a nuestro país que se aferró a su tradición del Código de 1931 que adoptó el sistema penal inquisitivo mixto, aunque ya desde la promulgación de la Constitución Federal de 1917 se preveía el sistema acusatorio.

4 Morales Peillard y otros, Estudio Comparado Sobre Tribunales de Ejecución de Penas. Fundación Paz Ciudadana, Hanns Seidl Stiftung. Geogle septiembre 31, 2015.

PORTUGAL

Pasemos ahora a examinar –aunque sea brevemente– a Portugal. Este país –poderoso antaño, pequeño, pero progresista ahora– desde 1861, como resultado de las influencias doctrinales de aquella época (fundamentalmente la correccionalista de Carlos Augusto Federico Roeder, que después pasó a otros países como Francia e Inglaterra) sintió la necesidad de humanizar los reclusorios. Fue así como creó los primeros supervisores de cárceles, pero la figura del Juez de Ejecución apareció hasta el 29 de octubre de 1976 cuando reglamentó los tribunales de ejecución de las penas. Pero una ley definitiva y específica llegó hasta el año 2000 por la necesidad de evitar los abusos de autoridad administrativa. Portugal, como muchos otros países, tanto de Europa como de América Latina, recibió la influencia de Italia, aunque el juez de vigilancia de ese país es diferente al juez de ejecución de penas portugués. Asimismo, recibió la influencia de la Ley belga de Defensa social el 9 de abril de 1930, y de las Leyes brasileñas y los proyectos franceses, todos emanados de los Congresos de la Sociedad General de Prisiones de 27 de enero de 1932, los de la Unión Belga de Derecho Penal en su sesión de 2 de junio de 1932 y el II Congreso de la Comisión Internacional Penal y Penitenciaria y del IV Congreso Internacional de Derecho Penal de París, de julio de 1937.⁵

COLOMBIA

En Colombia, así como de Chile, hemos tomado muchas de las figuras que integran su Derecho Penal Acusatorio, como el juez de ejecución vio la luz en 1991 en su Constitución Política, en forma general y en particular en la Ley N° 2.700 del mismo año. Más tarde dentro de la Ley N° 65 de 1993 en el Código Penitenciario y Carcelario vigente del 2006, se regula la competencia de los tribunales en varias materias, entre las cuales también se encuentra la ejecución de las condenas, haciendo referencia a la acumulación de penas, la libertad condicional, la disminución de la sentencia y la remisión parcial de las penas por el trabajo, el estudio y la enseñanza, entre otros beneficios que puede alcanzar el ejecutoriado.

5 Alonso de Escamilla Avelina, Op. Cit. pp. 43 y 44. y Sánchez Galindo Antonio. El Juez de vigilancia. Ponencia publicada en la Memoria de Instituto de Investigaciones Jurídicas de UNAM.

ALEMANIA

También en Alemania la Ley de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad o Ley Penitenciaria Alemana (*Strafvollzugsgesetz*), de 1 de enero de 1977, inició lo que pudiéramos llamar “la defensa de los presos”. Declaró que “los derechos fundamentales de los internos en un establecimiento penitenciario sólo pueden ser limitados mediante o en base a una ley” (Bacigalupo 1991, en Rivera, 2006, p. 516)⁶. Esta Ley Penitenciaria alemana regula todo el régimen relacionado con el cumplimiento de la condena en los recintos penales y, en cierta medida, también norma aspectos como el alojamiento, la alimentación, las visitas, las encomiendas, el trabajo, la educación, el culto, la asistencia médica, etc.

Cuando algún recluso sentía que le habían violado alguno de sus derechos recurría, para su defensa, al propio tribunal sentenciador. Más tarde esta norma propicia la creación de un tribunal especializado en cada centro penitenciario, con objeto de que atendiera las quejas de los condenados.

La ley penitenciaria alemana establece normas respecto a la forma en la cual debe de llevarse adelante el procedimiento. Así, el artículo 112 manifiesta que la solicitud debe ser presentada por escrito o mediante una carta ante la secretaría del juzgado en el plazo de dos semanas, después de la comunicación o notificación escrita de la medida o de su rechazo.

Las particularidades que puede seguir la solicitud se establecen en los artículos 113 y siguientes, hasta el artículo 116, en el cual se afirma que la autoridad administrativa puede recurrir contra la resolución pronunciada por el juez de ejecución, lo que es muy importante, ya que, de otra suerte, la fiscalización del juez de ejecución, de forma absoluta, daña la competencia de la autoridad administrativa.

Cabe mencionar que la ley alemana aduce que no es necesaria la comparecencia de un abogado defensor, aunque, de hecho, en la apelación ante el Tribunal correspondiente, por la necesidad de mayor solemnidad en el acto, casi siempre se lleve ésta con un defensor.

Tanto en Alemania, con casi todos los países que tienen dentro de su ejecución penal al juez de vigilancia o ejecución, los internos quieren

6 Morales Peillard Ana María y otros, Ob. Cit. Google. Septiembre 31, 2015.

exponer sus ideas o caprichos para manipular a jueces y tribunales de apelación, que, en la mayoría de los casos, las desechan. Sólo en determinadas ocasiones –y esto sucede en relación con las sanciones, a veces arbitrarias, que impone la autoridad administrativa– se pronuncian fallos favorables a ellos.

ITALIA

La historia del *Giudice* italiano se remonta al Código de 1965, que establecía que la ejecución debía tener lugar bajo la tutela del Ministerio Público y disciplinaba una fórmula de procedimiento incidental para la declaración de algunas causas extintivas de la pena. En el Código de 1913 se reguló el procedimiento de los incidentes de mejor manera. En este Código, en su artículo 144, introduce la figura del juez de vigilancia, asignando un juez a cada tribunal y un juez de paz para las penas privativas de libertad ejecutadas en las cárceles de distrito.⁷

Con posterioridad, en Italia (1975), las funciones atribuidas a los jueces de vigilancia se ampliaron y se establecieron dos figuras distintas: la del magistrado de vigilancia y la de sección de vigilancia que alcanza incluso al momento de la detención del interno.

Podemos agregar que en este país el juez de vigilancia aparece en el momento más insospechado: la época del fascismo. No obstante, esto se debe al talento de múltiples estudiosos del derecho que, también, como Novelli, fraguaron la existencia del derecho penitenciario.

El juez de vigilancia aparece en los artículos 144 del Código Penal de 1930, 585 del Código de Procedimiento Penal y 4º del Reglamento del Instituto de Prevención y de Pena del 18 de junio de 1931. Su progresiva asunción de funciones fue similar, al decir de Manzanares Samaniego, a la del derecho francés.⁸

En la actualidad se encuentra regulada en los artículos 68 y siguientes de la Ley Penitenciaria del 26 de julio de 1975. Este cuerpo de preceptos ejecutivo-penales otorga a juez de vigilancia facultades referentes al control del tratamiento de los internos, disciplinarias,

7 Cfr. Conti, U., *La Vigilanza del Giudice...*, pp. 1.225 y 1.226. Alonso Escamilla Avelina. Ob. Cit.

8 Manzanares Samaniego, José Luis, op. cit., nota 2, p. 176.

vigilancia del principio de legalidad de ejecución penitenciaria, supervisión de las violaciones de los derechos de los reclusos, régimen de trabajo y remuneración, semilibertad, concesión de los permisos de salida, fraccionamiento y reducción de las penas y libertad condicional. Se considera a Italia como el país que creó en forma perfectamente definida la figura de lo que denominó *giudice di sorveglianza*, por más que –como ya lo mencionamos– Brasil contara con ella desde los años veinte del siglo XX.⁹ Sus dos facultades primordiales fueron decisorias sobre las diversas incidencias que pueden surgir a lo largo del camino de la condena, como son el internamiento en centros ordinarios o especiales, tránsito de una a otras de las fases del tratamiento, admisión del condenado en régimen abierto, y otras de tipo consultivo.

En el artículo 69 de la ley de 1975 se establecen las facultades del juez:

- 1) Vigilar la organización de los institutos de prevención y pena y comunicar al Ministerio las necesidades de los diferentes servicios, con particular atención sobre la actuación del tratamiento educativo.
- 2) Ejercer la vigilancia directa para asegurar que la ejecución de la custodia de los imputados se realice de conformidad con las leyes y reglamentos.
- 3) Intervenir en la ejecución de las medidas de seguridad.
- 5) Aprobar, mediante “orden de servicio” u orden interna, el programa de tratamiento cuando considere que tiene elementos que constituyan violaciones de los derechos del condenado o del interno, e impartir dentro del curso del tratamiento disposiciones dirigidas a eliminar eventuales violaciones de derechos del condenado y de los internos.
- 5) Decidir sobre las reclamaciones de los detenidos relativas a:
 - a) La atribución de la calificación laboral, cuestiones de salarios y remuneración, desarrollo del aprendizaje y del trabajo y seguros sociales.

⁹ Alonso de Escamilla, Avelina, op. cit., p. 95.

- b) El ejercicio del poder de disciplina, la constitución y competencia del órgano de disciplina, la contestación de los cargos y la facultad de disculpa.
- 6) Proveer, con ordenanza, sobre el perdón de la deuda a la que se refiere el artículo 56 y sobre los beneficios de que trata el artículo 148 del Código Penal.
- 7) Expresar el juicio motivado sobre la propuesta de gracia formulada por el Consejo de Disciplina, y desarrollar las demás funciones atribuidas al juez de vigilancia por el Código Penal, por la Ley de Procedimiento Penal y leyes restantes.

De conformidad con los autores que hemos consultado la figura del juez de vigilancia italiana ha funcionado a la perfección, y también ha servido de ejemplo a otros países para que implanten la suya dentro de su ámbito ejecutivo penal.

FRANCIA

En Francia, a decir de José Luis Manzanares Samaniego,¹⁰ “se transitó en las comisiones de vigilancia, creadas por decreto de 20 de octubre de 1810, hasta el juez de aplicación de la ejecución de penas, de cuya competencia se ocupan actualmente el artículo 2º de la ley 1097 de 22 de noviembre de 1978 y los artículos 36, 2 y 3 de la ley 82 de 2 de febrero de 1981, que redactan los nuevos artículos 722 y 723.4 del Código de Procedimiento Penal de julio de 1970 y 29 de diciembre de 1972, al igual que el decreto de 12 de septiembre del mismo año.” Avelina Alonso de Escamilla¹¹ asevera “que la figura del juez encargado de seguir la aplicación de las penas, cuyas funciones no se limitan a la resolución de las incidencias surgidas en la imposición de las penas privativas de la libertad, entró en vigencia a partir de la promulgación del Código Penal de 1958, consagrada en su artículo 721, que después pasó a ser el 722.

Las funciones del juez de aplicación de las penas son:

- 1) Determinar para cada condenado las principales modalidades de tratamiento penitenciario: colocación en el exterior, semilibertad, reducción, fraccionamiento y suspensión de pena,

¹⁰ Manzanares Samaniego, José Luis. op. cit., nota 2, p. 176.

¹¹ Alonso de Escamilla, Avelina, op. cit., p. 73.

permisos de salida sin vigilancia, proposiciones o decisiones de libertad condicional. Esta última función abarca los establecimientos en donde se ejecute una pena: casas centrales, centros de detención, prisiones y establecimientos especiales.

- 2) Participar en la elaboración de su programa de tratamiento individual.
- 3) Derecho a establecer la graduación de las sanciones y la suspensión de las medidas que él haya acordado.
- 4) Graduar las recompensas de las distintas medidas individuales de tratamiento previstas en el Código de Procedimiento Penal y las relativas a su competencia (artículo D.252).
- 5) Tomar decisiones con el visto bueno en la comisión de aplicación de penas.
- 6) Actuar, aun dentro del período de seguridad, en la concesión de beneficios si el condenado presenta pruebas excepcionales de readaptación social, para acabar con el régimen de seguridad o reducirlo.
- 7) Determinar para cada sentenciado las modalidades de su tratamiento penitenciario.
- 8) Recurrir, cuando sea de utilidad, de acuerdo con el director del establecimiento, a los funcionarios o al personal especializado cuando sus conocimientos del problema puedan ayudar o sean provechosos para el penado.
- 9) Sustituir el visto bueno de la Comisión de Aplicación de las Penas cuando ésta no hubiere actuado a tiempo.
- 10) Aprobar o denegar, con el visto bueno del director del establecimiento la admisión del condenado a los regímenes de confianza: colocación en el exterior, admisión a semilibertad, autorización a salir sin vigilancia u otro tipo de salidas.
- 11) En caso de incumplimiento, acordar la suspensión provisional o definitiva del beneficio.
- 12) Aprobar, con el visto bueno de la Comisión de Aplicación de Penas, la libertad condicional cuando la pena privativa de libertad no exceda de tres años.

- 13) Conceder la reducción excepcional, cuando los condenados hayan aprobado exámenes escolares, universitarios o profesionales y una reducción suplementarios a los condenados que ofrezcan una readaptación social poco común.
- 14) Suspender o fraccionar la ejecución de la pena cuando concurren motivos graves de índole médica, familiar, profesional o social. Esta decisión la toma con el visto bueno del Ministerio Público y abogado del condenado.
- 15) Controlar e individualizar la pena aplicada a los condenados en los establecimientos de su Competencia.
- 16) Supervisar las condiciones en que se ejecutan las penas en lo referente a salubridad, seguridad, régimen alimentario, trabajo y disciplina.
- 17) Intervenir en los casos de la aplicación de penas en relación con los condenados en libertad, los liberados definitivos y los vagabundos

Dentro de la práctica, el juez de aplicación de las penas en Francia tiene límites perfectamente establecidos dentro de la ley; ellos son:

- a) Imposibilidad, por lo mismo de escoger el establecimiento donde será ejecutada la pena de privación de libertad.
- b) La asignación de los penados a prisiones centrales.
- c) La tutela en los establecimientos penitenciarios con los condenados tras la expiración de la pena principal.
- d) El ingreso de los penados jóvenes a sus respectivos centros de detención.
- e) Imposibilidad de intervenir, en principio, en la organización y funcionamiento de la prisión, ni en el régimen disciplinario.
- f) Imposibilidad de actuar durante el período de seguridad en materias tales como suspensión, fraccionamiento de la pena, colocación en el exterior, permisos de salida, de semilibertad y de libertad condicional.

La figura del juez de aplicación de penas francés se ha venido depurando a través del tiempo (ya más de cincuenta años) y, a la fecha; según las noticias que hemos recogido de los autores consultados, esta institución cumple con eficacia su cometido y es un apoyo fundamental

para garantizar la ejecución de las penas y cuidar de los derechos humanos de los condenados dentro del ámbito de ese país. Su éxito es el principal factor de influencia para que otros países hayan buscado la implantación de la figura dentro de sus cuerpos de leyes penales ejecutivas.

POLONIA

En Polonia, existe el juez penitenciario desde el 1° de enero de 1970. En este país, el fundamento de la figura se encuentra en el Código Penal Ejecutivo.

El principio es el de la competencia de la jurisdicción de juicio salvo disposición contraria de la ley, con lo que se desconoce la prisión donde se sufrirá la pena, así como el tipo de régimen y los medios de tratamiento penitenciario.¹²

El Tribunal Penitencial es el que posee las máximas facultades y funciones:

- 1) Sobreseer y ordenar la ejecución de la pena.
- 2) Modificar las obligaciones condicionando una suspensión de pena.
- 3) Imponer una ejecución a través del trabajo, con obligación de residencia.
- 4) Controlar las medidas de seguridad médicas y psiquiátricas.
- 5) Pronunciar el sobreseimiento condicional cuando la infracción cometida no supone una pena superior a tres años de encarcelamiento.
- 6) Transferir a un penado de una prisión a otra.
- 7) Decidir la libertad condicional.
- 8) Vigilar la ejecución de las medidas.

En cuanto al juez penitenciario polaco, tiene como facultades las siguientes:

- a) Vigilar, junto con el procurador, la legalidad y el desarrollo normal de las penas.

12 Alonso de Escamilla, Avelina, op. cit., pp. 87 y 88.

- b) Otorgar permisos de salida.
- c) Suspensión, modificación de las decisiones de las comisiones penitenciarias.
- d) Clasificar a los condenados.
- e) Autorizar las sanciones disciplinarias.

Existe para el penado el recurso de queja y se puede decir que la intervención judicial se extiende a todos los terrenos, aparte de los de la mera competencia administrativa.

La intervención judicial en la ejecución de la pena –a través de Tribunal Penitencial y el juez de ejecución– es una práctica, pues plenamente establecida dentro del hecho ejecutivo en Polonia.

COSTA RICA

En Costa Rica, el juez de ejecución de la pena surgió como una necesidad de mantener el control de legalidad de la administración penitenciaria.¹³

Su existencia dejó mucho que desear desde los inicios de su aparición, precisamente por los múltiples problemas penitenciarios que existían desde 1989, fecha en la cual se promulgó la ley correspondiente que le diera vida (artículos 518 y siguientes del Código de Procedimientos Penales).

Dentro de sus funciones se encuentran:

- a) Garantizar la ejecución de las condenas de privación de libertad.
- b) Salvaguardar los derechos humanos de los condenados.
- c) Visitar los reclusorios para corregir las anomalías que pudieran presentar en torno al tratamiento, escuchando las quejas de los internos. Poner en conocimiento de la autoridad administrativa la situación anómala para corregirla, so pena de fincar responsabilidades dentro de los responsables.
- d) Suspender la ejecución de la medida impugnada.
- e) Conceder la libertad condicional.

13 Armijo Sánchez, Gilbert Et. Al., hacia una modificación de la figura del juez de ejecución de penal. Sentencia N° 03175 de Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de 25 de abril de 2001. Costa Rica.

Se ha dicho que el juez de ejecución de la pena no ha tenido el desarrollo e importancia debida por diferentes causas, ya que, a nivel legislativo, en su inicio, no se le otorgaron los instrumentos necesarios para realizar de modo eficaz su función fiscalizadora y protectora de la legalidad. Por otra parte, el desarrollo judicial de éste se ha visto limitado, entre otras cosas, por la existencia de un solo juez para todo Costa Rica y con el auxilio exclusivo de dos secretarios.

Parece ser que a la fecha han corregido todos los problemas e insuficiencias legales que se plantearon al inicio y la figura cumple con eficacia su cometido.

PARAGUAY

En Paraguay, en la ley 1.444/99, libro cuarto, título I, capítulo I, se encuentra enclavada la figura del juez de ejecución, que lleva a cabo el control general sobre la sanción, mediante el cumplimiento de régimen penitenciario y el respeto a las finalidades constitucionales de la pena, para lo cual dispondrá de las inspecciones a los establecimientos penitenciarios y podrá hacer comparecer ante sí a los condenados o a los funcionarios del sistema penitenciario con fines de vigilancia y control. Tendrá, además, las funciones siguientes:

- a) Colaborar con las entidades de ayuda penitenciaria o postpenitenciaria para que puedan cumplir sus tareas de asistencia y solidaridad con los condenados.
- b) Una vez recibidos los autos conteniendo la ejecutoria, deberá proceder conforme a lo dispuesto por el Código Procesal Penal.
- c) Remitir la ejecutoria al director del establecimiento en donde debe cumplir la pena, pero cuando se encuentre libre dispondrá lo necesario para su comparecencia o captura y ordenará la realización de todas las penas necesarias para cumplir los efectos accesorios de la sentencia.
- d) Revisar los cómputos de las sentencias impuestas a los condenados a penas privativas de libertad para determinar las fechas de su libertad.
- e) Resolver los incidentes relativos a la ejecución y extinción de penas.

- a) Resolver sobre concesión y revocación de la libertad condicional.
- b) Resolver sobre la situación de los reos que queden bajo el amparo de una ley más benigna o amnistía.

También en Paraguay la creación de juez de ejecución es reciente y sus resultados deberán ser analizados en torno a su eficacia y validez para garantizar la ejecución penal en ese país y la salvaguarda de los derechos humanos de los propios condenados.

VENEZUELA

En Venezuela, dentro de su Código orgánico procesal, publicado en la "Gaceta 55558 de 14 de noviembre del 2001, libro V, se encuentran previstas las figuras de la ejecución de la sentencia: el Tribunal de Ejecución y el Juez de Ejecución (artículos 478-515).

Al Tribunal de Ejecución y al Juez de Ejecución corresponde todo lo concerniente a la ejecución de las penas y medidas de seguridad:

- 1) Aplicar la acumulación de penas.
- 2) Vigilar el cumplimiento del régimen penitenciario con fines de vigilancia y control.
- 3) Visitar a todos los condenados.
- 4) Dictar todos los pronunciamientos necesarios para prevenir y corregir todas las irregularidades que observe
- 5) Exhortar y ordenar a la autoridad competente que subsane las irregularidades en que haya incurrido y rinda cuenta el lapso que fije.
- 6) Informar sobre el sitio del cumplimiento de la sentencia cuando ésta varíe de aquél que el juez del conocimiento haya asignado.
- 7) Practicar los cómputos definitivos.
- 8) Resolver los incidentes surgidos dentro de la ejecución.
- 9) Descontar la privación preventiva de la libertad.
- 10) Visitar a los condenados que se encuentren en algún nosocomio por enfermedad.
- 11) Levantar las actas de cada visita.
- 12) Aplicar el indulto y la conmutación.

- 13) Poner en libertad al penado cuando exista el perdón del ofendido.
- 14) Conceder y revocar la suspensión condicional de la ejecución en los términos que la misma Ley establece.
- 15) Otorgar permisos para trabajo fuera del establecimiento, reclusión en régimen abierto y libertad condicional.
- 16) Conceder y rechazar la remisión parcial de la pena.
- 17) Aplicar las medidas de seguridad en los mismos términos que se aplican a las penas.

Como se desprende de lo anteriormente mencionado, tanto el Tribunal de Ejecución como el juez de la misma materia son de reciente cuño. Se supone que tendrán que pasar algunos años para que se realice una evaluación que contemple la eficacia y, en su caso, corrija los errores en que estas instituciones hayan incurrido.

No está por demás citar los artículos de la Ley de Régimen Penitenciario en los cuales, a nuestro modo de ver, se salvaguarda la independencia del Poder ejecutivo.

Artículo 1. Corresponde al Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio del Interior y Justicia, la organización y el funcionamiento de los Centros de cumplimiento de penas privativas de libertad y los servicios que le son inherentes.

El Tribunal de Ejecución velará por el correcto cumplimiento del régimen penitenciario.

Artículo 2. La reinserción social del penado constituye el objetivo fundamental del periodo del cumplimiento de la pena

Durante el periodo del cumplimiento de la pena deberán respetarse estrictamente todos los derechos inherentes a la persona humana consagrados en la Constitución y leyes nacionales, tratados, convenios, acuerdos internacionales suscritos por la República, así como los derivados de su particular condición de condenado.

Los tribunales de ejecución ampararán a todo penado en el goce y ejercicio de los derechos individuales, colectivos y difusos que le correspondan de conformidad con las leyes.

Artículo 3. Las penas privativas de libertad se cumplirán en las penitenciarías, cárceles nacionales y otros centros penitenciarios o de

internación que bajo cualquier denominación existan, se habiliten o creen para ese fin.

Artículo 4. Las disposiciones de la presente Ley serán aplicadas a los condenados a penas privativas de libertad por sentencia definitivamente firme. Es decir, aquélla contra la cual se hayan agotado o no sean procedentes los recursos ordinarios o extraordinarios que determine la Ley. A tal efecto el Tribunal de Ejecución deberá enviar al Ministerio del Interior y Justicia y al establecimiento que corresponda copia de la sentencia con inserción del auto de ejecución.

Artículo 5. El Ministerio del Interior y Justicia así como el propio penado o su defensor podrá solicitar al juez de ejecución revisar el cómputo practicado en el auto de ejecución en caso de error o nuevas circunstancias que lo modifiquen.

Artículo 6. Las disposiciones de la presente Ley serán aplicados a los penados sin diferencias ni discriminación alguna, salvo las derivadas de los *tratamientos individualizados a que sean sometidos*.

Se prohíbe someter a los penados a tortura y a cualquier clase de trato cruel, inhumano, o degradante, así como medios de coerción que no sean permitidos por la Ley, cualquier violación a la presente disposición dará lugar a la imposición de las sanciones previstas en la Ley.

Artículo 7. Los sistemas y tratamientos serán concebidos para su desarrollo gradualmente progresivo, encaminados a fomentar en el penado el respeto a sí mismo, los conceptos de responsabilidad y convivencia sociales y la voluntad de vivir conforme a la Ley.

Artículo 8. La vigilancia exterior de los establecimientos podrá ser encomendada a organismos militares, quienes se abstendrán de toda intervención en el régimen y vigilancia interior, salvo en los casos en que sean expresamente requeridos por el director del establecimiento o quien haga sus veces.

Además de lo transcrito líneas arriba, la Ley del régimen penitenciario de Venezuela provee la necesidad de clasificar a los internos en la forma bajo la cual el personal técnico de la Institución establezca para lograr su reinserción social sin que tenga la más mínima tendencia a reincidir. También esta Ley obliga a la Institución penitenciaria a que tenga trabajo para que pueda desempeñarse adecuadamente cuando obtenga su libertad y estas acciones de trabajo realizadas por el interno se registrarán por la Ley Orgánica del

Trabajo. Asimismo es obligatoria la educación en toda su extensión, la procuración de que las condiciones de vida de la prisión sean de la más alta calidad incluyendo la asistencia médica. Se impondrán la Reglas Mínimas de la ONU en todos sus aspectos, incluyendo las medidas disciplinarias, las relaciones en el interior y exterior de la prisión. El régimen será progresivo y el personal deberá ser seleccionado y capacitado.

EL SALVADOR

Por lo que se refiere a El Salvador podemos decir que también cuenta con su figura del Juez de Ejecución que no sólo alcanza a cubrir el ámbito de los condenados adultos sino también el de los menores. Empero, ambas contienen la competencia para:

Ejercer la vigilancia y control en la ejecución de penas.

- 1) Garantizar el cumplimiento de las normas que regulan la ejecución.
- 2) Sancionar a los funcionarios que vulneren la ejecución en alguna forma.

Por otra parte, tienen atribuciones para:

- a) Vigilar y garantizar la ejecución. Revisar la forma en que se han de aplicar las condenas y medidas.
- b) Modificar, sustituir y revocar las condenas y medidas impuestas.
- c) Sustituir las condenas y medidas impuestas.
- d) Autorizar permisos de salida.
- e) Conceder en el caso de los adultos la libertad condicional y en el de los menores imponiendo una medida nueva.
- f) Practicar el cómputo de las condenas.
- g) Tramitar y resolver las quejas e incidentes que se presenten durante la ejecución.
- h) Ordenar la libertad cuando proceda.
- i) Vigilar los derechos humanos de los menores y adultos privados de la libertad o sujetos a alguna modalidad.
- j) Supervisar el tratamiento.
- k) Llevar a cabo la clasificación de los internos menores y adultos.

l) Conocer las quejas que presenten los menores y adultos.

Las resoluciones de los jueces son apelables.

El Salvador ha dado muestras de llevar a cabo una política criminológica y eficaz a últimas fechas. Por esto inferimos que la creación de la figura del Juez de Ejecución fue pesada y medida con acuciosidad y que, por lo mismo, propiciara, por una parte, la salvaguarda de la competencia de los tres poderes que integran un Estado democrático y, por otra, la que corresponde a la protección de los derechos de los adultos que sufren prisión y de los menores que viven una medida de seguridad, vigilando también la ejecución de las penas.

CONSIDERACIONES GENERALES

I. En primer término, queremos decir que la creación de la figura del Juez de Ejecución es importante no sólo porque el Poder Judicial se responsabiliza de su forma de impartir justicia y contempla la manera en que ésta se aplica por el Poder Ejecutivo, sino también porque contribuye a que se cumplimente con lo establecido por la Constitución y las demás leyes que integran el principio de legalidad de la ejecución penal, mejorando –cuando se llenan realmente los requisitos que impone el propio principio de legalidad– el mejoramiento de la realidad existente en la ejecución de las penas.

2. Empero, en segundo término, es preciso decir que, en la mayoría de las ocasiones, los legisladores, como no conocen a fondo los problemas que existen en la realidad, se asesoran, por no ser especialistas en la materia, por teóricos –que indudablemente conocen el problema desde su biblioteca o desde el escritorio–, pero que no han vivido la realidad, lo cual sucede especialmente con las instituciones de clausura penal y de medidas de seguridad: prisiones preventivas, penitenciarias y nosocomios.

Todo esto afecta considerablemente el desarrollo integral de la ejecución penal en detrimento de los derechos humanos y garantías del condenado y de la víctima y de la sociedad en general, ya que se abriría una profunda laguna que propiciaría, en cierta forma, la impunidad y no se haría conciencia en el penado de su responsabilidad en el daño causado por su delito. El juez de vigilancia o de ejecución deberá tener mucho cuidado en este renglón como ha sucedido en las diversas

legislaciones de los países a que nos hemos referido líneas arriba – arriba marcamos catorce– que presentan particularidades que hacen diferir a unas y a otras, fundamentalmente, para la protección de las variadas formas de aplicar la vigilancia en la ejecución de las sentencias y proteger los derechos de las víctimas y los victimarios. Decimos esto porque se pretende, como es el caso de España, Venezuela, Francia e Italia, entre otros países, que conservan –en nuestro concepto acertadamente– que exista un tratamiento clínico interdisciplinario por parte del Ejecutivo (es decir, que exista un Consejo Técnico Disciplinario, que le proporcione al juez vigilante o ejecutor mayores datos para una individualización que pueda alcanzar los beneficios que establecen las diferentes constituciones y las demás leyes secundaria, especialmente la Ley de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad), ya que, de otra suerte, el juez puede incurrir en error al guiarse solamente por una apreciación precaria (pues carece del personal necesario para lograr una decisión conforme lo merece la ejecución de la sentencia) y no puede constatar la forma de comportamiento del interno ni la aplicación de las normas que la autoridad administrativa impone o deja de hacerlo; los derechos humanos y garantías del sentenciado; y, además, verificar si ha trabajado, se ha educado, ha tenido la atención que su salud reclama y ha realizado el deporte: elementos que pide la Constitución para la reinserción y para que deje de delinquir.

Por otra parte, los países que hemos citado cuidan de que se respete la separación de los Poderes Legislativo, Judicial y Ejecutivo que conforman un Estado democrático. Estamos de acuerdo con ellos, pero también con la necesidad de la existencia del Juez de Ejecución por las razones que hemos expuesto a lo largo del presente artículo. Por consecuencia la figura judicial respeta las opiniones de las autoridades administrativas para la concesión de los beneficios de ley.

4. En México, las reformas que se han realizado, especialmente en los años 2008, 2011 y 2013 y que terminarán por transformar el sistema inquisitivo-mixto, que se venía aplicando desde 1931, por el sistema penal acusatorio-oral-transversarial, se realiza en una forma en la que, según nuestro punto de mira, se han venido cometiendo muchos errores. El primero de ellos es el no haber considerado la realidad económico-social que vive el país en estos momentos. Asimismo, no se contempló la situación lamentable en que se encuentran las prisiones.

Baste para ello ver que el artículo 18 Constitucional dice, en su parte correspondiente, lo siguiente:

Artículo 18. Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.

El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.

La Federación, los Estados y el Distrito Federal podrán celebrar convenios para que los sentenciados por delitos del ámbito de su competencia extingan las penas en establecimientos penitenciarios dependientes de una jurisdicción diversa.

Veamos: en la República no se cumple con el párrafo primero de este artículo. En muchas partes, aun en las prisiones centrales de las capitales de nuestras Entidades Federativas, la separación es prácticamente virtual porque apenas se logra separar a los internos que se encuentran en proceso de los internos sentenciados y en las más se encuentran revueltos Y como no hay posibilidades técnicas ni económicas del Ejecutivo (y esto será mayormente en los próximos años por la crisis económica mundial), este párrafo es, y será por mucho tiempo, letra muerta y violará este derecho que tiene el sentenciado para lograr con mayor prontitud su libertad.

El segundo párrafo del propio artículo 18, el cual marca que el sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte, como medios para lograr la reinserción social del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley, es un sueño de los que redactaron estas reformas y se convertirá en una pesadilla para los que tienen el infortunio de infraccionar el derecho penal. Decimos esto

porque en un porcentaje de más del 50% de nuestras prisiones, de todos los estados, existe una sobrepoblación terrible (baste observar que en algunas instituciones en celdas destinadas para tres internos, como lo recomienda la ONU, viven en la actualidad hasta 60 seres humanos). Con esta realidad las instituciones penales, en principio, violan los derechos humanos que marca el artículo 1o. de la Constitución.

Por otra parte, no existe trabajo suficiente y adecuado para ofrecer empleo remunerado como lo establece la propia Constitución. En la mayoría de las prisiones se carece de sectores y construcciones que ofrezcan trabajos que puedan ocupar, remunerar y capacitar adecuadamente al interno y que el producto beneficie tanto a la familia como al propio recluso para que lo ayude a cubrir el daño que se hizo a la víctima y al ofendido y para que pueda guardar una cantidad de dinero con la cual pueda vivir en los primeros días de su liberación, no sea una carga para la familia y un pretexto para delinquir, entre otras cosas (nueva violación).

Además, vemos el artículo 123 de la propia Constitución que a la letra dice en su inicio: "Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil, y al efecto se promoverán la creación de empleos y la organización social del trabajo, conforme a la ley." Preguntamos: Para que la reinserción social se dé como desea la Constitución, ¿el trabajo está bien organizado en nuestras prisiones? Contestamos: En ninguna de ellas, en toda la geografía penal de la República, se da esto. Al revés: trabajos inadecuados, insuficientes o inexistentes.

De esta suerte, para conceder los beneficios de ley al sentenciado, este capítulo del 18 Constitucional no se cumple ni se cumplirá, porque no existe el supuesto; tampoco hay las condiciones de espacio para lograrlo, no hay especialistas para la capacitación y la sobrepoblación, que se sufre de manera alarmante, agota la más pequeña posibilidad de poder cumplimentar lo exigido por el sueño de los redactores del artículo; cabría preguntar: En caso de que existiera la remota posibilidad de instalar los trabajos y empleos que tendrían los internos para lograr su reinserción, ¿tendrían el derecho a la huelga, al paro de actividades, a las vacaciones, al aguinaldo, a la indemnización por accidentes, etc.? El legislador no pensó en el caos que existe o existirá en este renglón, porque no lo conoce. Habla sólo teóricamente o tal vez sólo para justificar un emolumento que le dio al asesor o porqué a él le pareció, sin conocer la realidad, que así estaba bien.

Pasemos ahora a la educación. El artículo 3° de la propia Carta Magna dice: Todo individuo tiene derecho a recibir educación. El Estado –Federación, Estados, Distrito Federal y Municipios– impartirán educación preescolar, primaria, secundaria y media superior. La educación preescolar, primaria y secundaria conforman la educación básica; ésta y la media superior serán obligatorias.

En las circunstancias –sin analizar mayormente todo lo que este artículo menciona– en que se encuentran todos los reclusorios del país: los preventivos, las penitenciarías, la cárceles municipales y otros lugares de detención, todos ellos carecen de los elementos que exige este precepto constitucional. No hay profesores de primaria capacitados para enseñar a adultos delincuentes, mucho menos para transmitir los conocimientos de la enseñanza media y superior (aunque se nos diga que exista el INEA y la enseñanza abierta porque aquí se requiere de la especialización. Y ésta que no existe). De esto se infiere que también se violan –como también sucede con el trabajo y la capacitación para el mismo– los derechos humanos que se marcan en el artículo 1° de la ley máxima de nuestro país:

Citemos el principio del artículo 1°:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la 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.

Como vemos la misma autoridad actúa cotidianamente violando la propia Carta Magna porque no cubre los requisitos que se le exigen.

En ningún momento, a lo largo de este noble artículo, se menciona que el penado y el sujeto a una medida de seguridad sean privados de estos derechos y éstos alcanzan especialmente a los vulnerables que habitan los sitios en que se imponen las penas. Y la educación es fundamentalmente uno de ellos. Como lo es el trabajo que examinamos en los párrafos anteriores. ¿Qué hará el juez de Ejecución con estas violaciones al 18 Constitucional que la propia realidad impone? Nos preguntamos: ¿Para qué creamos figuras que son magníficas en la teoría, pero que en la realidad son una farsa? Teoría que no va a concordar con

la realidad y mucho menos a mejorarla es una simulación vergonzosa que, por si fuera poco, compromete la responsabilidad de la autoridad.

A mayor abundamiento: Si visitamos con detenimiento los servicios médicos de los centros de privación de libertad, nos daremos cuenta de que no tienen ni personal suficiente ni instalaciones adecuadas ni medicinas para atender los múltiples problemas de salud que diariamente se presentan en estos lugares. Además, la organización médica –si la hay– no pertenece al mando de la dirección de la institución penal, lo que fragmenta el principio de autoridad tal y como acontece con la educación.

El deporte también se encuentra limitado por escasez de espacios o por razones de seguridad, como se contempla en los reclusorios de máxima seguridad, en las prisiones distritales, en las instituciones de medidas de seguridad; además, en donde existen, no es suficiente por el sobrecupo de la población.

No suspendamos el análisis aquí. Examinemos otros derechos que tienen los internos: el derecho a una alimentación, sana, balanceada, y variada. Si visitamos las prisiones e investigamos en los servicios generales los alimentos que se les otorgan a los internos vemos que son una bazofia; la mayoría de ellos –que nosotros no nos atreveríamos a ingerir– son manufacturados sin higiene, sin ser balanceados en calorías, con insumos con frecuencia en descomposición: carne en malas condiciones, verduras echadas a perder sin que se sepa la cantidad de vitaminas y minerales que deben consumir los seres humanos a quienes están destinadas de conformidad a las actividades que ejecutan. Además se les sirven para que los ingieran en las celdas puesto que no hay comedores con capacidad suficiente o, de plano, no existen. Los miembros del sector médico nunca se presentan para establecer las medidas de higiene requeridas, ni para orientar a los internos en esta materia. Esto sin contar que los internos que generalmente se emplean para elaborar estos alimentos, con cierta frecuencia se encuentran enfermos y algunos, para provocar disturbios subrepticamente, arrojan a los peroles animales muertos e insectos de todo tipo o se orinan en ellos o arrojan heces fecales o se masturban y lanzan los espermias al interior de los peroles u ollas donde se encuentran los alimentos. Este derecho también está vulnerado y se presta para la concesión de comercios: puestos, restaurantitos, etc.,

comandados por internos que poseen elementos económicos para evadir la comida fabricada en los reclusorios.

Otro caso, por citar uno más es el del derecho a las relaciones con el exterior: la visita íntima, la familiar y la especial. La primera carece de instalaciones adecuadas y como los elementos de trabajo social no son suficientes por el exceso de población, no se practican los estudios necesarios para otorgarla a las esposas, concubinas o amigas estables y esto se presta a que los miembros de la guardia o vigilancia se corrompan y mediante ciertas cuotas consigan prostitutas con las consecuencias que esto conlleva: enfermedades venéreas, drogas, armas, etc.

La visita familiar es un caos con la sobrepoblación existente y se presta para que haya disturbios porque muchos internos les faltan al respeto a las parejas de sus compañeros, permitiéndose que los niños contemplen actos sexuales que ocurren en pequeñas tiendas con cobijas, a la luz de todos –incluso por cierto– de la vigilancia que lo favorece mediante la corrupción económica acostumbrada ya como un patrón cultural. Los negocios y privilegios florecen a ciencia, paciencia y dinero de todas las autoridades y mil arbitrariedades más.

La visita especial –incluso la de los abogados y no se diga la de los familiares durante las emergencias, como la muerte de algún familiar– es lenta y a veces costosa porque se tiene que dar dinero a los internos estafetas o propina a los custodios para que encuentren al interno que nunca está en el lugar en donde debería estar.

Además, la corrupción de todo el personal, especialmente el de vigilancia –que también los hay en otros niveles– la falta de clasificación, de tratamiento, de control de conducta en las celdas, pasillos y demás lugares de las instituciones propicia que el mundo de las drogas florezca como en ninguna otra parte y sea un factor criminógeno de primera línea: las luchas interiores entre las diferentes bandas, los homicidios, las riñas los ataques a los guardias –si los hay– que no se presten a la corrupción, las fugas, etc.

Todos estos hechos reales hacen parecer a los derechos humanos como un motivo para escribir una comi-tragedia. Se imponen en una realidad que vulnera y neutraliza todo el ámbito del principio de legalidad. En estas circunstancias, preguntamos; ¿Qué se puede hacer para que tenga validez y no sea desde el inicio una figura obsoleta el

Juez de Ejecución en detrimento de la propia ejecución de la sentencia, de la violación de los derechos humanos, de la propia Constitución y del sentenciado?

Las prisiones femeninas se encuentran –como es de esperarse en un país, como el nuestro, en el que, a pesar de la igualdad de género dentro de la ley, tienen iguales derechos que los hombres– en peor estado que las que hemos analizado del sector masculino. Además, están pensadas por los hombres que, por ser distintos fisiológicamente, generalmente no toman en consideración todas las necesidades que en este aspecto sufren las mujeres: cambio de carácter por la menstruación y el climaterio, embarazos, período de lactancia cuando tienen hijos pequeños y de cuidado de los mismos cuando tienen más años (generalmente hasta los seis). Estos niños quedan marcados generalmente –como lo mencionan los estudiosos del comportamiento humano– para toda la vida, ya que “infancia es destino”. Hasta la fecha no se ha encontrado la forma más conveniente para salvar a esta población de pequeños que sufren trascendentemente la pena de su madre y, por consecuencia, tienen sus derechos humanos violados por nuestro sistema. Nos cabe agregar: no creemos que el nuevo sistema acusatorio penal lo resuelva, lo que significa que nosotros mismos nos ponemos una trampa para compartir, como diría el Dr. Elías Neuman, en su libro *Los que Viven del Derecho Penal y los Otros*, “fraternalmente la delincuencia con nuestros hermanos prisioneros”.

Todo esto, tal como lo dice la Maestra Victoria Adato Green, se podría resolver teniendo dos elementos fundamentales: buenas prisiones (tal como lo requiere la Organización de las Naciones Unidas) y un personal bien seleccionado, capacitado y especializado, lejos de toda corrupción. Yo añadiría: una buena Ley de Ejecución y un presupuesto decoroso y suficiente.

Mientras el Estado y su Gobierno continúen elaborando leyes que no resuelvan los principales problemas de la realidad y ni siquiera la mejoren, seguiremos, como decía el poeta español Antonio Machado, “haciendo estelas sobre la mar”.



EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO HUMANO AL VOTO ACTIVO PARA LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE RECLUSIÓN

Armando Hernández Cruz

Licenciado, Maestro y Doctor en Derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM; Especialista en Derecho Constitucional y Administrativo y en Derechos Humanos por la misma Universidad.

I. INTRODUCCIÓN

El reconocimiento al derecho activo presenta limitantes establecidas en el orden normativo de cada país; dentro de estas limitantes, países como México no permiten el ejercicio del derecho al voto a las personas que se encuentran en situación de reclusión, ello sin distinguir si cuentan con una sentencia firme o no.

Algunos otros países como Colombia, Chile y España presentan una distinción entre las personas que se encuentran en situación de reclusión a las que se les emitió una sentencia firme, y las personas que se encuentran sujetas a proceso.

En el desarrollo del presente artículo se presenta un estudio de derecho comparado acerca del reconocimiento del derecho humano al voto para las personas en situación de reclusión y las diferentes variantes.

Un primer apartado hace referencia a los derechos político-electorales como derechos humanos en diferentes instrumentos internacionales; en un segundo punto se muestra el caso mexicano, para después ser comparado con otros países.

II. LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES COMO DERECHOS HUMANOS

Los derechos políticos son derechos humanos, reconocidos por instrumentos internacionales y por la propia Constitución; en cuanto al concepto de derechos políticos María del Pilar Hernández explica:

[...] derechos políticos electorales son aquellos que posibilitan la participación de cierto tipo de persona, ciudadanos en la conformación de la voluntad general del Estado. Son derechos también identificables bajo la denominación de derechos de participación pública o en asuntos públicos.¹

En el mismo sentido diversos instrumentos internacionales, dan a los derechos político-electorales el carácter de derechos humanos; ello se observa en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 21:

Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país, la voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto.

En el mismo sentido, la Convención Americana de Derechos Humanos, en el artículo 23, señala:

Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) *de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;*
- b) *de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por*

1 Hernández María del Pilar "Constitución y Derechos Fundamentales", Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México Número 84 septiembre -diciembre de 1985. Consulta en línea. Dirección URL: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2698/20.pdf> (fecha de consulta 5 de julio de 2015).

voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y

c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las *funciones públicas de su país*.

Asimismo, podemos encontrar diversos instrumentos internacionales que contemplan en su articulado a los derechos político-electorales; entre ellos se citan los siguientes:

Carta de la Organización de los Estados Americanos (COEA).

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH).

Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (CAFDHP)

En los siguientes cuadros se realiza un concentrado de los derechos políticos contenidos en diversos instrumentos internacionales:

DECLARACIÓN AMERICANA DE DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE ABRIL DE 1948	CARTA DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS	DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS
Capítulo I. Derechos Artículo XX. Toda persona, legalmente capacitada, tiene el derecho de tomar parte en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes, y de participar en las elecciones populares, que serán de voto secreto, genuino, periódico y libre.	Artículo 2 La Organización de los Estados Americanos, para realizar los principios en que se funda y cumplir sus obligaciones regionales de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas, establece los siguientes propósitos esenciales:	Artículo 20 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas. 2. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación.

DECLARACIÓN AMERICANA DE DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE ABRIL DE 1948	CARTA DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS	DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS
<p>Artículo XXI. Toda persona tiene el derecho de reunirse pacíficamente con otras, en manifestación pública o en asamblea transitoria, en relación con sus intereses comunes de cualquier índole.</p> <p>Artículo XXII. Toda persona tiene el derecho de asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden político, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier otro orden.</p> <p>Artículo XXIV. Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a cualquiera autoridad competente, ya sea por motivo de interés general, ya de interés particular, y el de obtener pronta resolución.</p>	<p>b) Promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención.</p>	<p>Artículo 21</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos. 2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país. 3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto.

Fuente: elaboración propia.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS	CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS	CARTA AFRICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS
<p>ARTÍCULO 25. Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derecho y oportunidades: a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad a las funciones públicas de su país.</p>	<p>Artículo 15. Derecho de Reunión.</p> <p>Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.</p> <p>Artículo 16. Libertad de Asociación.</p> <p>1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole.</p> <p>Artículo 23. Derechos Políticos.</p> <p>1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:</p> <p>a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;</p>	<p>Artículo 13</p> <p>1. Todo ciudadano tendrá derecho a participar libremente en el gobierno de su país, ya sea de modo directo o a través de representantes libremente escogidos de conformidad con las disposiciones de la ley.</p> <p>2. Todo ciudadano tendrá derecho a acceder al servicio público de su país.</p> <p>3. Todo individuo tendrá derecho a acceder a la propiedad y a los servicios públicos en estricta igualdad con todas las personas ante la ley.</p>

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS	CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS	CARTA AFRICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS
	<p>b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y</p> <p>c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.</p> <p>2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.</p>	

Fuente: elaboración propia.

CONVENIO EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS CONVENIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES	PROTOCOLO ADICIONAL AL CONVENIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES
<p>ARTÍCULO 11</p> <p>Libertad de reunión y de asociación</p> <p>1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho a fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses.</p>	<p>ARTÍCULO 3</p> <p>Derecho a elecciones libres las Altas Partes Contratantes se comprometen a organizar, a intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo.</p>

Fuente: elaboración propia.

En las tablas anteriores, se permite advertir la regulación de los derechos político-electorales en diversos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

III. LOS DERECHOS POLÍTICO ELECTORALES EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA

Los derechos políticos representan instrumentos que tiene el ciudadano para participar en los asuntos públicos de su comunidad.

Dentro de los derechos político electorales tenemos el voto activo y el voto pasivo; asimismo tenemos los derechos a la libertad de expresión, de asociación y de petición con fines políticos.

En la Constitución, los artículos 35, 41 y 99 son los principales artículos que se refieren a los derechos políticos electorales.

En lo que respecta al artículo 35, el texto constitucional enuncia los siguientes derechos político-electorales:

- Votar en las elecciones populares;
- Ser votado para todos los cargos de elección popular, a través de un partido político o por la vía independiente;
- Asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos del país;
- Ejercer el derecho de petición;
- Poder ser nombrado para cualquier empleo o comisión del servicio público;
- Iniciar leyes;
- Votar en las consultas populares.

Del análisis del texto, se observa que en concordancia con los instrumentos internacionales, entre los derechos políticos contemplados en nuestra constitución, se encuentra los anteriormente expuestos.

En cuanto a la ampliación de figuras para hacer valer los derechos político electorales, la reforma constitucional del 9 de agosto de 2012 incorporó las figuras de candidaturas independientes, la consulta popular y el derecho de la ciudadanía de iniciar leyes.

Estas figuras fueron complementadas con la reforma constitucional del 10 de febrero de 2014 y con la creación de la Ley General de

Instituciones y Procedimientos Electorales que sustituyó al Código Federal de Instituciones y Procedimiento Electorales (COFIPE).

El titular de los derechos político electorales es el ciudadano y la propia Constitución establece requisitos para obtener dicha calidad.

El artículo 34 de la Constitución señala los requisitos para ser ciudadano:

Son ciudadanos de la República los varones y mujeres que, teniendo la calidad de mexicanos, reúnan, además, los siguientes requisitos:

- I. Haber cumplido 18 años, y
- II. Tener un modo honesto de vivir.

En dicho precepto se puede distinguir que para ejercer los derechos político electorales se requieren dos requisitos: haber cumplido la mayoría de edad y tener un modo honesto de vivir, es decir, no todos los habitantes de un Estado son ciudadanos; por ejemplo, en México no lo son los menores de edad y los extranjeros. Las legislaciones establecen los requisitos que deben reunir las personas para adquirir y ejercer los derechos político electorales.

El requisito que señala la fracción II del artículo 34 se refiere a “tener un modo honesto de vivir”, el cual, de acuerdo a Jurisprudencias, tiene un carácter ético y social.

MODO HONESTO DE VIVIR COMO REQUISITO PARA SER CIUDADANO MEXICANO. CONCEPTO.- El concepto de modo honesto de vivir ha sido uniforme en la evolución de las sociedades y de las leyes, identificando con él a la conducta constante, reiterada, asumida por una persona en el seno de la comunidad en la que reside, con apego y respeto a los principios de bienestar considerados por la generalidad de los habitantes de este núcleo social, en un lugar y tiempo determinados, como elementos necesarios para llevar una vida decente y decorosa, razonable y justa. Para colmar esta definición se requiere de un elemento objetivo, consistente en el conjunto de actos y hechos en que interviene un individuo; y un elemento subjetivo, consistente en que estos actos sean acordes con los valores legales y morales rectores del medio social en que ese ciudadano viva. Como se advierte, este concepto tiene un contenido eminentemente ético y social,

que atiende a la conducta en sociedad, la cual debe ser ordenada y pacífica, teniendo como sustento la moral, como ingrediente insoslayable de la norma jurídica. El modo honesto de vivir es una referencia expresa o implícita que se encuentra inmersa en la norma de derecho, tal y como sucede con los conceptos de buenas costumbres, buena fe, que tienen una connotación sustancialmente moral, constituyendo uno de los postulados básicos del derecho: vivir honestamente. En ese orden de ideas, la locución un modo honesto de vivir, se refiere al comportamiento adecuado para hacer posible la vida civil del pueblo, por el acatamiento de deberes que imponen la condición de ser mexicano; en síntesis, quiere decir buen mexicano, y es un presupuesto para gozar de las prerrogativas inherentes a su calidad de ciudadano.

Tercera Época. Recurso *de reconsideración*. SUP-REC-067/97. Partido Revolucionario Institucional. 19 de agosto de 1997. Unanimidad *de votos*. Juicio *de revisión* constitucional electoral. SUP-JRC-440/2000 y acumulado. Partido Acción Nacional y Partido *de* la Revolución Democrática. 15 de noviembre de 2000. Unanimidad *de* 6 votos. Juicio para la protección *de* los *derechos* político-electorales del ciudadano. SUP-JDC-020/2001. Daniel Ulloa Valenzuela. 8 de junio de 2001. Unanimidad *de* votos. La Sala Superior en sesión celebrada el dieciséis de noviembre de dos mil uno, aprobó por unanimidad de votos la jurisprudencia que antecede y la declaró formalmente obligatoria.

La jurisprudencia anterior explica que se entiende por modo honesto de vivir al comportamiento adecuado para hacer posible la vida civil del pueblo y por el acatamiento de deberes que imponen la condición de ser mexicano. Asimismo, explica que el concepto tiene un contenido ético y social, que atiende a la conducta de la persona en la sociedad.

IV. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO HUMANO AL VOTO ACTIVO PARA LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE RECLUSIÓN

Así como existe el reconocimiento de un derecho, también existe una limitante, que se encuentra en la fracción II del artículo 38, la cual dispone que los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden entre otras razones por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión.

Ésta es una limitante que debe analizarse a la luz de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011, y el impulso que recientemente se ha dado en nuestro país a la protección más amplia de los derechos humanos.

El texto actual del artículo 1° de la Constitución reconoce los derechos humanos, y se establece la obligación para todos los jueces y magistrados judiciales y administrativos de tomar en cuenta los tratados internacionales en esta materia.

No obstante lo anterior, el artículo 38 de nuestra Constitución sigue estableciendo la prohibición del derecho al voto para las personas en situación de reclusión, sin distinguir entre las que se encuentran en proceso y a las que se les dictó una sentencia.

V. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y DE INTERDEPENDENCIA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

El principio de presunción de inocencia tiene como uno de los máximos exponentes a Cesare Beccaria, quien en el Tratado de los delitos y de las penas señaló:

Un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección, sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo los que fue concedida tal protección².

2 Beccaria Cesare. Tratado de los delitos y las penas. Capítulo XVI: del tormento.

El reconocimiento de este principio se encuentra en el Apartado B del artículo 20 de la Constitución, el cual dispone que toda persona imputada tiene derecho:

- I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa.

Si vinculamos el principio de presunción de inocencia con el principio de interdependencia contemplado en artículo 1° de la Constitución, tenemos una clara afectación a los derechos políticos de las personas en situación de reclusión que no han sido sentenciadas.

En sentido contrario al principio de presunción de inocencia, el artículo 38 fracción II de la Constitución limita el derecho activo de las personas en situación de reclusión que no han sido sentenciadas.

Cabe mencionar que el artículo 38 de la Constitución mantiene la redacción original del constituyente de 1917, por lo que para armonizarlo con las reformas constitucionales de 2008 y de 2011, resulta necesario ampliar el reconocimiento de derechos a personas que no han sido sentenciadas.

VI. DERECHO COMPARADO

1) COSTA RICA

En el derecho comparado, Costa Rica, desde 1998, reconoce el derecho al voto a las personas en situación de reclusión que aún no han sido suspendidos en sus derechos políticos por sentencia ejecutoriada; en su Constitución establece:

Artículo 91: La ciudadanía solo se suspende:

- 1) Por interdicción judicialmente declarada;
- 2) Por sentencia que imponga la pena de suspensión del ejercicio de derechos políticos.”

El anterior Código Electoral (Ley N°. 1536 de 10 de diciembre de 1952³) reformado en 1996 de Costa Rica disponía en el artículo 168 que “quienes estén inhabilitados para sufragar, pero se encontraren detenidos o prestando servicios en cuarteles y cárceles, tendrán derecho a que se les permita comparecer a votar libremente.

El Tribunal Supremo de Elecciones de dicho país reglamentó lo concerniente al voto en los centros penitenciarios y el Ministerio de Justicia presentará el material logístico y apoyo que el Tribunal requiera y se creó el Reglamento para el ejercicio del sufragio en los centros penitenciarios.

Incluso el actual Código Electoral (Ley n.º 8765 de 2 de septiembre de 2009) dispone que

...El Tribunal también reglamentará la instalación de las juntas receptoras de votos, para permitir el sufragio de los privados de libertad y de los ciudadanos costarricenses en el extranjero⁴.

2) COLOMBIA

En Colombia, también se permite el derecho al voto activo a las personas que se encuentran privadas de la libertad que aún no han sido condenadas. El Tribunal Constitucional en la Sentencia N°. T-324/94 señaló:

2.3.1. Los detenidos privados de la libertad –aún no condenados– pueden ejercer el derecho al sufragio siempre y cuando reúnan las condiciones exigidas por la ley para tal efecto⁵

Incluso se señala que el derecho al voto comprende también una acción del Estado encaminada a crear las condiciones necesarias para que el ejercicio del derecho tenga lugar, por lo que corresponde

3 Código Electoral Ley N°. 1536 de 10 de diciembre de 1952. Artículo 68. Consulta en línea. Dirección URL: <http://www.tse.go.cr/leyes.htm>

4 Código Electoral Ley n.º 8765 de 2 de septiembre de 2009. Consulta en línea. Dirección URL: <http://www.tse.go.cr/leyes.htm>

5 Sentencia N°. T-324/94. Corte Constitucional Colombiana. Consulta en línea. Dirección URL: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-324-94.htm>

al propio Estado proporcionar los medios para que la voluntad de la ciudadanía sea adecuadamente “repcionada y contabilizada”.

3) ESPAÑA

En España, el artículo tercero de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, señala en el artículo tercero que carecen de derecho de sufragio:

Los condenados por sentencia judicial firme a la pena principal o accesoria de privación del derecho de sufragio durante el tiempo de su cumplimiento.

Es decir, aquellos que no han sido sometidos a una sentencia judicial firme pueden ejercer su voto; para ello, en todos los centros penitenciarios se dan a conocer los ordenamientos electorales y se organizan sesiones informativas en las que explican el procedimiento de votación.

El voto se realiza vía correo; para ello, el director de cada prisión solicita a la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos que un funcionario acuda al centro en cuestión para recabar los votos

CONCLUSIONES

Tal como se expuso al principio, el derecho al voto es un derecho humano reconocido por los tratados internacionales y por la Constitución; sin embargo, tras la reforma de 10 de junio de 2011, diversos preceptos constitucionales no fueron debidamente armonizados; uno de ellos es la fracción II del artículo 38.

En el mismo sentido, la reforma constitucional en materia penal de 2008 establece el principio de presunción de inocencia, el cual debe interpretarse a la luz de los principios en materia de derechos humanos, dentro de los cuales podemos encontrar los de indivisibilidad e interdependencia.

El voto activo para las personas en situación de reclusión no es algo novedoso en el ámbito comparado; si analizamos países como Costa Rica, Colombia, Ecuador y España, observaremos que presentan avances importantes en el reconocimiento y protección de este derecho.

En el derecho electoral mexicano es necesario proponer una Reforma Constitucional al artículo 38, con el propósito de que se reconozca el derecho al voto a las personas en situación de reclusión.

VII. BIBLIOGRAFÍA

BARRAZA, Arturo, *“Apuntes de Derecho Electoral: una contribución institucional para el conocimiento de la ley como valor fundamental de la democracia”*, México, El Tribunal 2000. <http://www.trife.gob.mx/sites/default/files/publicaciones/file/completo.pdf>

BONIFACIO BARBA, José, *“Educación para los derechos humanos”*, 1era edición, México, Fondo de Cultura Económica, 1997.

CASTAÑEDA Mireya, *“El derecho internacional de los Derechos Humanos y su recepción nacional”*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos México, México, 2012.

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DISTRITO FEDERAL, *“Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos”*, 1era edición, México, CDHDF, 2006.

EXPERIENCIAS REGIONALES, *“Construcción de indicadores de derechos humanos, ACNUDH-México”*, México, 2013.

FIX FIERRO, Héctor *“Los Derechos Políticos de los Mexicanos, un ensayo de sistematización”*, Tribunal Electoral del Poder Judicial, México, 2005,

GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *“Multiculturalismo y derechos humanos”*, 1era edición, México, Fontamara, 2013

HERNÁNDEZ María del Pilar *“Constitución y Derechos Fundamentales”*, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México Número 84 septiembre -diciembre de 1985, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2698/20.pdf>

HERNÁNDEZ María del Pilar *“Análisis y perspectiva de los derechos político-electorales en México”*, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2698/20.pdf>

HERNÁNDEZ CRUZ, Armando *“Derechos humanos, democracia y desarrollo”* 1era edición, México, CNDH, 2006.

HUBER OLEA Y CONTRÓ, Jean Paul, "*Derecho Contencioso Electoral*", 1era edición, México, Porrúa, 2005.

JIMÉNEZ Solares, Elba, "*Tratados Internacionales de Derechos Humanos, ¿Derecho uniforme u orden público general?*", Ed. Flores, 2015.

MEDELLÍN URQUIAGA, Ximena "*Principio pro persona*", 1era edición, México, SCJN, 2013.

MIRANDA, Jorge, "*Derechos fundamentales y derecho electoral*", Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005.

MORENO BONETT, Margarita, "*Los derechos humanos en perspectiva histórica*", 1era edición, México, UNAM, 2005.

PICADO, Sonia, "*Derechos Políticos como Derechos Humanos*" Extracted Treatise on Compared Electoral Law of Latin America International Institute for Democracy and Electoral Assistance, Stockholm, Swede, 2007, http://www.idea.int/publications/electoral_law_la/upload/III.pdf

Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, "*Ciclo de conferencias y mesas redondas sobre temas de actualidad en derechos humanos*", 1era edición, México, TSJDF, 2010.

Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, "*Seminario Internacional sobre Aplicación de Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos en el Ámbito Internacional*", 1 era edición, México, TSJDF, 2010.

REFERENCIAS ELECTRÓNICAS

Comisión Nacional de Derechos Humanos www.cndh.org.mx

Organización de las Naciones Unidas <http://www.un.org/es/rights/overview/>

Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación <http://www.trife.gob.mx/>

Tribunal Electoral del Distrito Federal www.tedf.org.mx



GLOBALIZACIÓN, INSEGURIDAD CIUDADANA, PRIVACIÓN DE LIBERTAD Y DERECHO PENAL MÍNIMO EN LAS PRIMERAS DOS DÉCADAS DEL SIGLO XXI

Arnel Medina Cuenca

Profesor Titular de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana; Vicepresidente de la Sociedad cubana de Ciencias Penales.

“La cárcel es verdaderamente una máquina deteriorante que genera en el privado de libertad una patología específica de regresión, producto de las condiciones antinaturales a que es sometido el adulto recluido, privado de todas la libertades y capacidades que como tal tiene. Se determina en estos sujetos un síndrome de prisonización o “cultura de la jaula”, en la que la propuesta de resocialización es irrealizable, y por el contrario se revela, junto con la ideología del tratamiento, como un discurso encubridor del verdadero papel que juegan dentro de un sistema penal irracional e ilegítimo”.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *En busca de las penas perdidas, Deslegitimación y Dogmática Jurídico-penal*, Editorial EDIAR, Buenos Aires, 1998, p. 104.

INTRODUCCIÓN

Los días 10 y 11 de junio de 2004, convocados por la Sociedad cubana de Ciencias Penales de la Unión Nacional de Juristas de Cuba, el Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD) y Reforma Penal Internacional (RPI), efectuamos en la Habana el “Seminario Internacional: “Hacia el 50 Aniversario de las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos” y entre los conferencistas que nos

acompañaron en esas interesantes jornadas, se encontraba el doctor en Derecho César Barros Leal¹, quien disertó sobre el tema de “Las Reglas Mínimas para el Tratamiento del Recluso en Brasil”².

A partir de esta fecha surgió un fructífero intercambio académico entre el autor de este artículo y el Dr. Barros Leal, que se ha visto reflejado en dos publicaciones³ y ahora en la posibilidad de participar en el Volumen V la Serie Estudios en Ciencias Penales y Derechos Humanos, organizada por él y la destacada profesora Julieta Morales Sánchez, en homenaje a Antonio Sánchez Galindo, lo que constituye

1 En la actualidad: Procurador del Estado de Ceará; Doctor y Posdoctor en Derecho; Profesor jubilado de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Ceará; Presidente del Instituto Brasileño de Derechos Humanos y miembro de la Asamblea General del Instituto Interamericano Derechos Humanos (San José de Costa Rica). Otros participantes en el Seminario fueron: Dr. Elías Carranza, Director de ILANUD; Dra. Emma Mendoza Bremauntz, de México; Dr. Elías Neuman, de Argentina, ya fallecido; Dr. Heriberto Asencio de España y el Dr. Mauricio Benito, en la fecha representante de RPI para América Latina. Por Cuba, entre otros: Ramón de la Cruz Ochoa, Presidente de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales; Mayda Goite Pierre, Vicepresidenta de la Sociedad; Arnel Medina Cuenca, Presidente de la Unión Nacional de Juristas de Cuba; y los profesores de la Universidad de Oriente: Ramón Alarcón Borges, Arlín Pérez Duharte y Myrna Méndez López, así como los abogados del Capítulo Provincial de la Sociedad en Cienfuegos: Aurelio A. Castillo Álvarez e Irina Ruiz Vargas (*Vid.* REFORMA PENAL INTERNACIONAL (RPI), INSTITUTO LATINOAMERICANO DE NACIONES UNIDAS PARA LA PREVENCIÓN DEL DELITO Y EL TRATAMIENTO DEL DELINCUENTE (ILANUD) Y SOCIEDAD CUBANA DE CIENCIAS PENALES, Vigencia de la Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los Reclusos, Ciudad de La Habana, octubre de 2006. Disponible en: <http://www.lex.uh.cu/sites/default/files/RPI%20-%20ILANUD-%20SCCPENALES-2006.pdf> Consultado el 22/3/2015, a las 14.25).

2 *Vid.* BARROS LEAL, César, “Las reglas mínimas para el tratamiento del recluso en Brasil”, *Revista Electrónica de Estudios Jurídicos CUBALEX*, N°. 34, Año 17, Tercera Época, Editorial UNIJURIS, La Habana. Disponible en: <http://vlex.com/vid/reglas-minimas-tratamiento-recluso-590663982> Consultada el 22/3/2016, a las 13.30.

3 Al artículo sobre las Reglas mínimas del Brasil, se ha unido recientemente: BARROS LEAL, César, “Un viaje virtual al interior de las cárceles”, En: *Las Ciencias Penales y Criminológicas frente al espejo del tiempo ¿Qué queda de Beccaria 250 años después de la publicación de “Los delitos y las penas”?* Coordinadora: Dra. Arlín Pérez Duharte, Serie Ciencias Penales y Criminológicas N°. 7, Editorial UNIJURIS, La Habana, Julio de 2015, pp. 11-20. Disponible en: <http://vlex.com/vid/viaje-virtual-interior-carceles-584770126>

//<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/11/doctrina42402.pdf> y en la Serie Ciencias Penales y Criminológicas N°. 7: <http://vlex.com/compilation/333763> Consultada el 23/3/2016, a las 15.30.

para mí un importante estímulo, ante la perspectiva de poder compartir, a través de esta obra, algunas reflexiones sobre lo que va quedando del Derecho penal de última *ratio*, en las primeras dos décadas del nuevo siglo, con los participantes en el “V Curso Brasileño Interdisciplinario en Derechos Humanos: El Principio de Humanidad. La Salvaguardia de la Persona Humana”, que se realizará en Fortaleza, Ceará, Brasil, del 5 al 16 de septiembre de 2016.

El derecho de castigar del Estado o *ius puniendi*, es la facultad que tiene el Estado para utilizar el poder punitivo e imponer penas o medidas de seguridad, ante las violaciones más intolerables de las normas de convivencia, que atentan contra el llamado orden social, que es ejercido por el aparato estatal, en nombre de la sociedad, en cumplimiento del deber Constitucional de proteger a los demás ciudadanos de las acciones humanas más graves.

Le corresponde a las constituciones nacionales de los Estados precisar los valores fundamentales de cada sociedad y a las normas de desarrollo, y a otras leyes del ordenamiento jurídico determinar, por una parte, los derechos que van a recibir protección del Derecho penal y por la otra, el sistema de principios reguladores del actuar de los legisladores en su labor de instituir delitos y penas y de los jueces y tribunales a la hora de aplicarlas a los que los cometen.

La naturaleza jurídica de la potestad punitiva del Estado, o *ius puniendi*, que con frecuencia se ha denominado como un derecho subjetivo del Estado, en la actualidad, “ha de considerarse indiscutible que no se trata del ejercicio de ningún derecho subjetivo, sino de las funciones que corresponden al Estado en virtud del pacto social traducido en la Constitución. El poder de crear normas penales no tiene diferentes características que el de legislar en materia de cultura, obras públicas o educación, si bien, a diferencia de esas materias, y como ya sabemos, el Derecho penal supone recortes a la libertad general con el fin de tutelar las libertades de los ciudadanos”⁴.

El legislador, al seleccionar las conductas humanas que reciben protección del Derecho penal, debe limitarse al mínimo indispensable para garantizar los derechos de los ciudadanos sobre la base del principio

4 CARBONELL MATEU, Juan Carlos, “Reflexiones sobre el abuso del Derecho penal y la banalización de la legalidad”, p. 31. Disponible en: <http://aidpespana.uclm.es/pdf/barbero1/7.pdf> Consultado el 25/3/2016, a las 19.00.

general de que “las libertades de los ciudadanos terminan allí donde se afecta la libertad de todos los demás ciudadanos”⁵, por lo que la potestad punitiva del Estado queda limitada a proteger sólo a aquellos bienes jurídicos que, teniendo relevancia constitucional, afectan a las libertades de los demás, y los que no alcancen esa connotación deben ser considerados como intrascendentes, para dichas libertades. El principio general de libertad, del que el de prohibición de exceso es un componente, viene a afirmar que tan sólo puede limitarse la libertad de los ciudadanos en aras de la tutela de las propias libertades de los demás ciudadanos. Y sólo en la medida de lo estrictamente necesario⁶.

Para evitar los excesos en la aplicación del poder punitivo por parte de los Estados, durante los últimos siglos y especialmente con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, como resultado de los horrores del fascismo, se consagraron los principios limitativos del derecho de castigar o *ius puniendi*, que se erigen como escudos protectores para evitar los excesos de los Estados en la utilización del poder punitivo, tanto en las constituciones y leyes nacionales, como en numerosos instrumentos jurídicos internacionales de protección de los Derechos Humanos⁷.

Desde los años noventa del pasado siglo y especialmente a partir de los acontecimientos del once de septiembre de 2001, con el derribo

5 INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (IIDH) y COMISIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA, “Declaración Americana de los Derechos y deberes del Hombre”, aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, efectuada en Bogotá, en 1948, En: *Instrumentos Internacionales de Protección de Derechos Humanos*, Editora Talleres Mundo Gráfico, San José de Costa Rica, 1998, p. 30. El artículo XXVIII precisa que los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático.

6 CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho Penal: concepto y principios ... cit.*, p. 102.

7 *Vid.*, entre otros, INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (IIDH), “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)”, En: *Instrumentos Generales de Derechos Humanos*, junio de 2005, San José de Costa Rica, p. 32. Disponible en: http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/PaginaExterna.aspx?url=/BibliotecaWeb/Varios/Documentos.Interno/BD_1345057820/Instrumentos%20Internacionales%20Proteccion%20DDHH.pdf,

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES PARA LOS DERECHOS HUMANOS, “Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos”, Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico

de las Torres Gemelas de Nueva York y otros hechos que le sucedieron en los años siguientes en Europa y Asia, con el pretexto de combatir el terrorismo y la delincuencia organizada, la tendencia ha sido de incrementar la cuantía de las penas y de endurecer las condiciones de reclusión, mientras que las modernas corrientes del pensamiento criminológico sobre la ineficacia del encierro como pena van quedado olvidadas.

En los inicios del siglo XXI, se encuentran muy cuestionados, desde la política, la sociedad civil y un sector de la doctrina⁸, los principios de intervención mínima, humanidad de las penas, proporcionalidad, resocialización, presunción de inocencia, independencia judicial, derecho a la defensa y otros en el orden penal y procesal, de la mano de la globalización y de la denominada sociedad de riesgo, con la aparición de fenómenos delictivos congruentes con ello, que están requiriendo de una política criminal, en la que se logre la necesaria armonía entre la necesidad de adaptar las normas penales y de procedimiento al surgimiento de nuevos intereses de protección o la revalorización de algunos ya existentes y la necesidad de garantizar la vigencia de un proceso penal garantista y respetuoso de los derechos fundamentales, frente a la innegable criminalidad de nuevo “corte”.

Las garantías penales y procesales penales no son producto de un capricho, como afirma el profesor Zaffaroni, sino el resultado de la experiencia de la humanidad acumulada en casi un milenio, en lucha constante contra el ejercicio inquisitorial del poder punitivo, propio de las invocaciones de emergencias conocidas en todos estos siglos, en que

y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977. Disponible en:

<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/TreatmentOfPrisoners.aspx>
Consultadas el 20/3/2016 a las 18.30. ____ “Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio)”, Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990. Disponible en: http://www2.ohchr.org/spanish/law/reglas_tokio.htm

Consultada el 19/3/2016, a las 16.20, ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL, SECRETARIA DE ASUNTOS JURÍDICOS, “Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf. Consultada el 20/3/2016, a las 23.15.

8 *Per omnia*, JAKOBS, Günther: JAKOBS, Günther y Manuel, CANCIO MELIA, Manuel, *Derecho Penal del Enemigo*, Editorial Civitas, Madrid, 2003.

el poder punitivo descontrolado, emprendiendo empresas genocidas, causó más muertes y dolor que las propias guerras⁹.

Los altos niveles de violencia y las grandes dosis de dolor que provocan la aplicación indiscriminada de las penas privativas de libertad, sobre todo en los países menos desarrollados, el encierro en lugares sin las condiciones mínimas indispensables para la vida humana, donde los derechos humanos parecen no regir, ni tampoco importar demasiado, le dan la razón a Zaffaroni, cuando afirma que: “La cárcel es verdaderamente una máquina deteriorante que genera en el privado de libertad una patología específica de regresión, producto de las condiciones antinaturales a que es sometido el adulto recluso, privado de todas las libertades y capacidades que como tal tiene. Se determina en estos sujetos un síndrome de prisionización o “cultura de la jaula”, en la que la propuesta de resocialización es irrealizable, y por el contrario se revela, junto con la ideología del tratamiento, como un discurso encubridor del verdadero papel que juegan dentro de un sistema penal irracional e ilegítimo”¹⁰.

Coincidimos con Quintero Olivares¹¹, en que si bien la incidencia del Derecho penal en la vida social es alta, no lo es hasta el punto de cincelar y sostener la sociedad; sino solamente, y eso no es poco, un instrumento jurídico que los que tienen atribuida la representación de la sociedad en lo legislativo en lo judicial, aplican a aquellos que contravienen sus reglas. De la actitud que cada sistema penal positivo adopte, a través de las leyes penales de cada país, dependerá el mejor o peor juicio que se emita, sobre dicho sistema.

En el escenario actual, a 252 años de la obra cumbre de Beccaria, resulta compleja la lucha por mantener un Derecho penal mínimo

9 Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Globalización y Crimen Organizado”, Conferencia de clausura de la primera Conferencia Mundial de Derecho Penal, organizada por la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP) en Guadalajara, Jalisco, México, pronunciada el 22 de noviembre de 2007. Disponible en:

http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/globalizacion_crimen_organizado.pdf Consultado el 26/3/2016 a las 11.40.

10 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *En busca de las penas perdidas, Deslegitimación y Dogmática Jurídico-penal*, Editorial EDIAR, Buenos Aires, 1998, p. 104. Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/5185047/Eugenio-Raul-Zaffaroni-En-busca-de-las-penas-perdidas#scribd> Consultado el 23/3/2016, a las 22.15.

11 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Derecho Penal Parte General*, Reedición de la segunda edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1992, pp. 7-8.

y respetuoso de los derechos humanos, por el cumplimiento de los principios limitativos del *ius puniendi* o derecho de castigar del Estado, las alternativas a la privación de libertad, la intervención mínima, la proporcionalidad de la pena y la resocialización de los sancionados, en la tarea de darle continuidad a los avances que se habían logrado desde la segunda mitad del pasado siglo, cuando el tratamiento penal adoptó una amplia variedad de formas, que incluían la despenalización de las conductas de escasa peligrosidad social, una mayor racionalidad en la determinación de la cuantía de las penas y medidas sustitutivas de las sanciones privativas de libertad, entre otras acciones, encaminadas a lograr una política penal, en la que los propósitos enunciados desde la doctrina, sobre el cumplimiento del principio de humanidad de las penas, se tenían en cuenta, en mayor grado por los poderes públicos y la sociedad civil.

1. GLOBALIZACIÓN, SOCIEDAD DE RIESGO Y EXPANSIONISMO PENAL

La globalización no ha resuelto los problemas de las desigualdades sociales que tanta incidencia tienen en el aumento de la criminalidad, la violencia y la inseguridad ciudadana. El tráfico de drogas, el tráfico y la trata de personas y otros males, que van de la mano de la delincuencia organizada, se ven influenciados por la concentración del capital en determinadas áreas que, al propio tiempo, contribuye al mantenimiento del subdesarrollo en otras menos favorecidas¹².

Al aumentar la brecha entre ricos y pobres se incrementa la conflictividad social, disminuyen las posibilidades de empleo y en general de la satisfacción de las necesidades en los habitantes de los territorios menos favorecidos por el desarrollo económico¹³, provocando

12 Vid GOITE PIERRE, Mayda y Arnel, MEDINA CUENCA, "Migraciones, globalización y tráfico y trata de seres humanos, analizados desde una perspectiva cubana", *Revista Mundi Migratorios*, Vol. II, Nº. 2, 2014, p. 66. Disponible en: <http://www.anuariocemi.uh.cu/index.php/AC/article/view/37> Consultado el 24/3/2016, a las 21.30.

13 Vid ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "Derechos Humanos y colonialismo avanzado", Conferencia magistral pronunciada en la Universidad Nacional de General Sarmiento (UNGS), Buenos Aires, 25 de agosto de 2015, p.2. Disponible en: http://www.ungs.edu.ar/ms_ungs/?p=25050 y también en: <https://www.youtube.com/watch?v=JeJy18f2b0o> Consultada el 22/3/2016, a las 11.35.

importantes incrementos de los flujos migratorios, unido a otros males como el terrorismo, el tráfico de drogas, el lavado de activos, tráfico de armas, cuyo incremento significativo **provoca**, que desde la política, la sociedad civil y la doctrina, aunque en mucha menor medida, suban de tono los llamados a sustituir las políticas racionales y de prevención en el tratamiento a la delincuencia, por el de mano dura, con más cárceles, penas más altas y reducción de las garantías penales y procesales que con tanto esfuerzo se han consagrado, sobre todo en los últimos sesenta años en los principales instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos y en las constituciones y las leyes.

Estas verdades de templos le dan la razón nuevamente a Zaffaroni, cuando en su tesis sobre la existencia de una nueva forma de colonialismo, solapado bajo el dominio del capital financiero, afirma que el primer derecho humano que se encuentra violentado en Latinoamérica es el derecho al desarrollo. Los medios de comunicación hegemónicos también son un eslabón de ese sistema financiero concentrado; se trata de medios que no sólo ocultan información, sino que también la inventan y generan la conflictividad entre los excluidos, porque crean una violencia que no existe para hacer un aparato represivo de control de excluidos. Estamos ante lo que él define, con acierto, el colonialismo avanzado que incentiva la violencia entre las poblaciones con menos recursos¹⁴.

En la era de la globalización y la sociedad de riesgo¹⁵, se ha generalizado a nivel mundial, y también en Latinoamérica, una tendencia a un expansionismo acelerado del poder punitivo del Estado, como consecuencia de la aplicación de políticas de excesiva represión de la actividad delictiva que no distinguen entre los crímenes verdaderamente violentos e intolerables para la sociedad y aquellos que, por sus características y las causas que los generan, podrían tener un tratamiento menos represivo.

14 Ídem.

15 *Vid* ULTRICH, Beck, La sociedad de riesgo global. traducción de Jesús Albores Rey, Madrid, Editorial Siglo XXI de España, edición de 2002. Editores S.A. p. 34. Disponible en: <http://www.um.es/tic/LIBROS%20FCI-II/Beck%20Ulrich%20-%20La%20Sociedad%20Del%20Riesgo%20Global.pdf> Consultado el 22/32016, a las 18.45.

Coincidimos con López Barja¹⁶, en que la sociedad de nuestros días es interactiva en todos sus sistemas, lo individual sólo tiene cabida en ese entramado interconectado de tecnologías, factores sociales, económicos, políticos que marcan el rumbo y definen las posturas; entonces, si la delincuencia es un *factor*, será un componente más y estará sometida al mismo análisis del *riesgo global*. Ésa es la idea primigenia de un Derecho penal para la sociedad de riesgo que estará obligado a buscar respuestas eficaces para este momento histórico; el Derecho penal ha de estar a la altura de las circunstancias y proporcionar medios precisos y que sean los adecuados desde esa visión de la sociedad de riesgos, sin sobredimensionar las posibilidades del Derecho penal, como se analizará *infra*.

Todo esto obliga a precisar que esos riesgos parten de la comprensión de que las normas por sí solas no son suficientes para ofrecer seguridad y para ello, apoyándose en Beck, delimita el “origen y los efectos del riesgo” que tienen incidencia directa para determinar la línea de lo individual y lo colectivo en el Derecho penal. El riesgo, afiliándonos a Beck, se debe a la suma de las acciones individuales de muchos individuos; aquí tenemos un problema importante para el Derecho penal, “la pluralidad de sujetos” y los “entes colectivos”¹⁷.

Para Alfonso Berzosa y Carlos Martínez¹⁸, la globalización de los intercambios, el aumento de las inversiones directas de las multinacionales en el extranjero y la integración mundial de los

16 López Barja de Quiroga, Jacobo, “El moderno Derecho penal para una sociedad de riesgos”, *Revista del Poder Judicial* N° 48, cuarto trimestre, Madrid, 1997, p. 6.

17 Vid GOITE PIERRE, Mayda, “De nuevo sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ahora desde la mirada de una sociedad de riesgo dieciséis años después”, En: *Globalización, Delincuencia organizada, Expansionismo penal y Derecho penal económico en el siglo XXI. Libro Homenaje al Prof. Dr. Juan María Terradillos Basoco*, Coordinadora: Dra. Mayda Goite Pierre. Disponible en:

<http://vlex.com/source/globalizacion-delincuencia-organizada-expansionismo-penal-derecho-penal-economico-siglo-xxi-12779> // <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/08/doctrina41638.pdf> // <http://www.lex.uh.cu/sites/default/files/5.%202015-LIBRO%20TERRADILLOS.pdf>

Consultado el 22/3/2016, a las 11.00.

18 BERZOSA, Alfonso y Carlos, MARTÍNEZ, “Los efectos de la globalización y propuestas alternativas”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, N°. V, 2002. Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpij/cgpij/pjpublicaciondetallada.html&Identificador=CD0200503&dkey=5566&TableName=PJ PUBLICACIONES&Criterio=coleccion> Consultado el 22/3/2016, a las 11.40.

mercados financieros, han llevado a la internacionalización económica y a la intensificación de los flujos socioeconómicos a través de todo el planeta, pero también a una polarización a nivel mundial entre ricos y pobres dentro del Estado y, aún más, entre Estados ricos y Estados pobres a nivel global, constituyendo esto la base del fenómeno de desigualdad que se ha acrecentado en la actualidad.

Ésa es la razón de nuestra coincidencia con el pensamiento del profesor Juan Terradillos Basoco, cuando *éste* señala que la globalización, lejos de constituir una palanca de ampliación de estrategias penales de aplicación igualitaria, consagra la desigualdad, sobre todo como efecto de procesos de desregulación cuya consecuencia fundamental es la impunidad del poderoso en entornos débiles¹⁹.

En Latinoamérica, como consecuencia de la fase contemporánea de internacionalización del capitalismo que corresponde a la globalización neoliberal, propiciadora de las desigualdades económicas y sociales por deficientes manejos en la distribución de la renta, la propensión a la marginalidad, la exclusión social y la corrupción generalizada, entre otros, constituyen irremediablemente en agentes aceleradores de la criminalidad²⁰.

El fenómeno de la globalización, con sus riesgos y contradicciones, nos muestra el dilema de un Derecho penal máximo y un Derecho penal mínimo, que encamina a la legislación penal hacia una de las dos posiciones; o nos aferramos a continuar apegados al Derecho penal clásico, o buscamos fórmulas compatibles con los principios y garantías penales y procesales, que nos permitan enfrentar la transnacionalización de la delincuencia, cada vez más globalizada, en las nuevas condiciones, en un mundo en el que las grandes empresas transnacionales y los bloques económicos se proyectan como sustitutos del Estado en la conducción de los destinos de la humanidad.

19 TERRADILLOS BASOCO, Juan, "Sistema penal y criminalidad internacional", En: Nieto Martín (Coord.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam*, vol. I, Cuenca, 2001, p. 309.

20 *Vid* MEJÍAS RODRÍGUEZ, Carlos Alberto, "Retos y desafíos del derecho penal y la criminología en América Latina", *Revista IUS*, vol.8, n.º. 34, Puebla jul./dic. 2014, p. 2. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1870-21472014000200002&script=sci_arttext Consultada el 23/2/2016, a las 11.00.

El profesor Zaffaroni²¹ ha manifestado, al analizar las funciones del Derecho penal, que el vínculo que establece un Derecho penal reductor con las ciencias sociales debe ser preferentemente a través del marco de una sociedad entendida conforme a una teoría del conflicto. Es decir, una sociedad integrada por grupos cuyos intereses no coinciden sino que colisionan y compiten, lo que da lugar a un proceso de cambio continuo. En este marco, el poder punitivo no tiene signo positivo, porque interviene en la conflictividad social siempre del lado del más fuerte, tal como se certifica con toda la historia del poder punitivo.

La búsqueda de alternativas para garantizar la seguridad de los ciudadanos desde el Estado y también desde otros actores de la sociedad, como los partidos políticos, los movimientos sociales, la empresa privada y otros mecanismos de control social, no es nueva. En el artículo 2º de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, se afirma que: "... El objeto de toda sociedad política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión..."²².

Desde los medios de comunicación, que generalmente responden a los mencionados intereses, se responsabiliza a los códigos penales y las leyes procesales que surgieron de las profundas reformas realizadas en nuestra región, desde la última década del pasado siglo, con la violencia, la inseguridad ciudadana y otros males sociales y las medidas adoptadas para reducir los niveles de prisión provisional y la cuantía de las penas privativas de libertad; todo eso pasa a ser objeto de críticas en los programas de gobierno de los candidatos presidenciales

21 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA Eugenio y SLOKAR Alejandro, Manual de Derecho Penal. Parte General, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 371. Zaffaroni no desconoce los aportes importantes de los distintos momentos de la evolución de la teoría del delito. Por ello, asegura: a) el esquema de Liszt tuvo la virtud de oponer el derecho penal al poder punitivo, b) el sistema Liszt- Beling fijó las cuatro categorías sobre las que se discutiría a lo largo del siglo siguiente la teoría del delito, c) el neokantismo significó un duro entrenamiento para la fina construcción sistemática, d) el finalismo aportó su toque de atención en cuanto al respeto por el mundo y sus datos, y e) el funcionalismo confiesa con singular sinceridad que los conceptos jurídico-penales son políticamente funcionales.

22 *Vid* Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, Artículo 2.. Disponible en: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf Consultada el 22/2/2016, a las 14.50.

y también de los aspirantes a diputados, senadores, alcaldes, concejales y otros cargos públicos a los que se accede por elección popular.

Con los nuevos gobiernos se inicia un proceso paulatino de desmontaje de las garantías penales y procesales que, con tanto esfuerzo, se han construido con la contribución de numerosos hombres y mujeres de buena voluntad, como se ha señalado *supra*.

Tal parece que la vida de nuestros países va a depender de ahora en adelante sólo de la aprobación de leyes especiales, nuevas tipicidades delictivas, largas penas privativas de libertad, incremento del rigor penitenciario y sobre todo de la reducción de las garantías penales y procesales que, con rango constitucional y afianzada en el Derecho internacional, constituyen los cimientos del Estado social y democrático de Derecho.

El profesor Juan Carlos Carbonell Mateu afirmó recientemente, refiriéndose a las proyecciones actuales del Derecho penal, que asistimos con enorme preocupación al auge del autoritarismo al que nos pretende conducir un modelo teórico basado en el pretendido carácter científico y no democrático de la dogmática, que lleva consecuentemente a legitimar una respuesta penal positiva, igualmente dogmática, pretendidamente científica y por supuesto antidemocrática. Hemos de conseguir, dicen, un Derecho penal eficaz y eficiente que garantice el máximo de seguridad, un modelo único, ya se sabe, la globalización, en que la pretendida bondad del sistema esté por encima de cualquier cuestionamiento. Ninguna tolerancia, la expresión de moda es tolerancia cero, para los enemigos del sistema²³.

Ante este panorama, el catedrático de Derecho penal de la Universidad de Valencia insiste en la labor que nos corresponde a los penalistas comprometidos con el Estado de Derecho, o lo que es lo mismo con la libertad, como valor superior. Es necesario cumplir con ese compromiso y no permanecer callados ante el muy profundo retroceso que se está produciendo en la mayoría de los países. La relativización de los principios liberales, en el sentido más digno de ese término, el auge del Derecho penal del enemigo, la exacerbación de

23 CARBONELL MATEU, Juan Carlos, "Las garantías democráticas en tiempo de cambio: Legalidad y culpabilidad", Conferencia impartida el 25 de marzo de 2016, en el XIII Encuentro Internacional Ciencias Penales 2016, efectuado en el Hotel Meliá Marina Varadero, convocado por la Fiscalía General de la República de Cuba, p.4.

la peor manera de entender la seguridad y el correspondiente dominio de la peligrosidad, como fundamento casi exclusivo y sobre todo limitado de la intervención punitiva, son las notas características de una irrefrenable tendencia a la vuelta atrás, hacia los momentos más oscuros del Derecho penal, como el periodo anterior a la ilustración²⁴.

Si observamos con detenimiento el papel desempeñado por las Naciones Unidas y otros organismos regionales como la Organización de Estados Americanos (OEA), en las últimas décadas, se aprecia que el énfasis fundamental de su actividad se ha ido desplazando de la aprobación de numerosos Instrumentos Jurídicos internacionales en defensa de los Derechos humanos²⁵, a los relacionados con la lucha contra

24 Ídem, p. 5. Se trata de un retorno a la inquisición. El gran valor a alcanzar es según se afirma, la seguridad, valor que sería contrapuesto a la libertad. La seguridad sin embargo, no puede constituir por sí misma un valor, es menester predicarla de algo, puesto que se trata de un concepto de referencia. Son los derechos fundamentales de la persona los que deben estar por detrás de la idea de seguridad y paradójicamente son los que sufren hasta verse negados.

25 *Vid.*, a modo de ejemplo, entre otros importantes Instrumentos Jurídicos Internacionales, la “Declaración Universal de Derechos Humanos”, de 10 de diciembre de 1948 Printed at United Nations, Geneva, GE.05-42202, November 2005

(<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/ABCAnnexessp.pdf>), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, Publicado por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49, (<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>), las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, *Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Ginebra, 22 de agosto a 3 de septiembre de 1955: informe preparado por la Secretaría* (publicación de las Naciones Unidas, número de venta: 1956.IV.4), anexo I.A; enmendado por el Consejo Económico y Social en su resolución 2076 (LXII) (adición de la sección E, titulada “Reclusos, detenidos o encarcelados sin haber cargos en su contra”) en:

(https://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/Compendium_UN_Standards_and_Norms_CP_and_CJ_Spanish.pdf), los “Procedimientos para la aplicación efectiva de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos”, en Recopilación de reglas y normas de las Naciones Unidas en la esfera de la prevención del delito y la justicia penal, NACIONES UNIDAS, Nueva York, 2007.

(https://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/Compendium_UN_Standards_and_Norms_CP_and_CJ_Spanish.pdf), las “Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio)”, Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990 (http://www2.ohchr.org/spanish/law/reglas_tokio.htm), el “Pacto de San José de Costa Rica, Adoptado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia

la droga, el terrorismo, la delincuencia organizada transnacional²⁶ y otros, que evidencian la preocupación de la Comunidad internacional por los problemas relacionados con la globalización de la delincuencia que ha evolucionado desde una delincuencia organizada regional, pasando por el crimen organizado de índole nacional, convirtiéndose a la postre en transnacional, hasta llegar a nuestros días, en los que se están produciendo incluso alianzas estratégicas de alcance universal.

Al respecto el profesor Ramón de la Cruz Ochoa²⁷ comenta que, en febrero del 2004, el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, en un documento titulado “Desarrollo, seguridad y justicia para todos”, caracterizó la situación actual del crimen organizado de la manera siguiente: “Durante el último decenio, la naturaleza de la delincuencia organizada ha evolucionado, impulsado por la apertura de los mercados (globalización) facilitada por nuevas tecnologías de comunicación y presionada por importantes éxitos de represión.

Como consecuencia de ello, hoy en día los grupos delictivos parecen redes de negocio más complejas, conglomerados ilegales

Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, Entrada en vigor: 18 de julio de 1978, conforme al Artículo 74.2 de la Convención (http://www.corteidh.or.cr/docs/libros/docsbas2012_esp.pdf), la “Declaración Americana de los Derechos y deberes del Hombre”, aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, efectuada en Bogotá, en 1948 (ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA), Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp> Consultada el 22/3/2016. A las 14.25).

26 *Vid* también a modo de ejemplo, “Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de

Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas”, hecha en Viena, en un solo original, el día veinte de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho (https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf), la “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”, Resolución 58/4 de la Asamblea General, de 31 de octubre de 2003

(https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/04-56163_S.pdf) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el mes de noviembre del 2000

(<http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>).

27 DE LA CRUZ OCHOA, Ramón de la. Crimen organizado: aspectos criminológicos y penales, Cuba: Editorial Universitaria, 2008, p 24. Disponible en:

<http://site.ebrary.com/lib/mayabsp/Doc?id=10249925&ppg=28> Consultada el 2/3/2016, a las 12.40.

que pueden mezclarse con negocios legítimos. Han desaparecido las estructuras jerárquicas (familias, carteles, etc.) especializadas. Únicamente en la violencia y confinados por tanto en las márgenes de la sociedad. La delincuencia se ha extendido a muchos países, haciendo más difícil su detección y obligando a que la cooperación internacional sea más esencial que nunca. Los grupos delictivos han ensanchado el ámbito de sus operaciones, tanto por lo que se refiere a las zonas geográficas como a los sectores en que actúan, es decir: la delincuencia no es meramente transnacional y especializada, sino transccontinental y diversificada”.

En realidad, los delincuentes aprovechan ahora el proceso de globalización de la economía mundial, transfiriendo sus fondos rápidamente por las fronteras internacionales. El vertiginoso desarrollo de la información financiera, la tecnología y las comunicaciones viabilizan el manejo del dinero para entrar en el mundo de los negocios en cualquier parte con velocidad y facilidad; y así, como la génesis del problema lo encontramos en la globalización, la respuesta que las legislaciones han adoptado para su combate también se da en un contexto globalizado²⁸.

Sebastián Rafael Robles²⁹ advierte que, en el contexto legislativo internacional, se ha tomado conciencia sobre la necesidad imperante de luchar contra el crimen organizado, intentando erradicar y extinguir las diversas modalidades delictivas con la que se los suele vincular ya que dichos delitos, sin una organización previa, dotada de muchísimos recursos entre los que se pueden referenciar tecnológicos y humanos, resultan imposibles de consumir. Precisamente, éste es el aspecto más relevante y lesivo que caracteriza a estas células delictivas y lo que conllevan a la decisión de política criminal de buscar la herramienta legal idónea para acabar con ellos.

Los delitos clásicos y reconocidos universalmente en materia de criminalidad organizada son: el narcotráfico, el tráfico de armas, la trata de personas, el tráfico ilegal de migrantes y el lavado de activos. Si bien no son los únicos delitos que perpetra el crimen organizado,

28 *Ídem*, pp. 9-10.

29 ROBLES, Sebastián Rafael, “Trata de personas y tráfico ilegal de migrantes”, Ponencia presentada el 23 de marzo, de 2016, en el XIII Encuentro Internacional Ciencias Penales 2016, efectuado en el Hotel Meliá Marina Varadero, convocado por la Fiscalía General de la República de Cuba, p.17.

por su trascendencia, son los que generan mayor resquemor social, como así también en el plano político, jurídico y represivo³⁰.

Actualmente se suman los “delitos organizados nuevos y emergentes” entre los que se hallan los “delitos ambientales”, el “tráfico de bienes culturales”, y los “delitos cibernéticos”. Estos delitos, si bien pertenecen a la nueva era y tienen un público determinado como *target*, complejizan la tarea criminal, por lo que se torna imperioso apelar a la diversidad de técnicas y sobre todo a cuantiosos esfuerzos personales³¹.

En ese orden de ideas, Silva Sánchez pronostica lo siguiente “... el Derecho penal de la globalización y de la integración supranacional, será un Derecho desde luego crecientemente unificado, pero también menos garantista, en el que se flexibilizarán las reglas de imputación, y se relativizarán las garantías político-criminales, sustantivas y procesales. En este punto, por tanto, el Derecho penal de la globalización no hará más que acentuar la tendencia que ya se percibe en las legislaciones nacionales, de modo especial en las últimas leyes en materia de lucha contra la criminalidad económica, la criminalidad organizada y la corrupción...”³².

2. LA INSEGURIDAD CIUDADANA EN NUESTRA ÁREA GEOGRÁFICA Y SU INCIDENCIA EN EL EXPANSIONISMO PENAL

La seguridad ciudadana es un tema delicado que preocupa a muchos tomadores de decisión y repercute al calor de las campañas electorales³³. No es de extrañar que el tema haya escalado en América

30 Ídem, p. 21.

31 *Ibidem*. En lo que respecta a los nuevos delitos o delitos emergentes, en la República Argentina, refiriéndose a los delitos ambientales, el tráfico de bienes culturales y los delitos cibernéticos, habida cuenta de la novedad que presentan y de la complejidad en su tipificación, son más ininteligibles aún que el resto de los delitos referidos anteriormente y requieren mucha más profundidad y especificidad en su persecución penal ya que “existe obviamente la necesidad de técnicas de investigación y habilidades profesionales especiales”, que permitan lograr acceder al entorno en el que se desarrollan.

32 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Editorial Civitas, Madrid, 1999, pp. 63-64.

33 PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD), Seguridad Ciudadana con rostro humano: diagnóstico y propuestas para América Latina, 2013-2014, p. 5. Disponible en: <http://www.latinamerica.undp.org/content/>

Latina hasta convertirse en la principal preocupación pública en muchos países, ya que se refleja en determinados indicadores requeridos para alcanzar el desarrollo humano³⁴.

A pesar de haberse establecido firmemente en el escenario internacional, y de avanzar en la reducción de la pobreza y la desigualdad, en el crecimiento económico y la estabilidad financiera, América Latina aún se ve extremadamente afectada por altos índices de violencia. En el Informe Regional de Desarrollo Humano 2013-2014³⁵, se destaca el hecho de que se registran más de 100.000 homicidios por año. La mayoría de los países tienen tasas de homicidio comparables con niveles de muerte por epidemia, según la clasificación de la Organización Mundial de la Salud, con tasas mucho más altas que en otras regiones. Los costos humanos y sociales de esta violencia son demasiado altos.

Acorde al Informe, en todo el mundo el Estado de Derecho y la seguridad ciudadana son elementos claves de los programas de las Naciones Unidas que trabajan para mejorar, entre otras cosas, los sistemas de justicia y de aplicación de la ley, así como en las medidas preventivas necesarias para minimizar la marginalidad en la sociedad, como la generación de oportunidades de empleo, la promoción de la inclusión social, y el fomento de una cultura de paz y de estabilidad.

Francisco Rojas Avarena afirma que, sin atacar los factores que constituyen el contexto y la base de la violencia y el crimen, no se lograrán progresos en el desarrollo humano sostenible en América Latina y el Caribe. La inseguridad se transfiere con facilidad. La seguridad es

[dam/rblac/img/IDH/IDH-AL%20Informe%20completo.pdf](http://www.latinamerica.undp.org/content/dam/rblac/img/IDH/IDH-AL%20Informe%20completo.pdf) Consultado el 8/3/2016, a las 20.30. Lamentablemente en los primeros quince años del siglo XXI en la gran mayoría de los países de la región y de forma destacada en Guatemala, El Salvador y Honduras, el tema de la mano dura contra la delincuencia ocupa un lugar demasiado destacado en las campañas electorales, lo que por lo general impide la adopción de políticas de inclusión social y otras medidas preventivas, que de conjunto podrían contribuir a disminuir los actuales niveles de violencia y de inseguridad ciudadana.

34 *Ídem*, p. III.

35 PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD), Informe Regional de Desarrollo Humano 2013-2014. Seguridad Ciudadana con rostro humano: diagnóstico y propuestas para América Latina. UN Plaza, Nueva York, NY 10017, Estados Unidos, p. 3. Disponible en:

<http://www.latinamerica.undp.org/content/dam/rblac/img/IDH/IDH-AL%20Informe%20completo.pdf> Consultado el 5/3/2016, a las 11.40.

interdependiente, para lo que se recomienda un abordaje comprensivo que dé cuenta de manera simultánea de diferentes políticas públicas tales como las referidas a: reformas de los sistemas de seguridad y defensa; reformulación de las políticas sociales; el desarrollo de políticas que contribuyan a la cohesión e integración social; y un conjunto de iniciativas que permitan mejorar la gobernabilidad democrática.

Un esfuerzo de ese tipo sólo podrá ser asumido sobre la base de grandes consensos nacionales y el desarrollo de políticas de Estado. Todo ello demandará, además, una importante contribución de la cooperación internacional, tanto de la ayuda oficial, como de las entidades de la sociedad civil. La cooperación para la paz es un objetivo esencial en las relaciones internacionales de la hora presente³⁶.

El estudio del fenómeno de la inseguridad ciudadana no se puede limitar al análisis de su dimensión objetiva, sino que también debe considerar su dimensión subjetiva. La dimensión objetiva y la dimensión subjetiva de la seguridad son fenómenos de naturaleza diferente y, aunque su asociación es innegable, no siempre van de la mano. El malestar del ciudadano que experimenta alguna forma de inseguridad no se corresponde necesariamente con el riesgo real de victimización al que se encuentra expuesto, sino que a menudo responde a un miedo difuso que depende de múltiples factores que forman un esquema explicativo complejo³⁷.

El estudio con un enfoque criminológico y social de los principales factores que generan la violencia requiere explorar elementos tales como la inequidad que provoca la desigual distribución de la riqueza, los elevados índices de pobreza y de falta de oportunidades, especialmente para los jóvenes, el creciente desempleo, la urbanización y las propias debilidades de la institucionalidad democrática.

Muchas de las políticas públicas aplicadas para combatir la violencia y la criminalidad: lo que hacen es reprimir el delito, atacar a

36 ROJAS ARAVENA, Francisco, "Violencia en América Latina. Debilidad estatal, inequidad y crimen organizado inhiben el desarrollo humano", *Revista Pensamiento Iberoamericano* N°. 2, p. 5. Disponible en: <http://www.pensamientoiberoamericano.org/xnumeros/2/pdf/pensamientoIberoamericano-51.pdf> Consultado el 12/3/2016 a las 10.40.

37 MURRIA Marta y Carlos, GONZÁLEZ MURCIANO, *La seguridad ciudadana: instrumentos de análisis*, Área de Seguridad, Institutd' Estudis Regionals i Metropolitans de Barcelona, Universitat, 1999, pp. 56 y ss.

la delincuencia, pero con ello no se atacan las diferentes causas que los generan. Es esencial mirar a las causas junto con las manifestaciones que posibilitan su desarrollo³⁸.

Para la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, en 2011, los homicidios estaban asociados con cuatro factores principales. Primero, los niveles de desarrollo humano, que incluyen crecimiento económico y equidad. Países con alto nivel de desarrollo suelen tener tasas de homicidios bajas y viceversa. Segundo, el Estado de Derecho. Donde éste es fuerte las tasas de homicidios son bajas y viceversa. Varios países de América Central y del Sur que experimentaron un crecimiento de sus homicidios también vieron caer este índice. Tercero, la disponibilidad de armas de fuego, problema grave en el hemisferio, corroborado por el altísimo número de homicidios con armas de fuego (74%) frente a un promedio global del 42%. Cuarto, el tráfico ilícito de drogas y otras formas de delincuencia organizada transnacional. Los homicidios asociados a la actividad del crimen organizado en el hemisferio son cinco veces mayores que en Asia y diez veces mayores que en Europa³⁹.

En 2011, la tasa de homicidios por cada 100 mil habitantes en el mundo fue de 8,8, según cifras de la Organización Mundial de la Salud (OMS); en América Latina de 26, de acuerdo con informaciones del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), mientras que en Centroamérica⁴⁰ Honduras encabezó la lista con 86, seguida de El Salvador con 72, Guatemala con 50, Panamá con 20 y Costa Rica y Nicaragua con 12.

Chile, Cuba y Argentina son los países con las tasas de homicidios más bajas de América Latina, de acuerdo con el Informe Global de Homicidios 2013, realizado por la Oficina de la ONU contra la Droga y el Delito (UNODC)⁴¹. El informe detalla que, en 2012, la tasa de homicidios en Chile fue de 3,1 por cada 100.000 habitantes, siendo el

38 ROJAS ARAVENA, Francisco, *op cit.*, p. 13.

39 *Ídem*.

40 Fuente: Comisión de Jefes y Jefas de Policía de México, Centroamérica, el Caribe y Colombia, *op cit*, p. 21.

41 UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, United Nations, "Global Study on Homicide 2013", March 2014, pp. 125-127. Available in: http://www.unodc.org/documents/gsh/pdfs/2014_GLOBAL_HOMICIDE_BOOK_web.pdf Accessed 02 / 03 / 2016 at 21:00.

país con menos asesinatos en la región. Le sigue Cuba, con una tasa de 4,2. En tanto, Argentina tiene una tasa de 5,5 homicidios para cada 100.000 habitantes.

Durante la última década, los homicidios crecieron de manera sostenida en América Latina⁴². Mientras que el 2000 la tasa era de 20 homicidios por 100 mil habitantes, el 2008 esa tasa llegó a 26, con un promedio de 22 para el período. En el denominado triángulo norte de América Central - Guatemala, Honduras y El Salvador -, las tasas promedio para la última década oscilan entre 40 y 50 homicidios por 100 mil habitantes, las más altas de la región, junto con Colombia y Venezuela. En el otro extremo está un segundo grupo con tasas bajas no mayores de 12, integrado por Costa Rica (7), Nicaragua (12) y Panamá (12). El ranking de las cincuenta ciudades con mayor violencia homicida en el mundo corrobora la importancia del narcotráfico como su más importante elemento causal. En efecto, en 2010, treinta y cinco de las cincuenta ciudades más violentas fueron latinoamericanas.

Si, como afirmamos *supra*, en el 2010, en el listado de las cincuenta ciudades más violentas del mundo, treinta y cinco fueron latinoamericanas, la cifra creció en 2014 a 43, ocho más. De las 50 ciudades del ranking, 19 se ubican en Brasil, 10 en México⁴³, 5 en

42 Fuente: Comisión de Jefes y Jefas de Policía de México, *cit*, pp. 4-5.

43 *Vid* ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "México ha vivido en 10 años un verdadero genocidio por goteo", En: nordeste.com, El Portal de Sinaloa, 10 de marzo de 2015, p. 3. Disponible en: <http://www.noroeste.com.mx/publicaciones.php?id=1016881> Consultada del 22/2/2016, a las 14.35. Zaffaroni, ex ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, desde 2003 hasta finales de 2014, expresó su tristeza porque en esa nueva cara del colonialismo, "más sutil, perversa y sangrienta", México se esté "llevando la peor parte" y añadió: "Lo que se está viviendo (en México) es un verdadero genocidio. Un genocidio por goteo. Sumen 10 años de muertos y tendrán una pequeña ciudad. Una Hiroshima o Nagasaki hechas con un poquito más de paciencia. El genocidio no deja de ser genocidio por el hecho de que se continúe en el tiempo, lentamente".

Para Zaffaroni, la forma de controlar a los excluidos es instigar y fomentar la conflictividad para que se maten entre ellos y de esa forma no puedan tener conciencia de su situación, ni coaligarse ni tener ningún tipo de protagonismo político. Se trata, de un regreso a la ideología de hace 150 años, la del derrame, consistente en pesar que si el 30 % de incluidos tiene mucho, por lógica su riqueza "se derramará" y algo de ella llegará al 70 % de excluidos.

En este proceso entran los medios de comunicación, con prevalencia de la televisión sobre los periódicos, pues "hoy tiene más importancia la imagen que la palabra". La televisión "nos crea la realidad y ese es el grave problema. Esos medios no

Colombia, 4 en Venezuela, 4 en Estados Unidos, 3 en Sudáfrica y 2 en Honduras. Hay una ciudad de El Salvador, Guatemala y Jamaica. La abrumadora mayoría de las 50 ciudades más violentas del mundo, repito, se ubican en el continente americano (47 ciudades)⁴⁴. La lista del 2014 fue encabezada por San Pedro Sula, con un índice de 171.20 homicidios por cada 100.000 habitantes, seguida de Caracas con 115,98, Acapulco, 104.16, João Pessoa, en Brasil, con 79.41 y el distrito Central de Honduras, con 77,65.

Desde el año 2007, se está utilizando también el denominado “índice de paz global” (*global peace index*), un indicador que mide el

están al servicio del capital financiero internacional, son parte del capital financiero internacional y por tanto, al no poder ocultar la violencia, la naturalizan”, dijo, para luego rematar con una advertencia que sonó en el Divino Narciso como un clamor: “México: cuidado con la infamia y el racismo de los que dicen que la violencia es algo inherente al pueblo mexicano.”, afirmó el famoso penalista sudamericano.

“Nadie dice que esto viene del negocio de los gringos con la cocaína. Se hacen reuniones internacionales, nos juntamos todos, decimos pavadas, hablamos del crimen organizado, pero si dicen la violencia es violencia y no sabemos de dónde viene, lo que nos están queriendo decir indirectamente es que la violencia se debe a que el pueblo mexicano es violento”, dijo.

“Cuidado con eso. Cuidado que eso es racismo. Cuidado que eso es una infamia. No deben aceptar eso. Si la historia mexicana es sangrienta es porque tuvo que defenderse de los ataques que padeció durante 500 años”.

44 *Vid* SEGURIDAD, JUSTICIA Y PAZ, Consejo Ciudadano para la Seguridad Pública y la Justicia Penal, A. C. “Listado de las 50 ciudades más violentas del mundo en 2014”, pp. 3-4. Disponible en: http://www.seguridadjusticiaypaz.org.mx/lib/Prensa/2015_01_20_seguridad_justicia_y_paz-50_ciudades_violentas_2014.pdf Consultado el 3/3/2016, a las 18.30. Las veinte más violentas son:

1. San Pedro Sula (Honduras) 171,20, 2. Caracas (Venezuela) 115,98, 3. Acapulco (México) 104,16, 4. João Pessoa (Brasil) 79,41, 5. Distrito Central (Honduras) 77,65, 6. Maceió (Brasil) 72,91, 7. Valencia (Venezuela) 71,08, 8. Fortaleza (Brasil) 66,55, 9. Cali (Colombia) 65,25, 10. São Luís (Brasil) 64,71, 11. Natal (Brasil) 63,68, 12. Ciudad Guayana (Venezuela) 62,13, 13. San Salvador (El Salvador) 61,21, 14. Ciudad del Cabo (Sudáfrica) 60,00, 15. Vitoria (Brasil) 57,00, 16. Cuiabá (Brasil) 56,46, 17. Salvador (y RMS) (Brasil) 54,31, 18. Belém (Brasil) 53,06, 19. ST. Louis (Estados Unidos) 49,93 y 20. Teresina (Brasil) 49,49.

Del ranking 2014 salieron las siguientes ciudades que figuraron en el ranking 2013: Santa Marta (Colombia), San Juan (Puerto Rico), Maracaibo (Venezuela) y Puerto Príncipe (Haití). Esas cuatro ciudades tuvieron tasas inferiores a la de Cuernavaca (25.45 homicidios por cada 100 mil habitantes) que ocupó el lugar 50.

Al ranking de 2014 ingresaron las ciudades brasileñas de Teresina, Porto Alegre y Curitiba y la ciudad mexicana de Obregón.

nivel de paz de un país o región⁴⁵, que se elabora por el Instituto para la Economía y la Paz, fundado por el empresario y filántropo australiano *Steve Killelea*, junto a un panel internacional de expertos provenientes de institutos para la paz, el *Centre for Peace and Conflict Studies*, de la Universidad de Sydney con datos procesados por la Unidad de Inteligencia del semanario británico *The Economist*.

El informe del año 2015 sobre el Índice Global de Paz (IGP) revela un mundo cada vez más dividido, donde el impacto de la violencia en la economía global alcanzó US\$14,3 billones o 13,4 % del PIB global en el año pasado, equivalente a la suma de las economías de Brasil, Canadá, Francia, Alemania, España y el Reino Unido. Este índice se elabora anualmente en base a 23 indicadores, entre ellos la seguridad interna, la participación en conflictos y el grado de militarización. Islandia encabeza el índice como el país más pacífico del mundo, mientras que Siria es el menos pacífico y la cifra total de muertes ocasionadas por el terrorismo en 2014 se incrementó 9% hasta llegar a un cálculo de 20.000⁴⁶.

En la actualidad, casi el 1% de la población mundial consiste en refugiados o desplazados internos, el nivel más elevado desde 1945, y se espera que las cifras aumenten. Desde 2008 el impacto económico total de la violencia ha aumentado en US\$1,9 billones (+15,3%). El impacto económico total a los refugiados y a los desplazados internos se ha incrementado 267% desde 2008, y ahora equivale a US\$128 mil millones. Sin embargo, el gasto militar, los homicidios y las fuerzas policiales siguen siendo las categorías más costosas, y en conjunto son responsables del 68,3% del costo total⁴⁷.

En relación con América Latina, el IGP 2015 revela un aumento de las tensiones y la inestabilidad interna en la región. Colombia, México y Venezuela ocupan los tres primeros lugares, mientras que Chile está en el puesto 29 de una lista de 162 territorios, seguido de Costa Rica, en el 34 y Uruguay en el 44; éstos son los más pacíficos de la

45 Los parámetros considerados en el estudio incluyen variables internas como los niveles de violencia y criminalidad, pero también externas, como el gasto militar y las guerras en las que se está participando.

46 PR *Newswire Membership*, "El Índice de Paz Global 2015 revela un mundo cada vez más dividido", Londres, junio, 2015, p. 1. Disponible en: <http://www.prnewswire.com/news-releases/el-indice-de-paz-global-2015-revela-un-mundo-cada-vez-mas-dividido-300100136.html> Consultado el 2/3/2016, a las 13.20.

47 Ídem.

región, de acuerdo con los indicadores utilizados por el Instituto para la Economía y la Paz⁴⁸.

Por diferentes razones, incluidas la falta de recursos económicos, la desigual distribución de los existentes y también la poca voluntad política, se continúan postergando las medidas de índole económica, para la reducción de la pobreza, que es la principal causa de los altos índices delictivos existentes en numerosos países de nuestro entorno geográfico. No basta con dotar de sofisticados medios de transporte, comunicaciones y de vigilancia electrónica a las fuerzas encargadas de mantener el orden público, para combatir a la delincuencia organizada y a los delitos de mayor impacto, cuando se carece de una estrategia científicamente elaborada para prevenir el delito y garantizar la tranquilidad de los cientos de millones de hombres y mujeres que, en todo el mundo, sufren a diario los efectos de la violencia.

4. LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD Y EL DERECHO PENAL DE *ULTIMA RATIO*

El Estado, a través del Derecho, como afirmamos *supra*, es el único ente que tiene la facultad de determinar qué conductas son prohibitivas dentro de la sociedad y determinar qué pena deberá de imponerse cuando no se ha respetado la norma jurídica limitativa. El Estado deberá de acordar los bienes más importantes que deberán de estar protegidos a través del Derecho penal, en uso de su potestad punitiva, un poder coercitivo, que no es absoluto, y que tiene sus limitaciones, toda vez que este poder público que posee el Estado debe cumplir los principios limitativos del derecho de castigar o *ius puniendi*, el cual se integra, entre otros, por los principios de legalidad, intervención mínima o prohibición de exceso, proporcionalidad, humanidad y resocialización.

48 INFOBAE, "Informe Índice Global de Paz: América Latina es más violenta". Disponible en:

<http://www.infobae.com/2015/06/17/1735820-informe-indice-global-paz-america-latina-es-mas-violenta> Consultado el 23/2/2016, a las 21.18. Colombia ocupa el lugar 146, seguida de México en el 144 y Venezuela en el 142. Los indicadores que más afectan a Latinoamérica como región en la lista mundial son el alto número de homicidios, superior a cualquier otro lugar del mundo, así como también el nivel de corrupción y la inestabilidad y conflictos internos.

El profesor Terradillos Basoco, al caracterizar al Derecho penal como de *ultima ratio*, afirma que ello implica una exigencia política por cuanto los objetivos preventivos –siempre limitados en sus alcances– han de perseguirse con el mínimo de aflictividad. El recorte de derechos fundamentales que comporta la pena se justifica como peaje a pagar en garantía de un nivel aceptable de seguridad para los bienes jurídicos tutelados. Pero no más allá. Es decir, tal como se predica unánimemente, la intervención penal sólo queda justificada en la medida en que sea necesaria. Y a la pregunta de cuándo es necesaria, hay que responder poniéndola en relación con los objetivos preventivos, cuando sea imprescindible para su logro⁴⁹.

La doctrina ha desarrollado, como principios que hoy alcanzan rango constitucional, los de legalidad, culpabilidad, humanidad, proporcionalidad, intervención mínima, igualdad, resocialización, presunción de inocencia y otros que pretenden proteger al individuo frente al poder del Estado⁵⁰ para no dejar en estado de vulnerabilidad a la persona ante todo el poder que ejerce el Estado.

Desde los últimos años del pasado siglo y en las dos primeras décadas del XXI, los principios limitativos del derecho de castigar o *ius puniendi*, han comenzado a ser observados de manera diferente desde la política, los Instrumentos jurídicos internacionales y numerosas legislaciones nacionales en las que el Derecho penal del enemigo y las tendencias expansionistas imperantes ejercen una influencia negativa en las aspiraciones de poder contar con un Derecho penal garantista y respetuoso de los derechos humanos, lo que, por ejemplo, en materia penitenciaria, se asocia a sanciones más altas y elevación de los requisitos para el otorgamiento de la libertad anticipada y otros beneficios carcelarios, lo cual, entre otros males, afecta el régimen progresivo y el tratamiento penitenciario en general.

49 TERRADILLOS BASOCO, Juan María, “Respuesta penal a la delincuencia socioeconómica. Reflexiones sobre el modelo cubano”, Conferencia impartida el 23 de marzo, de 2016, en el XIII Encuentro Internacional Ciencias Penales 2016, efectuado en el Hotel Meliá Marina Varadero, convocado por la Fiscalía General de la República de Cuba, p.9. En el plano técnico, añade el Catedrático Derecho penal de la Universidad de Cádiz, el razonamiento debe ser el mismo: si la pena comporta los más altos costos para el sistema sobre el que incide, resulta evidente la conveniencia de ensayar estrategias menos costosas. No habrá, *a priori*, constancia de mayores éxitos preventivos, pero sí de menores costos; es decir, de mayor eficiencia.

50 Nada consta (Nota de los Coordinadores).

Al analizar el papel del Derecho en el enfrentamiento a la actual tendencia al expansionismo del Derecho penal, Cornelius Prittwitz⁵¹ valora que la idea del Estado de Derecho, en el cual no son los hombres poderosos los que mandan sino el Derecho, no tiene nada que ver con la realidad; por eso, la idea más humilde del “Estado de Derecho”, el cual “no manda pero sólo limita”, el poder y los poderosos, le parece no sólo más realista, sino preferible; aunque no podemos negar el rol emancipador que los juristas y el Derecho han desempeñado y desempeñan; basta con mencionar el rol de las Cortes Constitucionales y Supremas en Alemania y en los Estados Unidos.

La comunidad jurídica siempre fue y es capaz de aconsejar a personas con poder y a los nuevos actores: las sociedades civiles, los medios de comunicación, las organizaciones no gubernamentales y la comunidad internacional; las oportunidades de integrar principios de Derecho en las actividades de los actores del poder probablemente son mejores que nunca, sin olvidar la realidad de que... nosotros los juristas, a veces pensamos que somos los actores más importantes del juego... La realidad es que el mundo relevante es el mundo político, es el mundo económico, a veces el mundo tecnológico, a veces el mundo militar ...⁵².

Al valorar el rol del Derecho penal en la sociedad de riesgo, el profesor de la Escuela de Frankfurt parte del hecho de que el Derecho penal es el peor candidato para solucionar los problemas de la sociedad de riesgo. Se demanda un rol mucho más ambicioso del Derecho penal, desde el mundo político, de una parte de la sociedad - tanto de segmentos organizados como de la opinión pública - de una parte de los medios de comunicación de masas y de una parte del mundo jurídico, que considera que el Derecho penal puede y debe tener un rol importante en la lucha contra los peligros y riesgos de nuestras sociedades⁵³.

51 PRITTWITZ, Cornelius, “La función del Derecho penal en la sociedad globalizada de riesgo. Defensa de un rol necesariamente modesto”, En: Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática Penal alemana, Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano de la Universidad de Göttingen, Alemania, 14-25 de septiembre de 2015, pp. 558-559. Disponible en: www.cedpal.uni-goettingen.de/docs/reader.pdf Consultada el 20/3/2016, a las 12.15.

52 *Ídem*, p. 559.

53 *Ibidem*, p. 562. Su análisis entonces es:

El Derecho penal no sirve para combatir los problemas de la sociedad de riesgo pero, no obstante, está cargado de muchos con esa tarea, y está aceptando esta tarea.

Terradillos Basoco precisa al respecto que la intervención penal, aunque imprescindible, no puede ser protagonista. Y menos en la lucha, compleja y dinámica, contra la delincuencia económica. En este marco, si el Derecho penal quiere ser eficaz –y legítimo- ha de integrarse, como último eslabón, en la cadena de medios propios de una política social, no ya sólo criminal, de amplio espectro dirigida a la tutela de los derechos, intereses o principios propios del modelo económico⁵⁴.

Sobre las actuales tendencias del Derecho penal, el profesor Lorenzo Morillas Cueva⁵⁵ expresó recientemente que la tendencia legislativa no sólo en España sino en prácticamente todo el Derecho comparado, camina hacia presupuestos de expansión que, en ocasiones, resultan sumamente discutibles cuando no sorprendentes para una moderna y legitimada en parámetros democráticos y sociales ciencia punitiva.

El aval doctrinal que dan ciertas concepciones dogmáticas, entre las que destaca el funcionalismo radical, y su brazo ejecutor, el Derecho penal del enemigo, a dichas apetencias expansionistas, fortalece las formas organizadas de poder, esto es, los Estados, el desarrollo de sus inclinaciones represivas generalmente disimuladas en invocaciones a la seguridad de los ciudadanos en lo que lo útil, lo funcional, parece hacer retroceder los niveles del imprescindible garantismo penal y

El mal uso del Derecho penal en esta lucha, no solamente no sirve, sino además daña severamente los esfuerzos necesarios para luchar contra los peligros que verdaderamente dañan nuestro futuro.

El mal uso del Derecho penal, aparte de no lograr la tarea y de dañar los esfuerzos necesarios, hace que pierda sus capacidades originales, pierda su perfil, sus características y sus principios y así termine por no cumplir la función que legítimamente, y con la esperanza de tener alguna efectividad, el Derecho penal pueda ocupar en nuestras sociedades.

54 TERRADILLOS BASOCO, Juan, “Respuesta penal...”, *cit*; p.11.

55 MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “La función de la pena en el Estado Social y Democrático de Derecho”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, Vol. 4, diciembre de 2013, Almería, España, pp. 3-4. Disponible en:

http://www.ual.es/revistas/RevistaInternacionaldeDoctrinayJurisprudencia/pdfs/2013-12/articulos_discurso-investidura.pdf Consultado el 23/3/2016, a las 21.10. “El presente escrito corresponde a la parte científica de mi discurso en el acto de investidura de Doctor Honoris Causa por la Universidad de Almería (21 de marzo de 2013). Quiero reiterar en su publicación mi permanente agradecimiento a la Universidad de Almería por el alto honor que me ha concedido y que me llena de orgullo y satisfacción”.

aboca, cada vez con mayor frecuencia, a una utilización indiscriminada del Derecho punitivo y al continuado uso de la pena de prisión⁵⁶.

En las actuales circunstancias, las demandas al Derecho penal han cambiado el Derecho penal. La expansión del Derecho penal no es solamente de delitos o bienes jurídicos; también es una expansión causada por una reducción de principios, de condiciones para la imputación objetiva y subjetiva. Y ese Derecho penal ha cambiado; aunque todavía no sirve para solucionar los problemas actuales sistemáticos de la sociedad de riesgo, ya no puede tomar el papel tradicional de la búsqueda justa y real de la responsabilidad individual⁵⁷.

En definitiva, importa reducir la presencia de la pena de prisión y su aplicación para racionalizar, todavía con más intensidad, las políticas de justicia penal sobre el imprescindible soporte del respeto a los derechos humanos de todos los ciudadanos incluidos los condenados, las exigencias de justicia social sobre la trilogía garantista y aseguradora: delincuente-sociedad- víctima. Únicamente así se podrá legitimar en cierta medida la pena de prisión en el Estado social y democrático de Derecho⁵⁸.

5. LA INFLUENCIA DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN EL ENDURECIMIENTO DE LAS CONDICIONES DE RECLUSIÓN

Para combatir a los traficantes de armas, drogas y seres humanos, que junto al terrorismo, la corrupción y otros males, se encuentran en el centro de la preocupación de los gobiernos, los partidos y la sociedad civil, como se ha dicho *supra*, un sector de la doctrina penal y criminológica considera necesaria la promulgación de normas penales

56 *Ídem*.

57 PRITTWITZ, Cornelius, *op. cit.*; p. 556.

58 MORILLAS CUEVA, Lorenzo, "¿Pasa la legitimación de la pena de prisión en una sociedad democrática por una política penal reduccionista?", Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia, Universidad de Almería, Volumen 8. Diciembre de 2014, p. 36. Disponible en:

<http://www.ual.es/revistas/RevistaInternacionaldeDoctrinayJurisprudencia/pdfs/2014-12/%C2%BFPASA%20LA%20LEGITIMACI%C3%93N%20DE%20LA%20PENADE%20PRISIC3%93N%20EN%20UN%20SOCIEDAD%20DEMOCR%3%81TICA%20POR%20UNA%20POLITICA%20CRIMINAL%20REDUCCIONISTA.pdf> Consultado el 24/2/2016, a las 21.18.

de mayor severidad, con la inclusión de nuevos delitos y un sistema de justicia penal que coloque en el centro de su actividad la defensa de la sociedad, en detrimento de las garantías penales y procesales, por las que la humanidad ha luchado durante siglos y que cuentan con reconocimiento universal.

Coincidimos con el Juez y profesor de la Universidad de Buenos Aires, Luis Niño, en que las construcciones teóricas orientadas a la consideración de determinados individuos de la especie humana como seres diferentes a la generalidad, extraños a la comunidad, anormales, peligrosos o enemigos, con la paralela disminución o cancelación del reconocimiento de su personalidad, como paso previo a su eliminación o su exclusión del medio social, distan de ser novedad⁵⁹.

Platón dedicó diversos pasajes de su “República” y los cuatro últimos libros de su obra más extensa, “Las Leyes”, a la cuestión del delito. Si bien partía de considerar a quien lo comete como un individuo incapacitado de acceder al plano de las ideas puras, se esmeró en aconsejar la eliminación lisa y llana de aquellos cuya deficiencia en tal materia no fuera pasible de enmienda⁶⁰.

En realidad, sin control social, la convivencia humana no sería posible, ya que es inimaginable un proceso de socialización sin normas de conducta, sin sanciones para el caso de incumplimiento de las mismas y sin realización material de la norma y la sanción. Dentro del amplio campo del control social, el Derecho penal llena el sector que se ocupa de los intereses, es decir, de los bienes jurídicos fundamentales y que, por tanto, están expuestos a plantear los conflictos más graves. Precisamente por ello, ninguna otra institución de control social prevé sanciones tan radicales para la infracción normativa...⁶¹

59 Vid NIÑO, Luis, “El Derecho penal como instrumento de exclusión”, En: Globalización, Delincuencia organizada, Expansionismo penal y Derecho penal económico en el siglo XXI. Libro Homenaje al Profesor Dr. Juan María Terradillos Basoco. Coordinadora: Dra. Mayda Goite Pierre, p. 89. Disponible en: <http://vlex.com/vid/nuevo-responsabilidad-penal-personas-577044390> y también en: <http://www.lex.uh.cu/node/44>.

60 *Ídem*, pp. 90.91.

61 RIVERO EVÍA, Jorge, ¿Aseguramiento o garantismo? El Derecho penal del enemigo en la Constitución Mexicana, Revista del Instituto de la Judicatura Federal, pp. 256. Disponible en: http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/27/14%20%C2%BFaseguramiento_Revista%20Judicatura.pdf Consultado el 4/2/2016, a las 17.00.

Por otra parte, no se trata de problemas nuevos; son fenómenos que, de la mano de la globalización, se han complejizado en extremo, porque, como afirma Rivero Evía⁶², en principio se debe afirmar que el nacimiento del crimen organizado no se puede fijar históricamente en una fecha y lugar determinados, sino que más bien deriva de varios acontecimientos políticos, económicos, sociales y culturales, que han evolucionado paulatinamente y que en el presente se siguen desarrollando, sin que exista un freno aparente del fenómeno, el cual abarca diversos puntos geográficos.

Con la expansión del capitalismo, paralelamente se extiende la delincuencia, sobre todo en países que, además, tienen instituciones mermadas, en donde existe falta de autoridad o desconfianza en ella; lo que genera un caldo de cultivo idóneo para que el fenómeno se acreciente. De esta forma, como ya se ha dicho *supra*, el delito opera, primeramente, de manera local y va extendiendo sus redes de organización territorial, hasta conformar modelos sofisticados de organización regional, escalando el ámbito nacional y trascendiendo las fronteras⁶³.

El principal exponente de la teoría del Derecho penal del enemigo es el jurista alemán Günther Jakobs, quien distingue dos regulaciones del Derecho penal, dos modos de proceder con los delincuentes: el trato con el "ciudadano", en el que se espera a que cometa el delito para reaccionar, viéndole como persona que ha infringido el pacto, pero que no persiste en ello, manteniendo el status de persona; y el trato

62 RIVERO EVÍA, Jorge, "El Derecho Penal del enemigo: ¿Derecho Penal de la globalización?", p. 4. Disponible en: <http://www.derecho.uady.mx/tohil/rev25/derechopenal.pdf> Consultado el 26/2/2016, a las 18.30, *Apud*, DAGDUG KALIFE, Alfredo. La prueba testimonial ante la delincuencia organizada, Porrúa, México, 2006, p.5. Y añade una cita de Alvarado Martínez, que sitúa en 1685, su antecedente más remoto: "... cuando por primera vez, en un texto siciliano, se manejó el término de la mafia. Este término fue evolucionando y, particularmente, en el siglo XVIII se refirió de manera muy particular, a una organización muy cerrada de tipo de delincencial, incluso hasta nuestros días, este término designa a la vez, a un grupo criminal históricamente radicado en Sicilia y, por otro lado, la mafia, se refiere a un grupo delincencial, de una estructura cerrada, con un enorme potencial violento y, de manera muy particular, también a que tienen relaciones de poder y de fidelidad muy connotadas..." (ALVARADO MARTÍNEZ, Israel, *Delincuencia organizada*, en: Procedimientos penales especiales, Israel Alvarado Martínez (Coordinador), Porrúa, México, 2006, p. 4.).

63 Ídem, p. 6.

con el “enemigo”, que se desvía del pacto por principio, perdiendo la consideración normativa de persona, y que por ello debe ser interceptado y combatido antes por su peligrosidad, con una custodia de seguridad anticipada que se denomina “pena”, por tratarse de individuos que deben ser coaccionados para evitar que destruyan el ordenamiento jurídico⁶⁴.

El Derecho penal del enemigo se convierte en un Derecho de guerra, un nuevo formato que configura una legislación penal y procesal preventiva que sólo atiende a la eliminación del riesgo generado por el “individuo peligroso” a través de medidas de seguridad⁶⁵. Porque la finalidad última no es sino una: la conservación de los intereses del sistema, la capacidad funcional de sus órganos y la defensa del Estado⁶⁶. Porque todo vale en la guerra contra los enemigos. Enemigos que si son terroristas son aún más enemigos, y las justificaciones llegan todavía más lejos⁶⁷.

Para Nieves Sanz Mulas, existen dos diferencias entre el Derecho penal y el Derecho penal del enemigo, cabiendo en consecuencia reprochársele a este último: una, el Derecho penal del enemigo no estabiliza normas (prevención general positiva), sino que demoniza (excluye) a determinados grupos de infractores; dos, el Derecho penal del enemigo es un claro Derecho penal del autor⁶⁸.

El expansionismo del Derecho penal, reflejado especialmente en la multiplicación de tipos legales, el adelantamiento de la ilicitud a las etapas preparatorias, el aumento de penas y el endurecimiento de las condiciones de reclusión, se amalgama con un Derecho penal simbólico, entroncado en el denominado Realismo de Derecha. Así, se apela a una normativa abstracta que busca tranquilizar a la opinión

64 Vid SANZ MULAS, Nieves, “De las libertades del Marqués de Beccaria al todo vale de Günther Jakobs, El fantasma del enemigo en la legislación penal española”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Nº.14, 2012, p. 10. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc14-10.pdf> Consultada el 25/2/2016, a las 22.50.

65 PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, “Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal”, En: PORTILLA CONTRERAS, G., (Coord.), *Mutaciones del Leviatán, Legitimación de los nuevos modelos penales*, Universidad Internacional de Andalucía – Akal, Madrid, 2005, pp. 241y ss.

66 *Ídem*, p. 251.

67 SANZ MULAS, Nieves, *op. cit.*, p. 11.

68 SANZ MULAS, Nieves, *op. cit.*, p. 15.

pública mediante producciones legislativas que de antemano son de imposible cumplimiento⁶⁹.

Al propio tiempo, se ha desarrollado un proceso creciente de elevación de las penas de prisión y la pobreza o el desarraigo social hacen que los delincuentes, cada vez con mayor frecuencia, eviten por todos los medios ingresar en prisión, aun a costa de eliminar a los testigos.

Sus delitos son cada vez más violentos, innecesariamente violentos, aun para evitar identificaciones posteriores, como consecuencia de una política de castigo penitenciario desmesurado incluso para delitos mínimos; eso tiene como resultado una ampliación de la violencia en la sociedad y la aparición de una delincuencia ultraviolenta, lo que se traduce en un mayor hacinamiento carcelario y más presión sobre los gobiernos desde la empresa privada y la sociedad, para buscar soluciones en la aplicación de las políticas privatizadoras, que, desde las últimas dos décadas del pasado siglo, vienen aplicando un número creciente de países desarrollados.

Estamos retornando al denominado Derecho penal de autor, a los tipos penales abiertos, a las medidas de seguridad, a un adelantamiento injustificado de la culpabilidad y otros males que ya parecían superados, como resultado de los esfuerzos de cientos de miles de hombres y mujeres de buena voluntad, quienes, como señalamos *supra*, en diferentes épocas han contribuido al reconocimiento universal de los derechos humanos fundamentales.

El profesor Eugenio Raúl Zaffaroni, quien ha calificado la situación de los presos sin condena en nuestra área geográfica como una manifestación del Derecho penal del enemigo⁷⁰, sostuvo en el

69 JAVIER RUA, Ramiro, "El Derecho penal del enemigo en la legislación relativa a los maras en EEUU y El Salvador", *Revista Crítica Penal y Poder*, N°. 3. 2012. Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos Universidad de Barcelona, p. 61. Disponible en:

<http://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/3480/6726>
Consultado el 15/3/2016, a las 09.40.

70 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Eugenio y SLOKAR, Alejandro, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2001, p. 352. Al analizar la aplicación de la prisión preventiva en el panorama actual, el profesor ZAFFARONI afirma con razón que "... en verdad, lo que se designa como derecho penal del enemigo es práctica corriente en casi todo el planeta y en especial en América Latina, donde su instrumento preferido es la prisión preventiva, usada como pena

prólogo de la obra de Domínguez, Virgolini y Annicchiarico que: “la prisión preventiva es la expresión más clara de represión a la llamada criminalidad convencional; su descarada y hasta expresa función penal punitiva lleva a que el auto de prisión preventiva sea en nuestra realidad la sentencia condenatoria y la sentencia definitiva cumpla el papel de un recurso de revisión⁷¹.”

Los derechos fundamentales y el concepto de Estado de Derecho constituyen una legitimación axiológica. Los derechos fundamentales concebidos como paradigma de legitimidad del derecho vigente y de la actuación de los poderes públicos deben entenderse con los caracteres tradicionalmente atribuidos a los derechos humanos, con el detalle de que están positivizados: igualdad, universalidad, indisponibilidad, atribución *ex lege* y rango constitucional; por ello se encuentran supraordenados en las normas jurídicas⁷².

Por muy difícil que se presente la lucha contra el terrorismo internacional y el crimen organizado en la era de la globalización, las soluciones no podremos buscarlas en más delitos, aplicación indiscriminada de la prisión provisional, mayores penas y reglas más rigurosas para la excarcelación anticipada de los privados de libertad. Es evidente que ése no es el camino correcto; con el pretexto de combatir el terrorismo y la delincuencia organizada, no debemos recurrir a la utilización excesiva del Derecho penal y al margen de los principios limitativos del *ius puniendi*, que, como se ha dicho *supra*, han sido incorporados a las constituciones y las leyes, como resultado de un largo proceso de defensa de los derechos humanos.

La solución a los problemas del incremento de la criminalidad hay que buscarlos en las políticas de inclusión social y no en el incremento del rigor de las penas, ni en la construcción de más cárceles, porque, como ha dicho con acierto el experto en sistemas penitenciarios de los Estados Unidos Robert Gangi: “Construir más prisiones para

principal y casi única, dado que casi el 70 % de los presos latinoamericanos se hallan en prisión cautelar y suelen agotar la pena en ella, resulta muy claro que ésta opera como una pena sin culpabilidad, anticipada a la sentencia normal”.

71 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Prólogo en Domínguez, Virgolini y Annicchiarico, “El derecho a la libertad en el proceso penal, Editorial Némesis. Buenos Aires, Argentina, 1984, p. 4.

72 *Ídem*, p. 103.

detener el delito es como construir más cementerios para detener las enfermedades mortales”⁷³.

Ante este panorama, se impone la necesidad de que, al mismo tiempo que se combate la delincuencia y sus manifestaciones ligadas al crimen organizado, respetando los derechos de los procesados y sancionados, que han sido consagrados en numerosos instrumentos jurídicos internacionales y en las constituciones y los códigos penales y procesales, se avance también en la investigación científica de manera que se puedan proyectar estrategias nacionales y locales que incluyan, entre otras, medidas de inclusión social y proyectos comunitarios que sitúen a la prevención del delito en el centro de su actividad.

La mira debemos situarla en el tipo de sociedad que necesitamos para que al menos las futuras generaciones, tengan la opción de vivir un clima de paz y armonía, en el que, sin llegar a prescindir del Derecho penal y de la utilización del poder punitivo del Estado, los niveles de violencia se tornen tolerables y los conflictos sociales más graves puedan ser sustituidos por la solidaridad, la igualdad y la libertad, en armonía con un Derecho punitivo verdadero protector de todos los Derechos Humanos, y una educación y compromiso entre los ciudadanos que hagan inviable la destrucción gratuita, aberrante e incomprensible de bienes jurídicos del más alto nivel, entre ellos la vida⁷⁴.

Muy interesante resulta la tesis de Cornelius Prittwitz⁷⁵ cuando, al fundamentar la necesidad de modificar los argumentos de los defensores del minimalismo penal, afirma que lo que observa es que nosotros, los penalistas, acompañamos los debates y las reacciones

73 BLAUSTEIN, Eduardo, “Prisiones privatizadas en EEUU, modelo de exportación”, Servicio Informativo Ecueménico y Popular (SIEP), El Salvador, 30 de octubre de 2006, p.1. Disponible en:

<http://www.ecumenico.org/article/prisiones-privatizadas-en-eeuu-modelo-de-exportaci/> Consultada el 22/1/2016, a las 20.30.

74 MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “Reflexiones sobre el Derecho penal del futuro”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N°. 4. 22 de abril de 2002, p. 1. Disponible en:

http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-06.html Consultado el 22/3/2016, a las 11.30.

75 PRITTWITZ, Cornelius, “El Derecho penal como propia *ratio*”, En: Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática Penal alemana, Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano de la Universidad de Göttingen, Alemania, 14-25 de septiembre de 2015, pp. 568. Disponible en: www.cedpal.uni-goettingen.de/docs/reader.pdf Consultada el 21/3/2016, a las 23.00.

por parte del legislador, que es cada día más populista con una sola melodía, una sola tesis: El Derecho penal tiene el carácter de última *ratio* y tiene que preservar este carácter “*in dubio pro libertate*”; hay que ser cuidadoso con la sanción, la reacción más severa del Estado.

Ante las tendencias a desligar el carácter de ultima ratio en el Derecho penal económico⁷⁶, el destacado investigador de la Escuela de Frankfurt afirma que el carácter de última *ratio* del Derecho penal surge más bien de lo específico de la “pena privativa de libertad”, la cual afecta, junto a la libertad ambulatoria, el núcleo de la libertad civil. Lo decisivo es sentar normativamente en un Estado liberal de Derecho y constitucional un Derecho penal que amenaza con penas privativas de libertad y las impone. Éstas no se pueden debilitar mediante actitudes de los ciudadanos sometidos al Derecho penal, conforme a las cuales éstos prefieren soportar tres años en un establecimiento penitenciario a ser incluidos en una “lista negra”⁷⁷. Si así fuere, lo correcto sería aplicar más la pena de la lista negra, en lugar de la privación de libertad, sin atender a las preferencias de los denominados delincuentes de cuello blanco.

Y concluye, reiterando que tal fórmula de alarma ya no tiene efecto y, más importante, estas fórmulas ya suenan anticuadas o, por lo menos, no han tomado en serio algunos cambios en nuestras sociedades⁷⁸.

6. A MODO DE CONCLUSIONES

En los tiempos actuales al aumentar la brecha entre ricos y pobres se incrementa la conflictividad social, disminuyen las posibilidades de empleo y en general de la satisfacción de las necesidades en los habitantes de los territorios menos favorecidos por el desarrollo económico, generando un incremento significativo de los niveles de violencia e inseguridad ciudadana, que es en definitiva necesario enfrentar, aplicando medidas preventivas, desde el Estado, con la participación de la sociedad civil, priorizando las de inclusión social

76 TIEDEMANN, *Tatbestands funktionen im Nebenstrafrecht*, 1969, p. 145, nota 22; sobre la reconstrucción y la valoración de la intervención de TIEDEMANN en el consenso sobre el principio de última *ratio*, *cfr*, MS 2010, pp. 179 ss.

77 PRITTWITZ, Cornelius, “El Derecho penal... *cit*”; p. 574.

78 Ídem.

de los excluidos de siempre y de los que se les han ido incorporando como resultado de las frecuentes crisis económicas.

Las políticas de mano dura contra la delincuencia no son la vía idónea para garantizar la pretendida seguridad ciudadana, a partir del hecho de que las mismas se han caracterizado por la creación constante de nuevas figuras delictivas, la promulgación de leyes especiales y sobre todo, por la elevación de las penas privativas de libertad y del rigor en las condiciones de reclusión que, lejos de disminuir los niveles de la delincuencia, han logrado incrementarla y elevar los niveles de violencia y agresividad.

El expansionismo acelerado e irracional del Derecho penal y las largas condenas de prisión, no siempre por violaciones demasiado graves de las normas de convivencia, agudiza el hacinamiento en las cárceles, lo cual que no parece importarles demasiado a los que diseñan y aplican la política criminal, especialmente en América Latina.

La vida de nuestros países no debe continuar dependiendo de la aprobación de leyes especiales, nuevas tipicidades delictivas, largas penas privativas de libertad, incremento del rigor penitenciario y sobre todo de la reducción de las garantías penales y procesales que, con rango constitucional y afianzado en numerosos Instrumentos jurídicos internacionales, constituyen los cimientos del Estado social y democrático de Derecho.

Cuando condenamos a una persona a ingresar en un establecimiento penitenciario apartándolo de la sociedad libre y a cumplir la condena, resulta iluso pretender que, al alcanzar la libertad, respete las leyes, cuando en prisión vivió con limitaciones y bajo el imperio de la "ley del más fuerte", por lo que, para ser consecuente con los resultados de nuestra investigación, estamos en el deber de reconocer el fracaso del tratamiento penitenciario; éste, redactado de forma atractiva en las leyes y reglamentos penitenciarios, tiene una efectividad muy baja y en algunos países prácticamente nula.



LAS REGLAS DE MANDELA: EL RETO DE LA PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS PRIVADOS DE LIBERTAD EN BRASIL(*)

César Barros Leal

Procurador del Estado de Ceará; Profesor jubilado de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Ceará; Doctor en Derecho (UNAM); Posdoctor en Estudios Latinoamericanos (Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM); Posdoctor en Derecho (Universidad Federal de Santa Catarina); Presidente del Instituto Brasileño de Derechos Humanos; Miembro de la Asamblea General del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

1. INTRODUCCIÓN

En su Voto Concordante, del 07 de julio de 2004, a la Resolución sobre Medidas Provisionales (Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica), en el caso de la Penitenciaría de Seguridad Máxima José Mário Alves da Silva, más conocida como Oso Blanco, ubicada en Porto Velho, capital del estado nortño de Rondônia, Antônio Augusto Cançado Trindade afianzó, ante la plétora de denuncias de violación de los derechos humanos en aquel que fue, durante largo tiempo, uno de los símbolos más contundentes de la decadencia del sistema prisional brasileño, que el principio básico del respeto a la dignidad de la persona humana “alcanza a todos los seres humanos, en cualesquier circunstancias, incluso los que se encuentren privados de libertad”, señalando que la Corte, en su jurisprudencia constante, ha recordado ser el Estado “el garante de los derechos de los reclusos, quienes se encuentran sujetos a su custodia”, o sea: “toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal.”

Las palabras del distinguido juez, hoy integrante de la Corte Internacional de Justicia (la Haya) y Miembro de la Junta Directiva

del Instituto Internacional de Derechos Humanos (Estrasburgo), nos hacen repensar sobre el inmenso desafío que representa, para las instancias gubernamentales y la sociedad civil, el asegurar la protección de los derechos humanos de miles de hombres y mujeres que, mayoritariamente pobres, en situación de absoluta vulnerabilidad, etiquetados como ciudadanos de nula categoría, pueblan nuestras prisiones, en toda la extensión del país, convertidas en su mayoría, merced al desprecio que tradicionalmente se les otorga, en vertederos humanos.

A lo largo de los años he recorrido este universo sombrío, donde, preservadas las excepciones (a ejemplo de las prisiones federales, un diminuto número de presidios estatales y las islas de excelencia constituidas por las Asociaciones de Protección y Asistencia al Condenado - APACs y los centros de resocialización del estado de São Paulo), predominan territorios de violencia (física, mental y sexual), uso y tráfico de drogas, abuso de poder, abandono generalizado y desesperanza, en los que, sin atisbo de clasificación¹, de individualización, de separación de cualquier naturaleza, un número creciente de reclusos, condenados o en espera de juicio (estos últimos durante meses o años), vegetan ociosos, prisionizados², muchas veces bajo el yugo de bandas

1 “En una mala prisión la clasificación brilla por su ausencia.” (GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Los Personajes del Cautiverio: Prisiones, Prisioneros y Custodios*, Porrúa, México, 2002, p. 185).

2 “Cuando una persona o grupo de ingreso penetra y se funde con otro grupo, se dice que ocurrió una *asimilación*. El concepto tiene más adecuación en cuanto a grupos de inmigrantes 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 cual fue puesto, 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 inmigrante 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 penitenciaria. 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, corresponde a su *status*: se transforma, de un golpe, en una figura anónima de un grupo subordinado; viste las ropas de los miembros de este grupo; es interrogado y amonestado/ pronto descubre que los custodios son todo poderosos; aprende las clases, los títulos y los grados de autoridad de los varios funcionarios; y, usando o no usando la jerga 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

y pandillas, como el Comando Rojo, el PCC (Primer Comando de la Capital), los Ángeles de la Muerte y los Mensajeros del Infierno.

En medio a los males de este escenario, que se reproduce en gran parte de los países de América Latina, descuella el espectro de la sobrepoblación, elevada a índices alarmantes (baste citar el Reclusorio Preventivo Norte, DF, México; la Penitenciaría Central de Honduras; el Penal de Lurigancho, en Lima, Perú; la Cárcel Nacional Modelo de Bogotá; la Cárcel Bellavista, en Medellín; la Cárcel García Moreno, en Quito; y, en Brasil, el Complejo Prisional del Curado, antiguo Aníbal Bruno, en Recife, Pernambuco; el Complejo Penitenciario de Pedrinhas, en São Luis, Maranhão; el Presidio Central de Porto Alegre, Rio Grande do Sul; la Casa de Detención Desembargador Raimundo Vidal Pessoa, en Manaus, Amazonas; y los Centros de Detención Provisional de São Paulo). La saturación genera obstáculos, casi siempre insuperables, al mínimo desempeño de los servicios esenciales como alimentación, higiene, asistencia a la salud, oferta de trabajo y seguridad interna.

Para Elías Carranza, director del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención de Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD), quien estuvo en Fortaleza, Ceará, como conferencista del IV Curso Brasileño Interamericano de Derechos Humanos: El Respeto a la Dignidad de la Persona Humana (organizado por el Instituto Brasileño de Derechos Humanos y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, en el periodo del 3 al 14 de agosto de 2015), la sobrepoblación es un cáncer, o mejor dicho, el talón de Aquiles del sistema penitenciario. A su juicio, cuanto más

samangos, a los médicos como *recetador de rueda de jeep* (aspirina) y a usar los apodos locales para designar a los individuos; se acostumbra a comer apresuradamente y a obtener alimento a través de los trucos usados por los que le están cerca. 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 guardias e incluso 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 a determinadas influencias, que se podrían llamar de *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, 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 la jerga prisional típica de los habitantes de la ciudad de Río de Janeiro, una 'fajina')."

(G. THOMPSON, Augusto F., *A Questão Penitenciária*, Vozes, Petrópolis, 1976, p. 53.

reclusos son alojados en una cárcel, menor es su dimensión humana y, por lo tanto, mayor la vulneración del valor supremo de la dignidad humana.³ La sobrecarga de la población trae consigo el hacinamiento y consecuentemente la promiscuidad, la proliferación de enfermedades (como escabiasis, tuberculosis, hepatitis y VIH/SIDA⁴), el aumento de la corrupción y la multiplicación de conflictos y agresiones, sea de reclusos entre sí, sea de reclusos con el personal que trabaja intramuros.

En su conferencia magistral, bajo el título “Criminalidad, Justicia Penal y Dignidad de la Persona Humana en América Latina y el Caribe”, Elías Carranza presentó el siguiente cuadro, relativo al año de 2013:

3 “¿Cómo hablar en ‘dignidad del presidiario’, cuando éste muchas veces es internado en una celda colectiva, sin aeración ni claridad, sanitario abierto, en condiciones semejantes a aquellas que llevaron al abogado Sobral Pinto a invocar en beneficio de un famoso cliente la Ley de Protección a los Animales?” (MEDEIROS, Rui, *Prisões Abertas*, Forense, Rio de Janeiro, 1985, p. 11).

4 “Los presos que están infectados con el VIH sufren de SIDA, tuberculosis, hepatitis u otras enfermedades contagiosas y a menudo se consideran un riesgo para los presos y para el personal. Particularmente, la infección del VIH se considera como una amenaza, ya que en ocasiones está ligada al consumo de drogas. Por lo tanto, el examen médico y las pruebas de sangre obligatorias, a veces se consideran como la solución. También se practican la segregación en las unidades separadas y el aislamiento social, aunque pueden ser discriminatorios. Las medidas que se toman son muy diferentes en los distintos países. Las decisiones acerca de estos asuntos no se pueden basar en opiniones irracionales de los presos, el personal o el público en general. Los puntos de partida básicos deben respetar la integridad y dignidad de una persona, y la confianza en el juicio médico y su obligación de confidencialidad. La primera solución recomendable es, por lo tanto, informar sobre esas enfermedades a los presos, y al personal, los riesgos reales de infección y cómo evitarlos. Además, se deben tomar medidas para reducir los riesgos, como proporcionar preservativos y jeringas para los drogadictos. Lamentable como pueda ser, el contacto sexual entre los presos (hombres), y el uso de drogas son, en mayor o menor medida, parte de la vida en la prisión; incluso son, hasta cierto punto, efectos del encarcelamiento. Tales prácticas son indeseables; ciertamente el contacto sexual forzado se debe evitar y castigar, ya sea mediante medidas disciplinarias o criminales a través de procedimientos judiciales. Contra el uso de drogas se debería luchar en forma inteligente y razonable; sin embargo, es inútil ignorar la realidad.” (Manual de Buena Práctica Penitenciaria: Implementación de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, p. 86).

SOBREPOBLACIÓN PENITENCIARIA EN PAÍSES DE AMÉRICA LATINA 2013			
PA del 3 al 14 de agosto de 2015	CAPACIDAD DEL SISTEMA	POBLACIÓN EXISTENTE	DENSIDAD POR CIENT PLAZAS
El Salvador	8.090	27.019	334
Venezuela	16.539	52.933	320
Bolivia *	5.436	14.272	263
Perú	29.043	61.390	211
Nicaragua	4.399	9.113	207
Guatemala	6.492	12.303	190
Rep. 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
México	195.278	242.754	124
Uruguay	7.302	9.067	124
Paraguay	5.863	7.161	122
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, República Dominicana y Uruguay son del 211. El dato de Bolivia es del 2006.			

Lo cierto es que Brasil es visto como uno de los países de la región que más vulneran los derechos humanos de sus ciudadanos encarcelados. Conforme a diversos organismos de defensa de los derechos humanos, como la ONG brasileña Justicia Global, la Amnistía Internacional⁵ y

5 Léase: "Amnistía Internacional apunta a Brasil, a pesar de ser el único miembro de la comunidad de las Naciones Unidas que redactó sus propias Reglas Mínimas del

Human Rights Watch (Observatorio de Derechos Humanos, a quien nos incumbe felicitar por su postura afirmativa en cuanto a las audiencias de custodia –inspiradas en la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto de San José, del 22 de noviembre de 1969 y llevadas a cabo preferiblemente 24 horas después la prisión *in flagrancia*– como una de las respuestas para la reducción de la cifra de presos provisionales), los reclusorios (instituciones contra natura, aplastantes, en el lenguaje de Julio Scherer García⁶) han secundado progresivamente, en toda la dimensión de su tragedia anunciada, la imagen de centros de posgrado del crimen, una especie de etapa en la carrera delictiva por la cual pasarían los verdaderos malhechores.⁷

En este marco, algunos interrogantes acostumbran ser planteados por quienes pretenden tener una percepción clara del significado y de la efectiva aplicación de las Reglas Mínimas: a) ¿En qué consisten exactamente dichas Reglas?; b) ¿Cuál su importancia para la ejecución penal?; c) ¿Hasta qué punto los administradores, los técnicos y los custodios están familiarizados con su tenor? ¿Qué decir de los presidiarios?; d) ¿Los que las conocen intentan nortear su actuación con arreglo a los principios en ellas definidos?; y e) ¿Cómo son vistas por abogados, defensores públicos, jueces y fiscales? Son preguntas que intentaremos, en una síntesis apretada, contestarlas a continuación:

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

En el año 1929, la Comisión Internacional Penal y Penitenciaria redactó reglas sobre tratamiento de los presos, aprobadas cinco años después por la Liga de las Naciones. Posteriormente, en Ginebra, en 1955, en el 1er Congreso sobre Prevención del Crimen y Tratamiento

Recluso, como el país latinoamericano que más denigra los derechos humanos de sus ciudadanos en cautiverio. Después de muchos años de minuciosas encuestas, habiendo visitado decenas de instituciones penales y examinado numerosísimos casos de flagrante violación de esos derechos en cárceles superpobladas, mefíticas, más feas que un dolor y que dan susto al miedo, la organización concluyó que el sistema está en crisis." (BARROS LEAL, César, *La Ejecución Penal en América Latina a la Luz de los Derechos Humanos: Viaje por los Senderos del Dolor*, Porrúa/Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2009, p. 98).

6 SCHERER GARCÍA, Julio, *Cárceles*, Extra Alfaguara, México, 1998, p. 6.

7 "Casi todos los peores crímenes son cometidos por graduados en establecimientos penales." (PLAYFAIR, Giles y SINGTON, Derrick, *Prisão não Cura, Corrompe*, IBRASA, São Paulo, 1965, p. 26).

del Delincuente, la ONU las aprobó bajo el título de *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Presos*. En 1971, la Asamblea de la ONU concluyó que las Reglas Mínimas (“Expresión de valores universales tenidos como inmutables en el patrimonio jurídico del hombre”) deberían ser implantadas en la administración de las instituciones penales, por los gobiernos de todos los Estados Miembros.

Después de las Reglas Mínimas siguieron documentos de las Naciones Unidas que las complementaron en cuanto a las condiciones de las cárceles y al tratamiento de sus habitantes: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966; Convención contra la Tortura y otros Tratamientos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 1984; Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o de Encarcelamiento, de 1988; Principios Básicos para el Tratamiento de los Presos, de 1990.

Póngase de relieve que las Reglas Mínimas (*Standard Minimum Rules*) fueron objeto de discusión en el 13^o Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Crimen y Justicia Penal, realizado en Doha, Qatar, del 13 al 19 de abril de 2015, en el que estuvimos presentes. Compiladas por la *Penal Reform International*, habían sido objeto de revisión final por un grupo de expertos reunidos del 2 al 5 del mes anterior en la Ciudad del Cabo (Sudáfrica) y lo fueron después en Viena. En homenaje a uno de los más ilustres cautivos de nuestra historia contemporánea, aprisionado durante veintisiete años, quien recibió el Premio Nobel de la Paz (por su lucha en pro de la libertad, la igualdad y la democracia) y se tornó Presidente de África del Sur, pasaron a denominarse Reglas de Mandela.⁸

8 La Asamblea General (7) “Decide ampliar el alcance del Día Internacional de Nelson Mandela, que se observa cada año el 18 de julio, para que también se conozca como Día de Mandela en favor de los Derechos de los Reclusos, a fin de promover condiciones de encarcelamiento dignas, sensibilizar acerca del hecho de que los reclusos son parte integrante de la sociedad y valorar la labor del personal penitenciario como servicio social de particular importancia y, con ese propósito, invita a los Estados Miembros, las organizaciones regionales y las organizaciones del sistema de las Naciones Unidas a celebrar esa ocasión de manera apropiada.” (Texto de las Reglas de Mandela, Consejo Económico y Social, Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, Naciones Unidas).

Algunas cuestiones –que justificaron la revisión de las Reglas– fueron objeto de especial recomendación del Grupo de Expertos⁹, según consta en su Preámbulo: a) el respeto a la dignidad y el valor inherente de los reclusos como seres humanos; b) los servicios médicos y sanitarios; c) las medidas y sanciones disciplinarias, incluso el papel del personal médico, la reclusión en régimen de aislamiento y la reducción de alimentos; d) la investigación de todas las muertes de reclusos, así como de todo indicio o denuncia de tortura o de penas o tratamientos inhumanos o degradantes a los reclusos; e) la protección y las necesidades especiales de los grupos vulnerables privados de libertad, teniendo en cuenta los países que se encuentran en circunstancias difíciles; f) el derecho a la representación letrada; g) las quejas y las inspecciones independientes; h) la sustitución de terminología obsoleta; e i) la capacitación del personal pertinente a fin que aplique las Reglas Mínimas.

9 Sobre el Grupo de Experto escribió Emma Mendoza Bremauntz, Profesora da la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de México (UNAM): “La solicitud del 12º Congreso de las UN en el sentido de que la Asamblea General, a través de su Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal organizara y autorizara un grupo intergubernamental de especialistas para intercambiar información sobre las mejores prácticas penitenciarias, las legislaciones nacionales, y el Derecho Internacional vigente, para la revisión de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, que reflejaran los avances recientes de la ciencia penitenciaria, y con esa base recomendar medidas posteriores, fue atendida y resuelta positivamente.

El resultado de la solicitud fue aprobado por la Asamblea General de las NU y se previó que los avances en su trabajo deberían ser informados periódicamente.

El inicio de la actividad del Grupo para la citada revisión y selección de información obtenida por los Estados Miembros y otras organizaciones se dispuso de inmediato de suerte que la información fluyó con naturalidad y se logró la colaboración de muchas organizaciones que, a nivel internacional, han mostrado una seria preocupación por la situación de los internos en las prisiones, especialmente en las de los países que tienen problemas de violencia, dictaduras, sistemas políticos absolutistas y fricciones con otros países.

Se acordó por el Grupo el reconocimiento de que las Reglas Mínimas habían resistido la prueba del tiempo y se las reconocía universalmente como el mínimo normativo que debe delinear la política penitenciaria de los países, contemplándolas como el mínimo legislativo en sus sistemas de reclusión, afirmándose que las modificaciones que pudieran aportarse nunca deberían reducir el alcance de ninguna de las normas ya existentes.” (Ponencia impartida en el Congreso Internacional de la Universidad *Humani Mundial*, realizado en marzo de 2015 en León, Guanajuato, México, del 11 al 13 de marzo de 2015)

Dichos ajustes, anunciados con mucha anticipación, no buscaron reducir el alcance de ninguna de las normas existentes, sino reflejar los recientes avances de la ciencia penitenciaria y las buenas prácticas, con miras a promover la seguridad y las condiciones dignas de los reclusos. Algo que se imponía y fue saludado con respeto y entusiasmo.

3. LAS REGLAS: APUNTES Y EJEMPLOS

Las Reglas de Mandela recomiendan asimismo que los Estados Miembros continúen procurando limitar el hacinamiento en el encierro y, cuando procedente, recurran a medidas no privativas de libertad como alternativa a la prisión preventiva. Además de eso, refuerzan el carácter no vinculante de las Reglas.

Básicamente, lo que hacen las Reglas Mínimas de las Naciones es consolidar ciertos principios fundamentales en lo que atañe a la administración de las prisiones y al tratamiento de los presos, llamando la atención para la pluralidad de las condiciones socioeconómicas y legales observables en los países para los cuales se destinan.

Son divididas en dos partes: la primera es referente a la administración general de los establecimientos prisionales y comprende reglas aplicables a todas las categorías de presos, de la órbita criminal o civil, condenados o provisionales, incluso aquellos sometidos a medidas de seguridad o medidas correccionales establecidas por la autoridad judicial; la segunda, a su vez, trata de cada una de las categorías especiales.

He aquí algunas de las Reglas de Aplicación General:

Principios fundamentales

Regla 1

Todos los reclusos serán tratados con el respeto que merecen su dignidad y valor intrínsecos en cuanto seres humanos. Ningún recluso será sometido a tortura ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, contra los cuales se habrá de proteger a todos los reclusos, y no podrá invocarse ninguna circunstancia como justificación en contrario. Se velará en todo momento por la seguridad de los reclusos, el personal, los proveedores de servicios y los visitantes.

Regla 2

1. Las presentes reglas se aplicarán de forma imparcial. No habrá discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación. Deberán respetarse las creencias religiosas y preceptos morales de los reclusos.

2. Con el propósito de aplicar el principio de no discriminación, las administraciones penitenciarias tendrán en cuenta las necesidades individuales de los reclusos, en particular de las categorías más vulnerables en el contexto penitenciario. Se deberán adoptar medidas de protección y promoción de los derechos de los reclusos con necesidades especiales, y dichas medidas no se considerarán discriminatorias.

Regla 3

La prisión y demás medidas cuyo efecto es separar a una persona del mundo exterior son aflictivas por el hecho mismo de que despojan a esa persona de su derecho a la autodeterminación al privarla de su libertad. Por lo tanto, a excepción de las medidas de separación justificadas y de las que sean necesarias para el mantenimiento de la disciplina, el sistema penitenciario no deberá agravar los sufrimientos inherentes a tal situación.

Regla 5

1. El régimen penitenciario procurará reducir al mínimo las diferencias entre la vida en prisión y la vida en libertad que tiendan a debilitar el sentido de responsabilidad del recluso o el respeto a su dignidad como ser humano.

2. Las administraciones penitenciarias facilitarán todas las instalaciones y acondicionamientos razonables para asegurar que los reclusos con discapacidades físicas, mentales o de otra índole participen en condiciones equitativas y de forma plena y efectiva en la vida en prisión

Regla 11

Los reclusos pertenecientes a categorías distintas deberán ser alojados en establecimientos diferentes o en pabellones diferentes dentro de un mismo establecimiento, según su sexo y edad, sus antecedentes penales, los motivos de su detención y el trato que corresponda aplicarles; por consiguiente: a) los hombres serán reclusos, en la medida de lo posible, en establecimientos distintos a los

de las mujeres y, en los establecimientos mixtos, el pabellón destinado a las mujeres estará completamente separado del de los hombres; b) los reclusos en espera de juicio estarán separados de los penados; c) los encarcelados por deudas u otras causas civiles estarán separados de los encarcelados por causas criminales; y d) los jóvenes estarán separados de los adultos.

Regla 13

Los locales de alojamiento de los reclusos, y especialmente los dormitorios, deberán cumplir todas las normas de higiene, particularmente en lo que respecta a las condiciones climáticas y, en concreto, al volumen de aire, la superficie mínima, la iluminación, la calefacción y la ventilación.

Regla 25

1. Todo establecimiento penitenciario contará con un servicio de atención sanitaria encargado de evaluar, promover, proteger y mejorar la salud física y mental de los reclusos, en particular de los que tengan necesidades sanitarias especiales o problemas de salud que dificulten su reeducación.

2. El servicio de atención sanitaria constará de un equipo interdisciplinar con suficiente personal calificado que actúe con plena independencia clínica y posea suficientes conocimientos especializados en psicología y psiquiatría. Todo recluso tendrá acceso a los servicios de un dentista calificado.

Regla 36

La disciplina y el orden se mantendrán sin imponer más restricciones de las necesarias para garantizar la custodia segura, el funcionamiento seguro del establecimiento penitenciario y la buena organización de la vida en común.

Regla 43

1. Las restricciones o sanciones disciplinarias no podrán, en ninguna circunstancia, equivaler a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En particular, quedarán prohibidas las siguientes prácticas: a) el aislamiento indefinido; b) el aislamiento prolongado; c) el encierro en una celda oscura o permanentemente iluminada; d) las penas corporales o la reducción de los alimentos o del agua potable; y e) los castigos colectivos.

Regla 50

Las leyes y reglamentos que regulen los registros de reclusos y celdas serán acordes con las obligaciones dimanadas del derecho internacional y tomarán en consideración las reglas y normas internacionales, teniendo en cuenta la necesidad de garantizar la seguridad en el establecimiento penitenciario. Los registros se realizarán de un modo que respete la dignidad intrínseca del ser humano y la intimidad de las personas, así como los principios de proporcionalidad, legalidad y necesidad.

Regla 59

En la medida de lo posible, los reclusos serán internados en establecimientos penitenciarios cercanos a su hogar o a su lugar de reinserción social.

Regla 74

1. La administración penitenciaria seleccionará cuidadosamente al personal de todos los grados, puesto que de la integridad, humanidad, aptitud personal y capacidad profesional de dicho personal dependerá la buena dirección de los establecimientos penitenciarios.

2. La administración penitenciaria se esforzará constantemente por despertar y mantener, en el espíritu del personal y en la opinión pública, la convicción de que la función penitenciaria constituye un servicio social de gran importancia y, al efecto, utilizará todos los medios apropiados para informar al público.

3. Para lograr los fines mencionados será indispensable que los miembros del personal penitenciario sean profesionales contratados a tiempo completo con la condición de funcionarios públicos y, por tanto, con la seguridad de que la estabilidad en su empleo dependerá únicamente de su buena conducta, de la eficacia de su trabajo y de su aptitud física. La remuneración del personal deberá ser suficiente para obtener y conservar los servicios de hombres y mujeres capaces. Las prestaciones laborales y condiciones de servicio serán favorables, teniendo en cuenta el difícil trabajo que desempeñan.

Entre las Reglas aplicables a categorías especiales citamos:

A. Reclusos penados

Regla 87

Es conveniente que, antes de que el recluso termine de cumplir su pena, se adopten las medidas necesarias para asegurarle un retorno progresivo a la vida en sociedad. Este propósito puede alcanzarse, según los casos, con un régimen preparatorio para la puesta en libertad, organizado dentro del mismo establecimiento penitenciario o en otra institución apropiada, o mediante la libertad condicional bajo una vigilancia que no deberá confiarse a la policía y que comprenderá una asistencia social eficaz.

Regla 90

El deber de la sociedad no termina con la puesta en libertad del recluso. Por consiguiente, se habrá de disponer de los servicios de organismos gubernamentales o privados capaces de prestar al ex recluso una ayuda pospenitenciaria eficaz que contribuya a disminuir los prejuicios contra él y le permita reinsertarse en la sociedad.

B. Reclusos con discapacidades o enfermedades mentales

Regla 109

1. No deberán permanecer en prisión las personas a quienes no se considere penalmente responsables o a quienes se diagnostique una discapacidad o enfermedad mental grave, cuyo estado pudiera agravarse en prisión, y se procurará trasladar a esas personas a centros de salud mental lo antes posible.

2. En caso necesario, otros reclusos con discapacidades o enfermedades mentales podrán ser observados y tratados en centros especializados bajo la supervisión de profesionales de la salud competentes.

C. Personas detenidas o en espera de juicio

Regla 111

1. A los efectos de las disposiciones siguientes se denominará "reclusos en espera de juicio" a las personas que se encuentren detenidas o presas en un local de policía o en prisión tras haberseles imputado un delito pero que aún no hayan sido juzgadas.

2. Los reclusos en espera de juicio gozarán de la presunción de inocencia y deberán ser tratados de forma consecuente con dicha presunción.

3. Sin perjuicio de las disposiciones legales relativas a la protección de la libertad individual o al procedimiento que se deberá seguir respecto a los reclusos en espera de juicio, estos últimos gozarán de un régimen especial que se describe en las reglas que figuran a continuación únicamente en sus aspectos esenciales.

D. Personas encarceladas por causas civiles

Regla 121

En los países cuya legislación permita la prisión por deudas u otras formas de prisión dispuestas por decisión judicial como consecuencia de un proceso civil, quienes cumplan esas penas de prisión no serán sometidos a mayores restricciones ni tratados con más severidad que la requerida para el mantenimiento de la seguridad y el orden. El tratamiento que se les dé no será en ningún caso más severo que el que corresponda a los reclusos en espera de juicio, con la excepción, no obstante, de que se les podrá obligar a trabajar.

4. EN BUSCA DE UN MODELO MÍNIMO

Las Reglas de Mandela no proponen un modelo de perfección, aun porque se reconoce unánimemente que su cumplimiento cabal no se observa en ningún país y muchos están a años luz de su implementación. Es lo que obra en sus Observaciones preliminares 1 y 2.1, a saber: *Observación preliminar 1* (El objeto de las siguientes reglas no es describir en forma detallada un sistema penitenciario modelo, sino únicamente enunciar, partiendo de los conceptos generalmente aceptados en nuestro tiempo y de los elementos esenciales de los sistemas contemporáneos más adecuados, los principios y prácticas que hoy en día se reconocen como idóneos en lo que respecta al tratamiento de los reclusos y la administración penitenciaria) y *Observación preliminar 2.1* (Es evidente que, debido a la gran variedad de condiciones jurídicas, sociales, económicas y geográficas existentes en el mundo, no se pueden aplicar indistintamente todas las reglas en todas partes y en todo momento. No obstante, estas reglas deberán servir para estimular un esfuerzo constante por vencer las dificultades

prácticas que se oponen a su aplicación, con la conciencia de que representan en su conjunto las condiciones mínimas admitidas por las Naciones Unidas).

A este respecto incumbe dar espacio al Manual de Buena Práctica Penitenciaria, producido por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos con la ayuda del Ministerio de Justicia de los Países Bajos, según el cual las Reglas Mínimas no deben ser vistas “como prescribiendo un modelo de sistema penitenciario perfecto”. Ello resulta del hecho de que “dicha determinación sería irreal, debido a que presupone conocimiento y habilidad mayor de la que se dispone; no tomaría en cuenta la variación económica, social, histórica y política entre diferentes países y, debido a que ningún sistema penitenciario puede lograr y mantener la perfección permanente, negaría la necesidad de esforzarse en lograr cambio positivo continuo.”¹⁰ Más adelante se lee en el Manual que las RM “comprenden sólo requisitos básicos y mínimos – condiciones necesarias para que un sistema penitenciario logre niveles mínimamente humanos y efectivos.”¹¹

5. CONSIDERACIONES FINALES

Para muchos suena extraño el descompás entre tan exuberante manifestación de principios y la situación concreta de la mayor parte de las prisiones brasileñas, abrumadas por problemas sin fin. No se discute en cuanto a eso. El hiato es incontestable. Lo que debe prevalecer, empero, no es la resignación con lo que está puesto, con lo que existe, sino la búsqueda de su ajustamiento a un ideario. Evidentemente, la modificación de la realidad pasa por las normas, pero también y mucho más por la voluntad política de implementarlas y el involucramiento de la sociedad en los más distintos niveles (apoyo, fiscalización) y por la acción firme y resoluta de jueces y fiscales.

Algo ha de ser hecho para romper esta distancia y la apatía ante la falta de dignidad, el irrespeto continuo a la integridad física y moral de los detenidos y el incumplimiento de: a) los principios inscritos en la Constitución Federal de 1988 (entre los cuales: la ley regularizará

10 Manual de Buena Práctica Penitenciaria: Implementación de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, p. 23.

11 Ídem, p. 23.

la individualización de la pena y adoptará, entre otras, las siguientes: privación o restricción de la libertad, prestación social alternativa, etc.; no habrá penas de carácter perpetuo y de labores forzadas; la pena será cumplida en establecimientos distintos, de acuerdo con la naturaleza del delito, la edad y el sexo del penado); b) la Ley de Ejecución Penal, ley 7.210, del 14 de julio de 1984, fuertemente influenciada por las Reglas Mínimas, en cuya Exposición de Motivos (ítem 65) consta que resultará inútil la lucha contra los efectos de la prisionización si no se establece la garantía jurídica de los derechos del condenado (artículo 3º: al condenado y al internado serán asegurados todos los derechos no alcanzados por la sentencia o la ley; derechos que están previstos en su artículo 41: alimentación suficiente y vestuario; atribución de trabajo y su remuneración; previsión social; constitución de peculio; proporcionalidad en la distribución del tiempo para el trabajo, el descanso y la recreación; ejercicio de las actividades profesionales, intelectuales, artísticas y deportivas anteriores, compatibles con la ejecución de la pena; asistencia material, a la salud, jurídica, educacional, social y religiosa; protección contra cualquier forma de sensacionalismo; entrevista personal y reservada con el abogado; visita del cónyuge, de la compañera, de parientes y amigos, en días determinados; llamamiento nominal; igualdad de tratamiento, salvo en cuanto a las exigencias de la individualización de la pena; audiencia especial con el director del establecimiento; representación y petición a cualquier autoridad, en defensa de derecho; contacto con el mundo exterior por medio de correspondencia escrita, la lectura y otros medios de información que no comprometan la moral y las buenas costumbres); y c) las Reglas Mínimas para el Tratamiento del Recluso en Brasil (también divididas en dos partes y aprobadas en la reunión ordinaria del 17.10.94 del Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria, órgano de asesoría del Ministerio de Justicia, y ahora pendientes de actualización)¹² Siguen ejemplos:

12 En su presentación, el entonces Ministro de Justicia, Nelson Azevedo Jobim, después de afianzar que las Reglas traducen “la conquista de una antigua aspiración nacional” y que preservan “el interés colectivo de la seguridad de los ciudadanos ante el resguardo imprescindible de las garantías y de los derechos de la persona sometida a una pena privativa de libertad”, aseveró: “Se vuelve imperioso registrar que este elenco de reglas atiende a la ‘determinación de la Asamblea General de la ONU, preceptuada por la Resolución n. 2.858, del 20 de diciembre de 1971, y ratificada por la Resolución n. 3.218, del 06 de noviembre de 1974. Fue en el IV Congreso de Naciones

PARTE I: REGLAS DE APLICACIÓN GENERAL

Artículo 3º. Es asegurado al recluso el respeto a su individualidad, integridad física y dignidad personal.

Artículo 7º. Reclusos pertenecientes a categorías diversas deben ser alojados en distintos establecimientos penales o en sus secciones, observadas las características personales tales como: sexo, edad, situación judicial y legal, cantidad de pena a que fue condenado, régimen de ejecución, naturaleza de la prisión y el tratamiento específico que le corresponda, con atención al principio de la individualización de la pena.

Artículo 15. La asistencia a la salud del recluso, de carácter preventivo y curativo, comprenderá atención médica, psicológica, farmacéutica y odontológica.

Artículo 21. El orden y la disciplina deberán ser mantenidos, sin imponerse restricciones además de las necesarias para la seguridad y la buena organización de la vida en común.

Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, realizado en Kioto, Japón, en 1970, que se llamó la atención para la importancia de ser implementado, en todos los países, un cuerpo de principios a fin de orientar los límites del poder-deber de punir, en la relación del Estado con el hombre recluso, en razón de exigencias constitucionales y legales.

De esa manera, las Reglas Mínimas para el Tratamiento del Recluso en Brasil, por cuidar con propiedad de la conciliación de valores del individuo y de la sociedad, ciertamente van a servir de guía primordial para todos aquellos que actúan en la administración prisional con la responsabilidad de contribuir a la reinserción social sea del recluso provisorio, sea del recluso condenado por sentencia criminal. Y ello es bien oportuno, pues el gran desafío de este final de siglo es la conquista de mayor prestigio de la ejecución penal con la transformación de las estructuras tradicionales deterioradas, que han envuelto el sistema social de las prisiones."

Edmundo Oliveira, a la sazón Presidente del Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria, afirmó en la Exposición de Motivos: "Asegurar al recluso todos los derechos no alcanzados por la sentencia o la ley constituye proclamación formal que alumbró la estabilidad democrática proyectada en las dinámicas actividades de la ejecución penal. De este modo, la pena que excede de esa medida es inicua y contraproducente. Destinada a restablecer el equilibrio, ella lo estaría comprometiendo, fallando en su finalidad de individualización proporcional al daño causado por el crimen y al grado de culpabilidad."

PARTE II: REGLAS APLICABLES A CATEGORÍAS ESPECIALES

Artículo 54. Tan pronto como el condenado ingrese al establecimiento prisional, deberá ser realizado un examen de su personalidad, estableciéndose programa de tratamiento específico, con el propósito de promover la individualización de la pena.

Artículo 59. El enfermo mental deberá ser internado en una unidad apropiada, no debiendo permanecer en el establecimiento más allá del tiempo necesario para su traslado.

Artículo 61. Al recluso provisional será asegurado régimen especial en el que se observará: separación de los reclusos condenados; celda individual, preferentemente; opción por alimentarse a sus expensas; utilización de objetos personales; uso de su propia ropa o, cuando fuere el caso, de uniforme distinto de aquel utilizado por el recluso condenado; oferta de oportunidad de trabajo; y visita y atención de su médico o dentista.

Artículo 62. En los casos de prisión de naturaleza civil, el preso deberá permanecer en recinto separado de los demás, aplicándose, en lo que corresponda, las normas destinadas a los presos provisionales.

A las Reglas Mínimas para el Tratamiento del Recluso en Brasil se suman innumerables instrumentos de protección de los derechos humanos de quienes están entre rejas, como: a) los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas; b) el Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión (ya citados) y c) las Reglas de Mandela, de que ahora nos ocupamos, y que contienen la recomendación de la Asamblea General a los Estados Miembros no sólo de esforzarse por mejorar las condiciones de reclusión, sino también continuar “procurando limitar el hacinamiento en las cárceles y, cuando proceda, recurran a medidas no privativas de libertad como alternativa a la prisión preventiva, promoviendo un mayor acceso a mecanismos de administración de justicia y de asistencia letrada, reforzando las medidas sustitutivas del encarcelamiento y apoyando los programas de rehabilitación y reinserción social, de conformidad con lo dispuesto en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio).”

Andrew Coyle, Profesor del Centro de Estudios sobre Prisiones, de la Universidad de Londres y ex director de la Brixton Prison en el periodo del 1991 al 1997, advierte:

El tema de los derechos humanos y los presos tiene una carga emotiva. ¿Por qué alguien que ha sido acusado o sentenciado por un delito es merecedor de sus derechos fundamentales? La respuesta es que resulta relativamente fácil para los seres humanos mostrar respeto y humanidad hacia aquellos que merecen ese respeto o hacia quienes lo muestran a los demás. Pero lo que nos diferencia como seres humanos es nuestra habilidad para distinguir entre quien es una persona y lo que ella hace; consecuentemente, la capacidad para reconocer que es necesario mostrar respeto y humanidad aun hacia aquellas personas que estimamos que no lo merecen.¹³

Esbozando una contestación a las preguntas hechas anteriormente, entendemos que las Reglas por lo general son desconocidas en su plenitud por los que viven o trabajan al interior de las cárceles; pocos funcionarios, familiarizados con su contenido, buscan aplicarlas en su cotidiano. Ello igualmente se constata entre los operadores del derecho, para muchos de los cuales las Reglas son un simple catálogo de recomendaciones estériles, inocuas, incapaces de cambiar el perfil cruel del firmamento carcelario, a despecho del esfuerzo de algunos idealistas de enfrentar sus males y superar sus deficiencias. Un juicio, sin embargo, enteramente equivocado. De veras, las Reglas Mínimas, como estatuto universal de los reclusos, siempre han ejercido, *malgré* sus limitaciones, una indudable influencia en la doctrina, la jurisprudencia, la elaboración de las leyes penitenciarias y el diseño de políticas públicas en este ámbito.

Es con este espíritu, con esta profesión de fe, que concluyo, recordando, aguijoneado por un optimismo responsable y la expectativa de un nuevo tiempo, la advertencia de Nelson Mandela de que sólo se conoce una nación cuando se visita sus prisiones, puesto que el verdadero parámetro no debe ser la forma como dicha nación

13 COYLE, Andrew, "La Sobrepoblación en las Prisiones. La Prisión y la Comunidad", en CARRANZA, Elías (coordinador), *Justicia Penal y Sobrepoblación Penitenciaria: Respuestas Posibles*, Ilanud/Siglo Veintiuno Editores, San José, Costa Rica, 2001, p. 119.

trata a sus ciudadanos de más alto rango, sino el modo como trata a aquéllos de los estratos más bajos.¹⁴

(*) Texto elaborado a partir de los apuntes del autor para la ponencia “Reglas Mandela O.N.U.”, impartida el 26 de enero de 2016, en el Centro Nacional de Derechos Humanos (Comisión Nacional de Derechos Humanos), en la Ciudad de México.

14 MANDELA, Nelson, en COYLE, Andrew, *La Administración penitenciaria en el contexto de los Derechos humanos: Manual para el personal penitenciario*, segunda edición, Centro Internacional de Estudios Penitenciarios, Londres, p. 12. Véase también: “Ya explicaba Concepción Arenal que conociendo los sistemas penitenciarios se conocería a los pueblos.” (BUJÁN, Javier Alejandro y FERRANDO, Víctor Hugo, *La Cárcel Argentina. Una Perspectiva Crítica, Ad-Hoc*, Buenos Aires, 1998, p. 197.

LA VISIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL INICIO DEL SIGLO XXI

Emma Mendoza Bremauntz

Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

“El desarrollo sostenible, los derechos humanos y la paz, van de la mano”.

Ban, Ki-moon ONU, 2015. *Que nadie se quede atrás*.

1. INTRODUCCIÓN

La idea fundamental de este trabajo es explicar, de la manera más sencilla y comprensible para todos, los conocimientos fundamentales de una visión esperanzada para un nuevo mundo que se detona con la Cumbre del Milenio y que se profundiza al no alcanzarse sus objetivos en un periodo que termina en 2015, determinado en sus propias conclusiones.

Lo que se intenta es motivar a los lectores; como un homenaje a un hombre, amigo querido y penitenciarista fuera de serie, que ha dedicado la mayor parte de su vida a buscar el respeto de esos derechos en los lugares más complejos para hacerlo: las prisiones. Con ello intento compartir el conocimiento de la evolución de la forma de manejar los Derechos humanos, como entenderlos y como comprometer a los gobiernos a su respeto y cumplimiento, consagrándolos en el sistema jurídico de cada país, inclusive reconociendo su organización y protección como una nueva rama del Derecho. Quiero explicar, sumariamente, la forma como este sector del sistema jurídico está evolucionando y el reconocimiento que a nivel global se está experimentando y como se intenta impulsarlo.

Asimismo, se trata de actualizar los datos básicos del área jurídico internacional concerniente a los originalmente llamados Derechos del Hombre y que, en español, se ha aceptado para evitar interpretaciones

discriminatorias como Derechos Humanos, los cuales se encuentran en revisión permanente y cuyo conocimiento debe interesar a todos los seres humanos porque a todos afecta.

Ésta es una breve exposición dirigida especialmente a los que se preguntan cómo podemos acercarnos a la paz, a la reconstrucción moral de las sociedades, en un momento tan crítico como el actual, para entender y motivar el estudio de los derechos humanos y su efectividad y condiciones de operación, como cuestiones indispensables para hacerlos efectivos para todas las personas sin excepción. Se intenta explicar de la mejor manera posible el momento y forma de regulación en la cual se encuentran estos conocimientos, a través de la visión de diversos autores y profesores, con la misma idea, como pueden hacerlos factibles cada vez para más personas, alcanzando los objetivos fijados por la Organización de las Naciones Unidas como instrumentos para la paz y el desarrollo.

Imposible, en el espacio disponible, profundizar en los muy variados temas que se deben tocar, pero que frecuentemente, tanto alumnos como ciudadanos, preguntan y desean colaborar y comprender para su difusión y es esa idea que me lleva a la elaboración de este artículo ahora en sus manos. Quizá parecerá elemental, pero es apasionante comprender lo que la sociedad global intenta y busca con el enunciado de estos puntos y quiero compartir con las más inquietas e inquisitivas personas lo que me ha dejado el contacto con muchos seres humanos desposeídos y la serie de lecturas que quisiera poder hacer llegar a todos los que quieren saber hacia donde parece dirigirse el mundo.

2. EL ENFOQUE E IMPULSO A LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS AÑOS FINALES DEL S. XX

El S. XX estuvo saturado de cambios, adelantos y retrocesos en cuanto a cultura, economía e integración en general, desarrollándose las dos guerras mundiales que ocasionaron la mayor mortandad de personas causada por un conflicto bélico hasta aproximadamente 1914, a pesar de las múltiples guerras desatadas en sociedades anteriores.

Es en la etapa posterior a la pacificación y término de la 2ª guerra mundial cuando la sociedad moderna pareció comprender la crueldad e inutilidad de la lucha, la pérdida tan inútil de vidas humanas, el

atraso económico y cultural generado por el conflicto, pese a los avances tecnológicos desarrollados para ganarla. Por ello se llevaron a cabo reuniones y conferencias entre los líderes del grupo ganador, con el fin de acordar con los triunfadores qué hacer para no volver a sufrir un desperdicio de vidas y de esfuerzos igualmente inútil y doloroso.

Porque, en realidad, respecto a los resultados de la búsqueda de avances científicos y tecnológicos para acabar con la guerra, poco habría de aprovecharse para rehacer el mundo y todo lo perdido.

El mayor avance logrado en investigación y generación de armas con estos fines fue aquel que aterrorizó al mundo triunfador y al derrotado, la bomba atómica, estallada en Hiroshima y Nagasaki, con pavorosos resultados de muerte, destrucción y contaminación; la generación de armas, empero, no se ha detenido, al parecer, sin profundizar en sus consecuencias; es mayor el interés por la producción bélica y la exportación de guerras y obtención de ingresos que el temor de sufrirlas en sus propios territorios.

Se han generado fenómenos como el terrorismo, las guerras preventivas, los desplazados y las dolorosas migraciones por estos mismos sucesos: el endurecimiento de políticas represivas, la violación permanente de derechos, tanto humanos como los más elementales de los grupos sociales, y la cohesión social no logra estabilizarse.

Podemos recordar cómo, en el momento del final de la tensión cercana al final de la Segunda Guerra, después de la explotación de las bombas atómicas, hubo un intento positivo y reflexivo de los líderes de los países triunfadores, en el que, reunidos los más fuertes, por impulso de Franklin D. Roosevelt, Presidente de los Estados Unidos, en un sitio en su país denominado Bretton Woods, intentaron organizar conjuntamente el mundo para evitar la repetición de un hecho tan terrible y aún tan cercano, reconociendo entonces cómo las medidas acordadas al final de la Primera Guerra Mundial, que buscaban evitar una nueva conflagración, habían sido realmente ineficaces.

Se discuten nuevos acuerdos, creando nuevas soluciones y organismos mundiales (para atender problemas económicos, sociales y financieros) que han subsistido y funcionado relativamente bien, evolucionando también en organismos internacionales más poderosos como los de mayor proyección que actualmente funcionan, en especial la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la cual reúne

actualmente casi el 99% de los países existentes; el Fondo Monetario Internacional, creado para unificar las políticas monetarias mundiales y que, con sus propias atribuciones, sigue funcionando con un gran potestad; así como el Banco Mundial, que ha resultado la organización bancaria internacional más potente, con especiales funciones y, como consecuencia de la evolución del que inicialmente se denominó Banco de Reconstrucción y Fomento, al cual se le han agregado otras organizaciones, ampliando sus funciones y metas y alcanzando también gran poder económico y social.

En la reunión celebrada en Breton Woods, donde se crean los nuevos organismos mundiales, no se discuten de manera específica los Derechos humanos, pero en el ambiente flota la preocupación de todos los asistentes, respecto a lo que ha dejado en todos los directamente afectados por la guerra, a pesar de que aún no se conocían las enormes crueldades y barbaries que se habían cometido.

El conocimiento de estas acciones induce a una idea ya planteada desde los fines de la 1ª Guerra, respecto al hecho de que, a pesar de la matanza y las pugnas en los distintos espacios y tiempos de la lucha, se deberían establecer algunas limitaciones obligatorias a los ejércitos enfrentados, con cuyas violaciones se daría lugar a severos juicios posteriores al apaciguamiento, lo que originó el nacimiento del llamado derecho humanitario especialmente impulsado por los organismos mundiales de la Cruz Roja y posteriormente la Media Luna Roja, creada en los países árabes o musulmanes, cuya actividad en ambos casos merece reconocimiento y respeto y cuya pugna por el reconocimiento del Derecho Humanitario (DIH) debe difundirse y hacerse del conocimiento de todos los que incidental o prolongadamente se vean involucrados en los conflictos bélicos.

Igualmente hay que citarlo para introducirlo como un paralelo importante que impulsa el reconocimiento de los Derechos, llamados primero del Hombre, y que han evolucionado también hacia la creación de una nueva e importante rama del Derecho que tiene mucho que ver con lo que estamos describiendo en este trabajo, en cuanto a la creación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH)

Se ha publicado una gran cantidad de documentos al respecto, un breve pero bien documentado y accesible resumen, elaborado por el Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario y difundido por el Comité Internacional de la Cruz Roja, intitulado

precisamente Derecho internacional humanitario y derecho internacional de los derechos humanos. Analogías y diferencias. De impresionante brevedad y concisión, en cuyo párrafo introductorio se precisa que tanto el derecho internacional humanitario (DIH) como el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) tienen como finalidad la protección de la vida, la salud y la dignidad de las personas, aun cuando lo hacen desde puntos de partida diferentes.

Sus normas frecuentemente son similares e incluso idénticas algunas de ellas, pues ambos derechos buscan proteger la vida humana; prohíben la tortura y otros tratos crueles; estipulan los derechos fundamentales de las personas, a las cuales se abre un proceso penal; prohíben la discriminación; prevén la protección de las mujeres y los niños; reglamentan el derecho a la salud y los alimentos, pero abordan cuestiones diferentes; en el caso del Derecho Humanitario, se refieren a cuestiones como la conducción de las hostilidades, los estatutos de combatiente y prisioneros de guerra y la protección de los emblemas de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja.¹

En cambio, el DIDH contempla medidas respecto a la vida en tiempo de paz, como la libertad de prensa, el derecho de reunión, los derechos inherentes a las personas por el solo hecho de nacer y es y debe ser responsabilidad de los gobiernos protegerlos, previéndose inclusive que las personas o los grupos de personas pueden exigir a los gobiernos esta protección.

Si hablamos de las fuentes de este derecho, la reforma constitucional en México contempla dos fuentes: una, la Constitución y los derechos humanos en ella reconocidos y la otra, los establecidos en tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, con lo que se convierten en normas supremas del ordenamiento jurídico mexicano de acuerdo con la resolución de la Suprema Corte en cuanto a la contradicción de tesis número 293/2011, en la cual se determinó que los derechos humanos de fuente internacional los encontramos tanto en el Pacto internacional de derechos civiles y políticos como en el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales; también en las convenciones, como la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación

1 Disponible en www.icrc.org/spa.

contra la mujer, la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes o la Convención sobre los derechos del niño.

Se menciona también que son fuentes doctrinales de DIDH las sentencias e interpretaciones de los tratados emitidas por los organismos autorizados para dirimir controversias y cuestiones sobre estos instrumentos.

Se hace notar que existen diferencias entre los tratados internacionales en general y, por ejemplo, los tratados de derechos humanos, en cuanto a quienes pueden ser partes en los tratados en general, o sea, los estados y organismos internacionales y los tratados de derechos humanos pueden ser parte estos mismos, pero, además, se ha introducido a la persona como sujeto de derecho internacional.²

En cuanto al objeto y fin de estos tratados, se señala que, en general, pueden fijarse, como objeto y fin, distintos temas, pero en los tratados de derechos humanos siempre se menciona la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos y, en cuanto a las obligaciones que se contemplan en los tratados en general, pueden establecerse derechos y obligaciones recíprocas para los Estados Partes. En los tratados en materia de derechos humanos, se establecen obligaciones para los Estados de proteger los derechos de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, aunque se comenta que algunos tratados internacionales pueden excepcionalmente proteger los derechos humanos, mencionándose, como ejemplo, un caso relativo al personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán.³

Mencionamos líneas arriba, como una triste conclusión, los avances científicos logrados para apresurar el fin de la II Guerra mundial: la fabricación de la bomba atómica, la cual se encuentra presente en la mente de los gobiernos poderosos cuando los conflictos o las presiones bélicas los obligan a pensar en una conflagración mayor si ellos intervienen directamente, y sirve este pavoroso recuerdo de contención, para no propiciar el recrudecimiento de un nuevo movimiento, cuando se comenta que tal o cual país involucrado cuenta

2 Castañeda, Mireya, *Introducción al sistema de tratados de Derechos Humanos de Naciones Unidas, México, 25 años de CNDH, 2012, p. 40. (Col. Del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos).*

3 Idem.

con la receta para preparar una bomba nuclear que puede enviarse a cualquier lugar.

Siempre bajo la amenaza de una nueva Guerra Mundial con perfiles nucleares, los países más avanzados han tratado de evitar una nueva Guerra de dimensiones mundiales, pero no han logrado evitar frecuentes conflagraciones internas e internacionales. La llegada del fin del milenio como, al parecer, ha sucedido reiteradamente cada fin de siglo, motivó a líderes mundiales, en medio de una globalización poco exitosa, a buscar una enésima reunión para intentar, con todos los países miembros de la ONU reunidos, una nueva cumbre. Eso se dio con la convicción de la Organización coordinadora, la ONU, de la necesidad de colaboración de todos los países miembros que se comprometieran a ello y aceptaran la cooperación entre ricos y pobres, de forma indiscriminada y voluntaria, para apoyar metas específicas fijadas de mutuo acuerdo, ya que, sin esa colaboración, todas las otras cumbres y reuniones celebradas y por celebrarse no habrían logrado sus objetivos.

3. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2011 EN MÉXICO CON LA MIRA EN LOS DERECHOS HUMANOS

El impulso logrado en el fin del siglo pasado y durante todo su tránsito, respecto a los derechos humanos, se reflejó en muchos de los países miembros de la ONU en la búsqueda de cambios legislativos para resaltar la responsabilidad de los gobiernos en la protección, impulso y reconocimiento de estos derechos fundamentales de los seres humanos.

En México, por los años de 2000 a 2012, en los cuales estuvieron en la presidencia los representantes del Partido Acción Nacional en periodos de 6 años cada uno, el 2º periodo correspondió a un abogado que dio una muestra de profunda ignorancia de nuestro sistema constitucional cuando se publicitó que iba a presentar una propuesta cumbre del gobierno, dado que en nuestra Constitución no se contemplaban los derechos humanos sino simplemente se hablaba de las garantías sin hacer expresa mención de defensa de los Derechos Humanos. Como estos deberían incluirse expresamente para dignificar nuestra Constitución, promovió una reforma muy importante respecto al texto del Art. 1º de nuestra Constitución Política, introduciéndose en ella la

terminología “responsabilidades gubernamentales” de conformidad con la visión de la ONU respecto a los citados e importantes derechos..

Originalmente, sonó como una postura ignorante porque lo que aprendí en mis cursos en la Universidad sobre las cuestiones constitucionales y el Derecho y su defensa, a nivel constitucional, era precisamente la evolución histórica del origen y régimen de los Derechos Humanos, y todas las diversas teorías para fundamentar los derechos del hombre, como ser humano poseedor de dichos derechos por el solo hecho de haber nacido. Nuestra constitución, la primera en el mundo en contemplar los derechos sociales en su texto había creado todo un detallado sistema de garantías individuales, con un procedimiento especial para proteger los derechos humanos y su fundamento inexcusable que era el reconocimiento de estos derechos del hombre que cualquier ciudadano o habitante del país podría hacer valer mediante dichas garantías.

Estaba en México muy reciente el cambio político que le dio entrada a un grupo político diferente al que, por 1925 más o menos, logró crear las instituciones sociales y un sistema jurídico que contemplara muchos aspectos sociales y económicos para el país después de la Revolución, mediante la organización de un sistema jurídico humano y con visión social, preocupado por los derechos de los pobres, por la protección de los trabajadores y campesinos; en fin, de todos aquellos que de la miseria porfirista se habían levantado para luchar por un cambio logrado con su sangre y en muchos casos con su muerte.

El nuevo grupo, con ideas diferentes, propició cambios constitucionales para quizá mejorar su propia imagen a nivel internacional, con reformas jurídicas que tenían aspectos positivos y aspectos no muy bien analizados, especialmente en cuanto a su factibilidad, consecuencias e impacto al interior del país mismo.

Resulta necesaria y recomendable la lectura del ensayo del Maestro Juan Silva Meza, quien fue destacado Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien, con toda su experiencia y conocimientos, elaboró y publicó un artículo accesible por internet intitulado “*El impacto de la reforma constitucional en materia de derechos humanos en la labor jurisdiccional en México.*” Todo ello para comprender

con la mayor claridad, la importancia y lo que realmente aportó esta reforma en cuanto al régimen de los Derechos Humanos.⁴

Porque, en realidad, aquellas expresiones de los gobernantes del momento del cambio me parecían ser producto de su ignorancia de la historia y la verdadera evolución constitucional en México y la lectura documentada y experimentada del ensayo de Juan Silva Meza me ha hecho reflexionar con mayor tranquilidad y reconocer mi visión equivocada en cuanto a la posible mejora derivada de la introducción del nuevo texto del artículo primero y la necesidad de ver estos aspectos de la reforma constitucional de 2011, respecto a los Derechos Humanos de forma diferente; de igual modo, las reflexiones del maestro Silva como diferentes formas de entender, no sólo con la postura crítica de introducir como novedad lo que ya existía, sino de frasearlo de nuevo con una mirada más internacional, más *ad hoc* al momento actual.

Aun cuando su título claramente lo expresa, el enfoque del ensayo versa fundamentalmente sobre los aspectos en que la reforma citada impacta la labor jurisdiccional en nuestro país; también aborda de las transformaciones constitucionales en derechos humanos que permiten referirse a un importante cambio de paradigma en el derecho mexicano, el cual podrá obligar a todas las autoridades a tomar en cuenta la manera en la cual se incorpora el derecho a la alimentación, al deporte y la cultura física, que refuerza los derechos de la niñez como guía insoslayable de las políticas públicas al respecto, impactando lo penal, las acciones colectivas, el amparo, y obligando a reflexionar sobre su aplicación a las autoridades mismas y a analizar las acciones privadas en cuanto a su afectación y necesidad de análisis al presentarse el problema de sus violaciones.

La reforma es enorme, pues no se han en verdad previsto todos los efectos que puede darse, no sólo en el campo de los derechos humanos sino como consecuencia de las modificaciones de otros artículos y de las garantías que se establecían desde otros tiempos. Sin embargo, siempre hay que tener presente la inexistencia de un poder mágico de la ley que, con su simple aprobación y entrada en vigor, cambie las cosas en un país o lugar. Se requiere que su comprensión y eficacia

4 EL IMPACTO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS EN LA LABOR JURISDICCIONAL EN MÉXICO, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Año XVIII, 2012, pp. 151-172. Bogotá, ISSN-1510-4974. Passim.

vaya obligando a la aplicación y sus consecuencias, convenciendo a la población y las autoridades acerca de la necesidad de cumplirla, porque no podemos olvidar que el sistema jurídico en una sociedad democrática requiere de su aceptación e introyección por todos los beneficiarios y obligados.

La reforma del art. 1º precisa que la interpretación de la constitución y los tratados internacionales se ha de hacer siempre a favor de las personas para concederles la mayor protección, ordenando así a las autoridades, de acuerdo a sus competencias, respetar, proteger, promover y garantizar los derechos humanos a la luz de los principios de universalidad, interdependencias, indivisibilidad y progresividad que los informan, imponiéndole a las autoridades la obligación de prevenir, investigar, sancionar y reparar sus violaciones.

Es indudablemente previsible y cierto lo mucho que ha de estudiarse y comprenderse la significación de los principios textualmente agregados y precisados, por lo cual resulta innegable en cuanto a una modificación que impacta al orden jurídico del país el hecho de que, a pesar de no ser tan reciente y no acabar de reglamentarse, va a requerir de estudios, opiniones, jurisprudencia abundantes para su aplicación, comprensión y cumplimiento y la superación de actitudes de funcionarios que siguen con el vicio del autoritarismo y la aceptación de la impunidad y la corrupción.

Parecería que nuestras autoridades, en la emoción del juicio oral, han desatendido la verdadera comprensión de los compromisos constitucionales en cuanto a los Derechos Humanos y que todos los funcionarios del sistema jurídico están apenas contemplando lo que tendrán que estudiar para entender lo que enfrentan.

Si no fuera tan triste y vergonzoso serían risibles las actitudes prepotentes de algunos funcionarios del gobierno de la Ciudad de México: por ejemplo un importante director a cargo del área que administra las instituciones de la Ciudad de México en las que se internan los niños y jóvenes menores de edad relacionados con actividades delictivas de cualquier nivel y en las cuales viven durante su manejo y tratamiento, solicitó un trabajo de investigación sobre la situación de estos menores y la forma como se les deberían proporcionar condiciones de vida en tanto se les practican los estudios necesarios para decidir que ha de pasar con ellos; le pareció despreciable el trabajo que se le entregó pues era técnico y analítico, dentro de los compromisos

basados en la Convención de los Derechos del niño y lo relacionado con la protección de los Derechos Humanos de los menores.

Lo que él deseaba era que le proporcionaran datos de cómo, sin reformas legislativas sino con el régimen existente, se podía meter a los niños a la cárcel cuando se involucran en actividades delictivas, para castigarlos directamente sin más trámites e introducirlos a las prisiones inclusive de adultos, en vez de socializarlos, sin entender siquiera lo que implica el texto y los compromisos adquiridos con la firma de la Convención de los Derechos del Niño por México y aprobada por el Senado; sin entender también lo que se ha trabajado para lograr una óptica del manejo que debe aplicarse a estos menores, compromisos internacionales avalados por el Senado; inclusive el personaje, molesto, ordenó una especie de destierro y modificación de responsabilidades a la joven jueza administrativa que realizó el estudio y que no le apoyaba en sus decisiones.

Es triste pensar que haya cambiado todo, tantas cuestiones de nuestra hermosa Constitución política, para que las autoridades sigan actuando como si no hubiera cambiado nada, para seguir igual o peor.

Creo que ahora sí falta mucha seriedad en la formación y adaptación de los abogados, sobre todo en la óptica internacional, en el análisis de las reformas mencionadas que conllevan una gran cantidad de estudios y trabajo para modificar la manera como se ha venido aplicando, con prepotencia por parte de autoridades, tanto administrativas como judiciales y legislativas, en vez de estudiar y profundizar en el verdadero sentido de los contenidos legales.

A veces me pregunto en qué aspectos hemos fallado los profesores de derecho en cuanto a la formación de las nuevas generaciones de abogados y la obligación de actualizarse de los ya formados y en ejercicio de la profesión. Debemos, sin duda, incidir en profundizar en la cultura de la legalidad y ser mejores ejemplos para ellos.

Finalmente, parece ser que algo había que me molestaba en el fondo de la Reforma Constitucional; tal vez el pensar en la irresponsabilidad de los legisladores al redactar nuevos instrumentos jurídicos sin ajustarse claramente a los compromisos internacionales ni al verdadero sentido de nuestra constitución original; tal vez con la idea de poder hacer su voluntad sin estudiar ni documentarse un mínimo para actuar dentro de las previsiones y compromisos nacionales e internacionales.

Aun cuando no se publicaron los fundamentos de los cambios, solamente se hizo una descripción de los vicios imperantes en muchas partes del sistema penal y de ejecución de penas y medidas, críticas a la situación existente en el sistema penal-penitenciario para justificar la reforma; hicieron falta más estudios de sustento en ese momento por quienes intervinieron en la preparación sobre la propuesta de Reforma que sólo se manejó como un “paquete” legislativo proveniente de la presidencia; parece que los legisladores no profundizaron el trasfondo real de la propuesta y en la mayoría de los casos que siguen acaeciendo; sólo se ha cambiado para seguir igual.

Quizá como muchos, simplemente me conformé con mi molestia y crítica interna, pensando algunos cambios, si bien en mi criterio jurídico podrían afectar aspectos relativos a la organización federal y la soberanía de las entidades federativas, a la interpretación de los conceptos básicos de los acuerdos internacionales como el de “niño” que contiene la Convención correspondiente; esto sucedió tan silenciosamente que pasaron casi desapercibidos cambios posteriores como la reforma al artículo 73 respecto a las facultades del Congreso, en su fracción XXI, dando al traste al sistema federal y la soberanía de los Estados federalizados, al centralizar la posibilidad de legislar con leyes generales o nacionales..

Es decir, se abre la puerta a una nueva centralización del poder mediante la generación de leyes nacionales o federales, aplicables en todo el país, con una pobre participación de las entidades federativas frente al poder federal, siempre mayor en muchos sentidos y especialmente en lo económico y político, frente a congresos locales pobres, débiles y mal preparados, en una etapa de cambios a veces irracionales con un acento político y no analítico, tal vez a cambio de ceder su soberanía para obtener una mayor participación en los presupuestos estatales y federales para los gobiernos locales como sucede, por lo general, sin mucho estudio y sin exigir el reconocimiento de algunas reales diferencias regionales.

Desde luego, es importante aclarar que no todos los estudiosos de las cuestiones jurídicas están o estaban de acuerdo con los cambios. Puedo hacer mención de algunos trabajos valiosos que se elaboraron y publicaron con impresionante sincronía, como los trabajos de Sergio

García Ramírez y Olga Islas de González Mariscal, publicados por el INACIPE y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.⁵

Estas críticas deberán dejar a salvo los aspectos positivos contenidos en la multicitada Reforma, sin obviar, sin embargo, las fuertes objeciones que se han desatendido y que corresponden, así como las que podrán surgir en tanto se aplica realmente la nueva normatividad que falta de publicarse, incluyendo la penitenciaria que parece ser más de lo mismo.

4. EL NUEVO MILENIO, LA CUMBRE DE 2000 Y LOS OBJETIVOS MUNDIALES PARA 2015

En la visión internacional, los problemas no sólo legislativos sino políticos y económicos se han seguido presentando y la Organización para las Naciones Unidas ha tratado de apoyar aspectos como la aplicación real del Estado de Derecho y de los Tratados y Acuerdos internacionales, especialmente los relativos a los derechos humanos, impulsados por ella durante el final del siglo XX que, como ya comenté, al no poder evitar la reiteración de conflictos bélicos en distintas partes del mundo, induce un nuevo y más coordinado concepto de la tragedia para muchos pueblos en los diferentes continentes, impulsando, desde sus sedes e institutos, la búsqueda de posibles soluciones a las consecutivas crisis que se presentan.

La ONU ha promovido constantemente reuniones y Conferencias en la búsqueda de una coordinada participación y colaboración de todos los países miembros de su Organización, con el fin de lograr una mayor unificación de criterios en las posibles soluciones de los conflictos y las tragedias humanas frecuentemente enfrentadas.

Así, el fin del S. XX permite convocar a uno de los más grandes eventos, para el cual se cuenta la participación de casi todos los países miembros: la denominada Cumbre del Milenio, en el año 2000.

5 Se recomienda la lectura de los libros relativos a "La Reforma Penal Constitucional 2007-2008", (Porrúa) el elaborado por Sergio García Ramírez así como el coordinado por él y por Olga Islas "La situación actual del sistema penal en México. XI Jornadas Sobre Justicia Penal". INACIPE, IJ. Publicados por Porrúa y por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE).

En su desarrollo, 189 países asistieron y se comprometieron a crear a nivel interno e internacional un entorno adecuado para el desarrollo y la eliminación de la pobreza hacia el año 2015, fijando ocho metas específicas enunciadas así:

“Objetivo 1: Erradicar la pobreza extrema y el hambre, lo cual podría lograrse mediante un esfuerzo especial de los países que lo sufren, con programas alimentarios directos, estimulación para la obtención de un ingreso aun cuando mínimo aún sea mayor a un dólar al día, estimulando la generación de empleos formales en especial para jóvenes y mujeres.

Objetivo 2. Lograr la enseñanza primaria universal, asegurando que en todos los países, niños y niñas por igual, puedan terminar íntegro el ciclo de enseñanza primaria con una calidad uniforme y mejorada.

Objetivo 3. Promover la igualdad entre los géneros y la autonomía de la mujer, antes del fin de 2015 tomando en cuenta que es generalmente la madre, ante la desaparición del varón en la familia, por muchas y diferentes causas, la que se hace cargo de la vida y educación de los hijos, con las graves limitaciones de su impreparación para el efecto, de acuerdo con su condición de personaje de segunda clase en las sociedades.

Objetivo 4, Reducir la mortalidad infantil de niños menores de cinco años, cuando menos en dos terceras partes, ocasionada generalmente por causas prevenibles como enfermedades y desnutrición.

Objetivo 5. Mejorar la salud materna, Asimismo reduciendo su mortalidad en tres cuartas partes con medidas que fácilmente se pueden aplicar para evitarla, con atención durante el embarazo.

Objetivo 6. Combatir el VIH/SIDA, el paludismo y otras enfermedades mortales, algunas curables y contagiosas, mediante el acceso universal a su tratamiento efectivo y reduciendo la propagación de todas las que son prevenibles y tratables apoyando a todos los que lo necesiten.

Objetivo 7. Garantizar el sustento del medio ambiente, mediante programas nacionales para proteger los recursos en peligro y deteniendo lo más posible la pérdida de la diversidad biológica a la mitad, en los años iniciales del S. XXI e incorporando los principios del desarrollo sostenible en las políticas y programas nacionales

reduciendo la pérdida de recursos del ambiente y de la diversidad biológica y la cantidad de personas sin agua potable y sin servicios básicos de saneamiento en zonas marginales.⁶

Objetivo 8. Fomentar una asociación mundial para el desarrollo, este es el punto final de amplio contenido variable en lo económico, pero no solo en eso; pues podemos observar que insiste y sobresale lo no discriminatorio y para complementar la referencia de atender las necesidades especiales de los países más desposeídos, impulsando más un sistema comercial y financiero, abierto, reglamentado, previsible y no discriminatorio, (con la denominación general de Programa de Acción para el desarrollo sostenible) proyectado nacional e internacionalmente contemplando medidas para hacer sostenible la deuda de los países pobres, así como buscando alcanzar la cooperación con las empresas farmacéuticas para proporcionar acceso a los medicamentos esenciales a precios accesibles, en los países en desarrollo y cooperando con el sector privado para dar acceso a los beneficios de las nuevas tecnologías en especial las de la información y de las comunicaciones a todos los países como una forma para impulsar el desarrollo.

Con la idea de fortalecer dichos objetivos, se organizaron diferentes instrumentos y compromisos y se fijaron etapas para observar los avances que periódicamente se verificarían, en los países más atrasados principalmente por ser los que mayores dificultades podrían tener para lograrlo en 2015; fue así como se comenzó a detectar que, pese a los importantes avances que se iban teniendo, persistían muchísimos retrasos y, conforme se acercaba el vencimiento del plazo, resultó evidente de que no se podría cumplir en tiempo por parte de todos los países miembros.

Durante la celebración del 13º Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y la Justicia Penal, se hizo patente la necesidad de buscar opciones para lograr la meta general de la Cumbre 2000 de estabilizar los Derechos y satisfacer las necesidades básicas de todas las personas del mundo sin discriminaciones, para alcanzar finalmente una convivencia pacífica mundial.

6 Accesible en Internet www.undp.org/content/undp/es

7 Accesible en internet. <http://action2015.org/es/>

5. REVISIÓN DE AVANCES Y LA IMPOSIBILIDAD DE CONSUMAR LOS OCHO OBJETIVOS ACORDADOS EN LA CUMBRE DE 2000

En realidad, para los decenios finales del S. XX ya se conocía la importancia y necesidad de la cooperación de todos los países miembros de la ONU para acercarse a la meta que todos los seres humanos buscan alcanzar; se sabía de una gran cantidad de personas que estaban muy lejos de tener ni siquiera un mínimo nivel de supervivencia. No se diga la posibilidad de alcanzar metas de reconocimiento de su condición y derechos humanos; millones de personas viviendo, si eso es vivir, en la pobreza extrema y muchos más en la pobreza que les imposibilita alcanzar un sistema de vida esperanzador, un trabajo adecuadamente remunerado y esperanzas de alimentación, agua e higiene para evitar la muerte por enfermedades prevenibles y evitables.

En la preparación del décimo tercer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y la Justicia Penal, se incluyó entre los temas 3, 4, 5 y 6, la discusión de los éxitos y problemas en la aplicación de políticas y estrategias amplias de prevención del delito y justicia penal, con vistas a promover el estado de derecho a nivel nacional e internacional. La propuesta era apoyar el desarrollo sostenible, la cooperación internacional, inclusive a nivel regional, además de combatir la delincuencia organizada transnacional observando los enfoques amplios y equilibrados para prevenir y afrontar adecuadamente las formas nuevas emergentes de delincuencia transnacional y los enfoques nacionales de la participación pública, tomando en cuenta el fortalecimiento de ambos puntos nodales del Congreso: prevención delictiva y justicia penal.

Precisamente por eso se presenta prácticamente en la inauguración del Congreso el proyecto de Declaración de Doha que es aprobado sin discusión, en el cual se aborda la integración de los dos temas en el marco más amplio del programa de las Naciones Unidas con una visión económica, social, ambiental y jurídica, y con la participación pública.

Ha sido mediante la intervención eficaz e inteligente de la ONU que se relanza como indispensable y como obligatoria la protección y el reconocimiento de los Derechos Humanos, mezclando justificaciones económicas y filosóficas, sociales y humanitarias, para la reconsideración de objetivos, admitiéndose su necesaria importancia

y confirmación de validez de los ocho ODM propuestos y acordados; éstos, llegado 2015, no se habían podido alcanzar totalmente a pesar de haberse obtenido un importante avance cuantitativo.

Es interesante esta breve referencia al 13er Congreso de ONU sobre los temas penales y delictivos, porque involucra como ineludible el desarrollo, el crecimiento y reconocimiento de derechos humanos, incluyendo los económicos.

Se reconoce plenamente la imposibilidad para alcanzar los ODM y se inicia la formulación de una nueva propuesta, incluyendo una serie de objetivos generosamente formulados y reconocidos, al fijarse un nuevo plazo, admitiendo la importancia y los avances reales logrados con las determinaciones de los OD y la necesidad de una permanente cooperación entre todos los países. Con eso se busca conjuntamente una vida de paz y armonía para todos, ricos y pobres, blancos y negros, mestizos en la realidad, pero todos necesitados del manejo y protección de sus derechos humanos, como la única ruta segura para una vida plena.

6. LOS NUEVOS OBJETIVOS CONTEMPLADOS EN LA AGENDA PARA EL DESARROLLO 2030

En septiembre de 2015, Helen Clark, Administradora del PNUD (Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo), con motivo de la Celebración de la Cumbre para el Desarrollo Sostenible, realizada en esas fechas, expresó que “Este año, los líderes mundiales tienen la oportunidad sin precedentes de poner el mundo en la senda del desarrollo incluyente, sostenible y resiliente.”⁸

Estos nuevos objetivos, que duplican prácticamente los acordados ODS, son 17 de desarrollo sostenible y 169 metas que demuestran la

8 En Google encontramos infinidad de referencias al término *resiliencia*, no expresado en el Diccionario de la Real Academia Española, ed. 22. En internet se pueden ver gráficas y fotografías, remitiendo a diccionarios de psicología y conceptos de ecología, aplicado en dicha Cumbre y las posteriores reuniones enfocadas al desarrollo sostenible, y se usa aun cuando se le reconoce como una característica de perfil psicológico, referida a la fortaleza de las personas, y en el caso de las reuniones internacionales, especialmente convocadas por la ONU la vemos con frecuencia escrito como “resilencia” o resiliencia, respecto a seres vivos en general, humanos, vegetales y animales, concebida como resistencia y fortaleza ante la adversidad, superación de los desastres y las tragedias incluso ante la muerte.

magnitud de la nueva y ambiciosa Agenda universal; con ellos se pretende lograr lo que con los anteriores no se consiguió, señalándose que también incluyen una visión más amplia de éstos, registrados en la *Agenda 2030 para el desarrollo sostenible*.⁹

Esta Agenda incluye los mencionados, los ocho reconocidos como Objetivos Mundiales (ODM), basados en los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODS) ya referidos líneas arriba, que el mundo se comprometió a alcanzar en 2015 y no lo logró. Los adoptados en 2000 apuntaban a una serie de áreas que incluían la reducción de la pobreza, el hambre, las enfermedades, la desigualdad de género, así como la ampliación del acceso al agua y el saneamiento ambiental. Los avances logrados demuestran el valor de una agenda unificadora apoyada por cooperación de diversos países, con metas y objetivos, aunque la indignidad de la pobreza no se haya terminado para todos.

El documento publicado en internet por el PNUD expresa como los nuevos objetivos mundiales y la agenda para el desarrollo sostenible van más allá de los ODS, abordando las causas fundamentales de la pobreza y la necesidad universal de que el desarrollo alcance a todas las personas de manera que realmente se logre paz y convivencia de todos para la satisfacción de una vida plena.

Helen Clark reiteró que “este acuerdo marca un hito importante al poner nuestro mundo en un curso integrador y sostenible. Si todos trabajamos juntos, tenemos la oportunidad de cumplir las aspiraciones de los ciudadanos de paz, prosperidad y bienestar y preservar nuestro planeta.”¹⁰

En el documento citado aparece otro inciso sobre el papel que desempeña el PNUD en cuanto a los OD que se relacionan con los 17 objetivos del desarrollo sostenible, con áreas directas de intervención

9 Disponible en www.undp.org/content/undp/es

10 El esquema de la AGENDA PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE 2030, Se puede ver en Internet libremente Y se transcriben algunos datos de dicho documento como las palabras expresadas por Helen Clark, hablando de resiliencia (también se encuentra como resilencia) es un adj. iene del latín *resilio* que significa “volver al estado original, recuperar la forma original”, como lo expresa Edith Grotberg (1997 y 2006) que en psicología se entiende como la capacidad del ser humano para hacer frente a las adversidades de la vida, aprender de ellas, superarlas o inclusive ser transformado por ellas, en Melillo, A. y Suarez, E.(comps.) en RESILENCIA. DESCUBRIENDO LAS PROPIAS FORTALEZAS. , 2005, PAIDOS, B.A.

del Plan Estratégico del PNUD, sobre desarrollo sostenible, gobernabilidad democrática, consolidación de la paz, y la resiliencia ante el clima y los desastres naturales

El PNUD cumple 50 años de trabajar conjuntamente con el sector privado y los gobiernos nacionales para fomentar el empleo, crear cadenas de valor y formular políticas y reglas que contribuyan al progreso de los objetivos nacionales y la agenda global del desarrollo, usando el modelo de los años sesenta del siglo pasado cuando, por ejemplo, se impulsó la creación de centros de formación de personal de aviación en Estambul. En América Latina y el Caribe, se encontraban muchísimas personas saliendo de una época colonial y surgían nuevos países, intentando sus propios caminos hacia la democracia, con comisiones de la verdad y justicia fortaleciendo sus propias instituciones nuevas, para mejorar la vida de hombres y mujeres.

Sin embargo, también se reconoce como ha habido conflictos armados en diferentes países y regiones como el de Colombia que se acerca al fin pero no acaba de cerrarse; en esta prolongada etapa, “el concepto de desarrollo ha cambiado el “que”, con el concepto de que no basta crecer: las ganancias tienen que ser en lo social, lo económico y lo ambiental—*sin dejar a nadie atrás, ya que, si no es sostenible, no es desarrollo.*” Y también ha cambiado el “como”; ya no se habla de ayuda al desarrollo sino de “asociaciones” para el desarrollo con un planteamiento de cooperación mayor, Sur -Sur.¹¹

América Latina adelanta en buena medida en los ODM en los países de renta media (con un ingreso promedio de 10 dólares al día). Es casi la única región que creció, reduciendo la desigualdad de ingresos y la pobreza y avanzando en política social.

Pero aún se está muy lejos de superar los límites del concepto de pobreza al menos para un tercio de la población total de América Latina, calculada, por ejemplo, en una interesante participación, accesible en internet en una clasificación cercana a la pobreza con un ingreso de menos de 4 dólares al día; por eso, permanecen en situación de riesgo, en la cual un desastre natural o shock financiero externo o enfermedad grave en familia los llevaría a caer en la pobreza.

11 Internet, Faieta, Jessica, subdirectora General de ONU y Directora de PNUD para América Latina y el Caribe. BLOG, PNUD, 50 años, 16 de marzo de 2016.

Además, se tiene que aceptar: subsiste todavía un gran número de personas con un ingreso familiar de 1 dólar al día, insuficiente para la satisfacción de las necesidades básicas (pobreza extrema) que, si bien ha disminuido en números importantes, debería de haber subido a un mejor grado en 2015 o desaparecido totalmente. Es importante señalar que se toman como reales los datos estadísticos gubernamentales que frecuentemente falsean sus cantidades por intereses políticos o por corrupción.¹² *(El comentario final es mío) pues, en su mayoría, son grupos o personas que carecen de un “colchón” para mantenerse en tiempos de crisis, como empleo decente, seguro social y de salud y también ciertos activos como una casa propia.*

Afirma Faieta, en una interesante participación abordable en internet, que los nuevos Objetivos del Desarrollo Sostenible (ODS) deberán comenzar a implementarse este 2016 en países pobres y ricos, formulándose políticas distintas y conjuntas de todas las dependencias gubernamentales que no se han de ver a sí mismas como partes aisladas del todo: salud, educación, vivienda, alimentación, trabajo, así como una oportunidad de repensar el progreso y observarlo a través de sus múltiples dimensiones. El bienestar de la gente va más allá de su puro ingreso y debe observarse con mayor amplitud, como “desarrollo humano”, acercándose a los grupos más rezagados, tomando los nuevos 17 ODS como retos compartidos, con un fuerte componente social, hacia una agenda universal de sostenibilidad, atendiendo el cambio climático, el medio ambiente, la protección de las especies vegetales y animales, invirtiendo en la generación de energías limpias y reduciendo las desigualdades entre las personas, con crecimiento. Claro que eso se da no a cualquier costo sino protegiendo la biodiversidad y *sin dejar a nadie atrás*. Basta ya de simulaciones y permisos fingidos con estudios de sustentabilidad falsos. Hay que cumplir con el futuro y aprovechar realmente las fuentes de financiación, los ejes económicos, ambientales y sociales contemplados en los ODS.¹³

Siguiendo la idea de la citada autora, el Desarrollo no solo es económico sino humano, utilizando datos diferentes.

Al aprobarse los ODS en la nueva Agenda para el Desarrollo Sostenible, se reitera que los ODS, también conocidos como Objetivos

12 Faieta, Jessica, *ibidem*, Blog, 16 de marzo 2016.

13 *Ídem*.

Mundiales, están basados en los Objetivos de Desarrollo del Milenio, los ocho objetivos aprobados en la cumbre de 2000, sin superarse para todas las personas, como era la meta, la indignidad de la pobreza, lo cual impulsó la creación de los nuevos Objetivos Mundiales Sostenibles; éstos presuponen el trabajo conjunto de todos los seres humanos y todos los países, pudiéndose observar, empero, una especial ampliación de metas y medios para lograrlo, superando criterios principalmente económicos y ampliándolos a cuestiones que se han detectado como impedimentos para avanzar en el desarrollo sostenible.

Se puede apreciar en la lista de abajo, de manera muy abreviada, la enumeración de los 17 Objetivos acordados, que comprenden acciones indispensables para alcanzar el ideal de desarrollo humano sostenible, casi en un orden jerárquico. La mayoría de ellos requieren del anterior o varios más para su realización, aunque no necesariamente es cuestión de orden, ya que, en general, se implica que todos han de cumplirse para ir alcanzando al cumplimiento de los otros.

Se enuncian los objetivos del desarrollo sostenible de la siguiente manera:

1. Poner fin a la pobreza en todas sus formas, en todo el mundo.
2. Poner fin al hambre, logrando seguridad alimentaria, mejor nutrición y promover la agricultura sostenible.
3. Garantizar una vida sana, y promover el bienestar para todos en todas las edades.
4. Garantizar una educación inclusiva, equitativa y de calidad y promover oportunidades de aprendizaje durante toda la vida para todos.
5. Lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas.
6. Garantizar la disponibilidad de agua y su gestión sostenible y el saneamiento para todos.
7. Garantizar el acceso a una energía asequible, segura, sostenible y moderna para todos.
8. Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos.

9. Construir infraestructuras resilientes, promover la industrialización inclusiva y sostenible y fomentar la innovación.
10. Reducir la desigualdad en y entre los países.
11. Lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros resilientes y sostenibles.
12. Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles y responsables.
13. Adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos
14. Conservar y utilizar de forma sostenible los océanos las mareas y los recursos marinos.
15. Proteger, restablecer y promover el uso sostenible de los ecosistemas terrestres, gestionar los bosques de forma sostenible, luchar contra la desertificación, detener e invertir la degradación de las tierras y poner freno a la pérdida de la diversidad biológica.
16. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles.
17. Fortalecer los medios de ejecución y revitalizar la Alianza Mundial para el Desarrollo Sostenible.

En el documento de PNUD ilustrado, se obtuvieron los datos transcritos, presentados a colores para distinguir cada objetivo resumido como un título muy breve, a fin de finalmente comentar que se tomó en cuenta la importancia de sistematizar un curso integrador en una agenda que avance realmente en las metas señaladas. Sin la existencia de los objetivos atendidos en la Cumbre del 2000, en la forma en que se acordaron, no se habrían obtenido los avances que, aun siendo insuficientes, significan un adelanto impresionante, con la salida de atrasos ancestrales de miles de familias en diferentes lugares del globo terrestre y con una valiosa colaboración internacional.

Es importante la referencia al 9º periodo de sesiones de la Asamblea General en el cual se presentó el Proyecto final de la Cumbre de las Naciones Unidas con miras a la aprobación de la Agenda para

el desarrollo después de 2015, referido en los Temas 13 y 115 del Programa.¹⁴

El 12 de septiembre de 2015, el Presidente de la Asamblea General presenta, como se había acordado, el Proyecto de documento final para la aprobación de la agenda para el desarrollo después de 2015, intitulado *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.*, en cuyo Preámbulo se precisa que es un plan de acción en favor de las personas, el planeta y la prosperidad y que tiene como objeto fortalecer la paz universal dentro de un concepto más amplio de la libertad.

Se reconoce que la erradicación de la pobreza en todas sus formas y dimensiones, incluida la pobreza extrema, es el mayor desafío a que se enfrenta el mundo y constituye un requisito indispensable para el desarrollo sostenible, pues, *sin alcanzar esta meta, el desarrollo no es sostenible, así que, al emprender juntos este viaje, prometemos que nadie se quedará atrás.* El viaje deberá ser implementado por todos los países mediante una alianza de colaboración, con 17 objetivos de Desarrollo Sostenible y 169 metas correspondientes a los propósitos que se enuncian en esta ambiciosa nueva Agenda Universal. Retomando los Objetivos del Desarrollo del Milenio para lograr lo que no se pudo en su momento, haciendo realidad los *derechos humanos* de todas las personas, con un carácter integrado e indivisible. Para eso se hace necesario conjugar en las tareas dimensiones del desarrollo sostenible (económico, social y ambiental) para beneficio de todos los seres humanos que realicen su potencial con dignidad e igualdad, en un medio saludable. Así se protege el planeta de la degradación, mediante el consumo y producción sostenibles para satisfacer las necesidades de las generaciones actuales y futuras.

Se comentó líneas arriba cómo es indispensable, dada esta indivisibilidad de metas y objetivos, que algunos se cumplan para poder avanzar en otros y es importante involucrar a todos los países en esta nueva aventura, por lo cual se considera indispensable avanzar especialmente en el aspecto ambiental puesto que implica la posibilidad de supervivencia para muchos seres humanos. Así con la superación de la pobreza. En realidad, podemos revisar los ODS y entendemos como es necesario avanzar en cada uno para poder avanzar en los demás.

14 Accesible en internet, Asamblea General, 16 de dic. De 2014, A/69/L.43

7. LA CONFERENCIA DE LAS PARTES DE LA CONVENCIÓN MARCO DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE CAMBIO CLIMÁTICO. (COP21)

Con esta idea de concatenación, resulta explicable el interés que la ONU ha puesto en la realización de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático; ¿Cómo podríamos pensar en la paz, en la satisfacción de necesidades y aspiraciones, si no existiera la tierra, si permitimos su destrucción, parte por parte, con la desaparición de seres vivos, de tierras labrantías, del clima que permite las estaciones y el cultivo agrícola que genera la alimentación para todos? ¿De los mismos seres humanos que la habitamos? Es el principal faro intergubernamental internacional para negociar la respuesta mundial al cambio climático¹⁵, pudiéndose observar los resultados de la Conferencia de París como positivos (COP21) pese a que muchos autores y observadores los consideran insuficientes.

Cuando se acuerdan los ODM, ya estaba a la vuelta de la esquina la celebración en París de la Cumbre del Clima reconocida como COP21, abreviado del inglés para la 21ª Cumbre de Naciones Unidas sobre Cambio Climático, considerada igualmente de indispensable aprobación para iniciar los avances de la Agenda que estamos comentando, tan ligada al posible alcance de los ODS. Las fechas fijadas para su celebración fueron del 30 de noviembre al 11 de diciembre de 2014, congregando 195 países a fin de redactar un sustituto para el Protocolo de Kioto e signar el primer acuerdo universal de lucha contra el cambio climático; los puntos más importantes o deseables en su contenido se enuncian adelante, aun reconociendo los cuestionamientos de los que lo consideran muy ambicioso e inalcanzable.

1. Se presenta como ideal para iniciar la solución del problema climático y comenzar a obtener resultados, la idea de mantener la media de temperatura mundial muy por debajo de los 2 grados centígrados buscando cuando menos el 1.5 como máximo, para evitar los efectos catastróficos que amenazan a todos los países insulares con su desaparición total y los ubicados en las orillas

15 Asamblea General, A/69/L.85, p. frontal. 12, agosto, 2015. Contiene una más detallada explicación de los 17, ODS. Y de los medios de implementación y la Alianza Mundial así como el seguimiento y examen de la implementación de la Agenda. Durante los próximos 15 años a nivel nacional y mundial.

- del mar, que sigue aumentando sus niveles, con los deshielos provocados por el cambio de temperatura.
2. El acuerdo se considera legalmente vinculante, con algunas limitaciones para poder garantizar su cumplimiento aunque en realidad no lo es legislativamente.
 3. 187 países han entregado ya sus compromisos nacionales de lucha contra el cambio climático exigibles en 2020.
 4. Los países revisarán sus compromisos al alza a cada 5 años para asegurar el mantenimiento de temperatura debajo de los 32 grados, previéndose mecanismos de transparencia en el seguimiento.
 5. El objetivo de apoyo a largo plazo es limitar las emisiones de gases en cuanto sea posible, so penas económicas para lograr las cero emisiones netas en 2050.
 6. Los países desarrollados han de contribuir a financiar la mitigación y adaptación en los Estados en desarrollo, movilizandoo un mínimo de 100,000 millones de dls. anualmente a partir de 2020, para apoyar a los países en que no cuentan con los fondos y sustitutos necesarios y revisar los datos al alza antes de 2025 ya que muchos estudiosos consideran insuficiente el cambio propuesto.
 7. Se identifica la necesidad de poner en marcha el proyecto. Mecanismos de Pérdidas y daños asociados a los efectos del cambio climático, cuyo texto podrá ser ratificado en un año a partir del próximo 22 de abril, Día Internacional de la Madre Tierra y requeriría para su efectividad la firma de cuando menos 55 países, quedando depositado en la sede de Naciones Unidas de Nueva York.
 8. Las claves de este acuerdo son las siguientes:
 1. *Metas*: Que todos los países deberán alcanzar un techo en sus emisiones de gases de efecto invernadero, lo antes posible para lograr mantener como temperatura media entre 1.5 y 2 grados.
 2. *Mitigaciones* (sic): El instrumento principal para el acuerdo son las llamadas *contribuciones nacionales* que están negociando los

186 países de los 195 que acudieron a la reunión, los cuales ya presentaron sus planes para la reducción de sus emisiones.

3. *Vinculación*, Oficialmente se busca que sea vinculante el acuerdo, pero no lo serán los objetivos de reducción de emisiones en cada país, ya que éste fue el problema principal para la validación del Protocolo de Kioto, pues, por eso, muchos países decidieron no participar en la anterior negociación. Se intenta buscar una opción que sea bastante intensa pero no obligatoria, con posibles condiciones.
4. *Financiamiento*. Para que los países con menos recursos puedan adaptarse a los efectos del cambio climático y reducir sus emisiones, se estableció la obligación de que exista ayuda internacional, creándose un fondo de 100,000 millones de dólares a partir de 2020 para ayudar a los países en desarrollo a fin de facilitarles la adaptación al cambio climático.

Resulta esperanzador el hecho de que muchos países al parecer se hayan concientizado de los problemas de la humanidad y de que la colaboración de todos puede empezar a resolverlos. El avance logrado en los primeros 15 años del milenio en cuanto a superación de pobreza y adelantos en los ODM, aun sin haberse logrado todo lo buscado en el plazo fijado, viendo los números logrados en cuanto, por ejemplo, miles de personas han superado la pobreza, hace valiosa la realización de las Cumbres y el hecho mismo de que los países más resistentes al compromiso como China y Estados Unidos hayan hecho un acercamiento y dado muestras de comprensión de la problemática. Ello hace ver alguna posibilidad de cambio en la postura totalmente intransigente en otras reuniones.

Sin duda, todavía falta mucho por ver en cuanto a realidades y avances, pero ya no se ve como imposible la colaboración internacional y la concientización de que el daño afecta a todos, ricos y pobres, avanzados y rezagados. Quizá con eso confirmaremos, en nuestra formación profesional y humanista, que es la educación el mejor puente para un mejor mundo, educación para funcionarios públicos, gobernantes que en algún momento pueden o deben tomar las decisiones. Además de observar como los efectos nefastos del cambio climático, descontrolado totalmente, han lastimado a la población

y causado estabilidad de los países más desarrollados de manera incontenible.

8. LOS INFORMES SOBRE EL DESARROLLO HUMANO (IDH) DE LA ONU

La idea de la cooperación de los países, impulsada por la ONU, se reitera en la Agenda 2030 y se reconoce, como parte fundamental para alcanzar su cumplimiento, el apoyo en el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo,(PNUD), el cual se ha hecho cargo de la revisión periódica formal, apoyado en un Plan Estratégico que subraya algunos aspectos o áreas como fundamentales: el desarrollo sostenible, la gobernabilidad democrática, la consolidación de la paz y la resiliencia ante el clima y los desastres naturales.

Es a partir de 1990 que el PNUD publica periódicamente los informes sobre el desarrollo, enfocando a los países de manera diferente, mediante tres maneras diferentes de analizar e impulsar: MAPS (por sus siglas en inglés) que implica la integración en las políticas generales (*Mainstreaming*), Aceleración (*Acceleration*) y apoyo a las políticas (*Policy support*.)

Esta forma de analizar los avances e incluirlos en un informe periódico da lugar a la utilización del término Desarrollo Humano, fijando a la vez un índice de desarrollo humano (IDH) como método para medir el avance en los ODS, a partir del abordaje de temas como: concepto y medición del desarrollo, su financiación, sus dimensiones internacionales, la participación popular y no exclusivamente los medios tradicionalmente utilizados por conocedores avanzados, sino todos los involucrados en su cumplimiento y quizá beneficiarios en sus logros: las nuevas dimensiones de la seguridad humana, el desarrollo en relación con el género, el crecimiento económico, las medidas utilizadas para erradicar la pobreza, el consumo como impulso para el desarrollo que implica de forma inexcusable la generación de empleos y el impulso a los empleos decentes. Eso con ingresos suficientes, prestaciones y estabilidad, respeto e impulso a los derechos humanos, la mundialización con rostro humano, los avances tecnológicos, la democracia en un mundo fragmentado, la libertad cultural, la cooperación para el Desarrollo Humano (DH en lo sucesivo), la lucha contra el cambio climático, la movilidad y el DH, la verdadera riqueza

de las naciones, la sustentabilidad y la equidad a partir de 2013, el ascenso del Sur.¹⁶

Los informes sobre el DH preparados y publicados por el PNUD pueden ser consultados y cotejados con otros informes locales o regionales, con investigaciones sobre los temas mencionados o bien acerca de un País o región, abordando aspectos políticos, económicos. Igualmente se analizan las condiciones de respaldo del PNUD en aspectos considerados importantes como educación, salud e ingresos, valiéndose comentar que no ha habido retrocesos a partir del nuevo siglo, aunque no ha sido el progreso homogéneo en todos los países de los que se tiene información.

En una publicación de la ONU específica sobre los informes de desarrollo humano, en general, se anota que el primer informe sobre Desarrollo humano que se publicó, como se comenta arriba, en 1990, “se inicia con una premisa simple que ha orientado todo el quehacer posterior: *“La verdadera riqueza de una nación está en su gente”*¹⁷, iniciando con esta afirmación el cambio respecto a los datos empíricos y la nueva forma de concebir y medir el desarrollo, lo que ha impactado de manera profunda las políticas del desarrollo en todo el mundo, ampliando las oportunidades para las personas.

Resultan interesantes para los demás países porque se comentan en ellos las estrategias y actividades realizadas en los países que han avanzado más y se hacen proyecciones a futuro sobre el crecimiento y posibilidades de algunos de ellos, que evolucionan con mayor rapidez que otros, tomando en cuenta los criterios y valores mencionados, midiendo, por ejemplo, las políticas en favor de los pobres y las inversiones significativas en la capacitación de las personas y tomando en cuenta educación, nutrición, salud, habilidades para el empleo que pueden expandir el acceso al trabajo digno y a un progreso sostenido,

16 Esta transcripción ofrece un perfil muy claro de la visión de lo que ha de observarse para entender el Desarrollo Humano como mensurable y observable, que ha impulsado una metodología e inclusive la creación de carreras universitarias y concepciones académicas especiales sobre dicha visión. El comentario general es mío basado en la publicación anotada en nuestra anterior nota 6 sobre el significado e importancia actual a la resiliencia.

17 Internet, Google, Programa de la ONU sobre Desarrollo Humano. Consulta libre, 30/marzo/16.

como se comenta en el Prólogo del IDH de 2013.¹⁸ Se mencionan también en el Prólogo las 4 áreas de impulso al desarrollo que se reconocen como: mejora de la igualdad incluidos los avances en la equidad de género, la dotación de voz y participación de los ciudadanos en las decisiones, incluidos los jóvenes, la confrontación de presiones ambientales con todas sus consecuencias destructivas (que requieren recuperación de los daños ocasionados), tomándose en cuenta, además, el cambio demográfico, es decir, las variaciones en cuanto a los volúmenes y diferentes variaciones en la población.

Se menciona igualmente que, conforme se hacen más complicados los desafíos para el desarrollo, se enciende como esencial la coordinación transfronteriza acordada en cuanto a los desafíos más importantes y urgentes como la pobreza, el cambio climático, la paz y la seguridad, utilizando la intercomunicación mediante actividades como el comercio, las migraciones, las tecnologías de información y comunicaciones en las cuales se basan las decisiones políticas que impactan uno y otro lugar como las crisis alimenticias, financieras y climáticas, que atraviesan fronteras sin reglamentos ni normatividad.

Esto hace notoria la importancia de la intermediación del PNUD en países y organizaciones que integran la sociedad civil, los gobiernos y las empresas multinacionales, ayudando a su actualización, equilibrio, transparencia y rendición de cuentas, aspectos de extraordinaria importancia para la participación civil y la integración de la población de los países afectados como instrumentos básicos de estabilidad social.

Por primera vez, en 150 años, la producción de los tres países en desarrollo con mayor avance iguala al PIB combinado de las potencias industriales más consolidadas del Norte: Canadá, Francia, Alemania, Italia, Reino Unido y Estados Unidos, produciendo un reequilibrio del poder económico mundial. "En 1950, China, India y Brasil juntos representaban sólo el 10% de la economía mundial, mientras que a los seis líderes económicos tradicionales del Norte les correspondía más de la mitad."¹⁹ Según el informe que comentamos, para 2050 estos mismos países serán responsables del 40% de la producción mundial y superarán al bloque formado por el llamado G7.

18 Prólogo Informe Desarrollo Humano 2013. El ascenso del Sur Progreso humano en un mundo diverso. Se pueden consultar libremente los Informes en internet,

19 Datos del mismo Informe 2013.

Las dimensiones de la población de la región, observadas como consumidores y ciudadanos, hacen un especial impacto sobre el DH, lo cual se convierte en un multiplicador de las innovaciones e iniciativas empresariales, pero también hace importante que se requieran cuestiones como la afirmación de que “es deseable que este crecimiento esté acompañado por una creciente desigualdad en los ingresos, patrones insostenibles de consumo, elevado gasto en defensa y escasa cohesión social”²⁰

El documento que se comenta también subraya que la equidad es un elemento fundamental para el verdadero desarrollo humano y que la participación de un gobierno desarrollista proactivo produce un mejor aprovechamiento de los mercados mundiales y el impulso de las políticas sociales basadas en visiones innovadoras; generan, además, un mejor desempeño en indicadores sociales como la salud y la educación, desechándose las imposiciones colectivistas y centralizadas, oponiéndose a la liberalización irrestricta impulsada por el Consenso de Washington.

Los impulsores para el desarrollo humano se establecen en los Informes de la siguiente forma:

1. Estados comprometidos utilizando políticas para estimular los sectores públicos y privados, como líderes a largo plazo promoviendo confianza y cohesión en la población nacional, impulsando una transformación durable con normas y valores compartidos “importando lo que el resto del mundo conoce y exportando lo que desea”, creando competencias nuevas y empleos de calidad.

2. Innovación en políticas sociales, incrementando servicios sociales básicos de salud, educación, infraestructura para impulsar la superación de la pobreza en los países en que existe una mayor desigualdad. Se utiliza inclusive el apoyo de los grupos religiosos, como se ha hecho a nivel internacional en cuanto a las políticas de “precios justos o comercio justo” en la producción agrícola y en general en la agricultura y la supresión de intermediarios y monopolistas que históricamente se quedan con la mayor ganancia.

3. Se utiliza también el apoyo de grupos religiosos que contribuyen a minimizar los conflictos sociales, no siendo así en los grupos fanáticos que los profundizan y estimulan. La participación de los integrantes

²⁰ Idem, p.3.

de los grupos de personas pobres, tomando en cuenta el crecimiento, requiere impulsar los aspectos de educación, como ya se ha reiterado, atención a la salud, protección social, mejor organización social y oportunidad de ejercer algún tipo de poder para estas, reconocido en la legislación, lo cual le proporciona cierta seguridad a las personas y la estabilidad laboral que conlleva a mejorar los ingresos y proporciona mayor rapidez para la superación de la desigualdad.

4. La participación de representantes de los grupos pobres con voz permite superar los márgenes de pobreza, escuchando sus propuestas e inquietudes, evaluando la real conexión con los grupos de pobres, superando la inercia en la verificación de esta conexión para que la solución de los conflictos sea real, promotora de acciones inclusivas, con un trato justo y sin discriminación para apuntalar el crecimiento económico.

Se señala con precisión que las políticas sociales deben promover la inclusión: “garantizar un trato justo y sin discriminación, resulta fundamental para la estabilidad política y social, brindando los servicios sociales básicos para apuntalar el crecimiento económico a largo plazo y apoyar el surgimiento de una fuerza de trabajo instruida y saludable”²¹

Este aspecto es indispensable para mejorar los resultados de las políticas del Estado e impulsar un crecimiento equitativo, reduciendo las limitaciones burocráticas y sociales que anulan la acción económica y la movilidad social.

De otra forma los resultados, inclusive positivos, serán temporales; en el caso de una mayor permanencia, se debe insistir en cuatro aspectos importantísimos:

1. Sostener el rito del crecimiento, garantizando la mayor equidad posible,
2. Permitir la libre expresión y participación,
3. Hacer frente a las presiones y los desequilibrios ambientales y
4. Manejar el cambio demográfico, sin tolerar la inacción en materia de políticas y rendimiento de cuentas que obstruyan los avances y las innovaciones en estas áreas.

²¹ Ibidem, p. 8.



BIOPOLÍTICA DE ESTADOS EXPULSORES

Héctor Claudio Silveira Gorski

Departamento de Derecho Público, Universitat de Lleida.

Habrà que preparar mecanismos reguladores que, en una poblaci3n global, puedan determinar un equilibrio, conservar una media, establecer una especie de home3stasis (...) mecanismos de seguridad en torno a todo lo que haya de aleatorio en las poblaciones de seres vivientes (Foucault, 1992: 255).

1. DEJAR ENTRAR-RESIDIR O EXPULSAR

El sistema legal-administrativo de extranjería es un ejemplo de lo que Foucault denomina “mecanismos globales” de regulaci3n y de seguridad de la biopolítica (1992: 250). Por biopolítica nos referimos, siguiendo a Foucault, a todas aquellas decisiones y acciones de las instituciones políticas que afectan y determinan la vida de las personas de forma global. Desde la perspectiva de las instituciones de gobierno, la vida deja de ser un mero objeto para convertirse en el resultado de un conjunto de causas, fuerzas, intereses, acciones y reacciones en manos de las denominadas políticas de la vida (Esposito, 2004: 23). En los países europeos, la biopolítica se encuentra hoy con la horma que le impone el Estado democrático de derecho, pero es una horma que, como veremos, no le impide poner en práctica políticas que directa o indirectamente causan exclusi3n, segregaci3n y violencia en el seno de la poblaci3n. Estas políticas, ademàs, se realizan bajo formas sutiles de actuaci3n, resguardadas en estructuras legales y en una supuesta legitimidad política. Uno de los ámbitos que se ve afectado por el biopoder es el de los flujos migratorios.

En las últimas décadas, los Estados de la Uni3n Europea han incorporado a sus políticas la regulaci3n y gesti3n de los movimientos de millones de migrantes¹ que buscan su incorporaci3n al mercado de

1 El número estimado de migrantes internacionales a nivel mundial es de 214 millones. En los últimos diez años los flujos han aumentado en 65 millones, de los 150 millones que había en el año 2000 (Fuente OIM, Hechos y cifras).

trabajo y que han transformado a las ciudades europeas en sociedades multiculturales. Nuevas leyes regulan hoy la entrada, permanencia y expulsión del territorio, el acceso al mercado de trabajo, los derechos y libertades y la inclusión en la comunidad de las personas migrantes.

La biopolítica sobre los migrantes se fundamenta en el binomio dejar *entrar-residir o expulsar*. Las leyes de extranjería están elaboradas sobre dos ejes: por un lado, en la regulación de los flujos migratorios en función del mercado de trabajo y las demandas de la economía y, por otro, en el control policial y la persecución de la inmigración irregular. El migrante que disponga de los permisos de residencia y trabajo correspondientes podrá entrar y residir en el territorio y si logra mantener su vinculación-adscripción al mercado laboral conseguirá renovarlos, para después, transcurridos unos años, iniciar los trámites para obtener la residencia permanente y en última instancia la nacionalidad. Mas, si no tiene los permisos, ya sea porque entró de forma irregular o bien porque no los renueva, se encontrará en la situación de “irregularidad” administrativa y con la amenaza permanente de la expulsión. La vida del inmigrante transcurre entre la integración en la comunidad receptora y la expulsión de ésta. Ello dependerá en gran parte de su incorporación al mercado de trabajo y de los controles de identificación que dos por tres realiza la policía. En torno a estos dos ejes el legislador español ha creado un subsistema institucional jurídico con instrumentos de regulación, gestión, control y sanción sobre los migrantes. La biopolítica sobre los migrantes hace uso de instrumentos de regulación-gestión conjuntamente con los de control-sanción.²

Para la realización del primer eje del binomio, *dejar entrar y residir*, los Estados se dotan de mecanismos de regulación e intervención sobre el inmigrante concebido como fuerza de trabajo productiva. No hay más que pasar revista a los títulos de los diversos reglamentos de extranjería³ elaborados por los distintos gobiernos españoles para ver que la mayoría están fundamentalmente dedicados a regular los regímenes de entrada, residencia y trabajo de los inmigrantes en

2 Para un análisis de estos conceptos en la obra de Foucault ver Campesi (2011: 141).

3 Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero; el RD 864/2001, de 20 de julio; RD 2392/2004, de 30 de diciembre.

función de la situación del mercado laboral.⁴ Once de los quince títulos del último reglamento regulan la entrada, el tránsito aeroportuario, la estancia, la residencia temporal y de larga duración, las autorizaciones de residencia y trabajo, las contrataciones en origen y los trabajadores fronterizos. Las políticas públicas que se ocupen de los flujos migratorios deben ordenarse, establece el legislador español en la última reforma de la ley de extranjería, “de acuerdo con las necesidades de la situación nacional de empleo” (art.2 bis2 LOEx⁵).

Ordenada la entrada y la residencia en el territorio los poderes públicos deben promover “la plena integración de los extranjeros en la sociedad española en un marco de convivencia de identidades y culturas diversas sin más límite que el respeto a la Constitución y a la ley” (art.2ter.1 LOEx). Estas políticas deberían ser incorporadas, continúa el legislador, con carácter transversal a todas las políticas y servicios público, junto con la promoción de “la participación económica, social, cultural y política de las personas inmigrantes, en los términos previstos en la Constitución, en los Estatutos de Autonomía y en las demás leyes, en condiciones de igualdad de trato” (art.2ter.2 LOEx)⁶.

Por su parte y para alcanzar estos objetivos el gobierno impulsa la realización de planes estratégicos de ciudadanía e integración. Estos están regidos en los principios de: a) *igualdad y no discriminación*, en el sentido de la equiparación de derechos y obligaciones de la población inmigrada y autóctona, dentro del marco de los valores constitucionales básicos; b) *ciudadanía*, con el objetivo de buscar el reconocimiento de la plena participación cívica, social, económica, cultural y política de los ciudadanos y ciudadanas inmigrantes; c) *interculturalidad*, como

4 Sobre el funcionamiento del mercado laboral y sus consecuencias para el migrante ver por todos Achón (2011).

5 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, la LO 11/2003, de 29 de septiembre, la LO 14/2003, de 20 de noviembre, y la LO 2/2009, de 11 de diciembre.

6 Las administraciones con competencias en esta materia deben regir sus actuaciones sobre principios como el de. a) igualdad efectiva entre hombres y mujeres; b) efectividad del principio de no discriminación y, consecuentemente, el reconocimiento de iguales derechos y obligaciones para todos aquellos que vivan o trabajen legalmente en España, en los términos previstos en la ley; c) garantía del ejercicio de los derechos que la Constitución, los tratados internacionales y las leyes reconocen a todas las personas; d) lucha contra el inmigración irregular y la persecución del tráfico ilícito de personas (art.2bis2 LOEx).

mecanismo de interacción entre las personas de distintos orígenes y culturas, dentro de la valoración y el respeto de la diversidad cultural” (PECI, 2007:30), y d) *inclusión*, consistente en la creación de procesos que permitan superar las desventajas sociales, económicas, personales y culturales que permitan que se esté en condiciones de gozar de los derechos sociales y ejercer la participación ciudadana superando el estatus de persona asistida y la estigmatización que conlleva la pobreza, la marginación y la exclusión (II PECI, 2011:79). En el marco de la reorganización del nuevo sistema de producción los Estados deben dotarse de mecanismos de gobierno de carácter integral con el fin de conseguir principalmente la inclusión del migrante en el sistema de producción y, de paso, en la forma de vida de la sociedad receptora.

Junto a estas políticas de promoción de la igualdad y de la inclusión los Estados deben dotarse también de mecanismos de control-sanción de aquellos migrantes que incumplen los requisitos establecidos para entrar y residir en el territorio. En este punto la biopolítica sobre la población migrante se solapa o toma forma en el ejercicio de la soberanía por el Leviatán. Este, paradójicamente, utiliza su poder coactivo para reafirmar la soberanía sobre sus fronteras y su territorio a la vez que la va perdiendo en el marco de la globalización. En este sentido, podemos decir que la biopolítica sobre los migrantes se desarrolla en la geografía y en los nuevos espacios de soberanía que está diseñando el proceso de la globalización.

2. ESTADOS EXPULSORES

Las medidas de control y sanción que los gobiernos europeos han puesto en marcha sobre los migrantes han creado una imponente maquinaria de coacción en el interior de las instituciones del Estado de derecho. La biopolítica de las expulsiones convierte a los Estados en Estados expulsores. Estos llevan a cabo medidas de expulsión y devolución de personas extranjeras de su territorio o las rechazan en sus fronteras a través de procedimientos administrativos que suelen ir acompañados de la retención e internamiento de personas migrantes en cárceles administrativas creadas especialmente para estos casos.

La aprobación de la Directiva de retorno⁷ de inmigrantes por el Parlamento y el Consejo de la Unión Europea consolidó las políticas y medidas policiales de los Estados “expulsores”, marcando, a su vez, un importante retroceso de los Estados de derecho europeos. Con la Directiva se abre la puerta, por ejemplo, a que los migrantes sean privados de libertad -internados- por una simple orden administrativa (art.15.2) por un período de 6 meses prorrogables hasta 12 meses (arts.15.5 y 15.6); que el inmigrante no reciba asistencia jurídica y/o representación legal si no lo solicita previamente (art.13.4), el internamiento y la expulsión de menores extranjeros no acompañados y familias con menores (arts.10 y 17), y en el caso de que el inmigrante no pueda ser expulsado, a que permanezca en el territorio europeo bajo una situación legal incierta, incluso como “alegal”. En relación a los extranjeros que no pueden ser expulsados la Directiva determina que los Estados deberán abordar su situación y “definir sus condiciones básicas de subsistencia según la legislación nacional” (considerando 12), lo que de por sí sólo no determina que aquél surja de la situación de precariedad legal y social en la que de hecho se encuentra.

Las medidas administrativas de expulsión y devolución, junto con los procedimientos de retorno,⁸ integran la denominada política de repatriación de los gobiernos europeos. Año tras año miles de inmigrantes extracomunitarios son rechazados en las fronteras o son detenidos y expulsados del territorio europeo. En el año 2009, el conjunto de los países de la Unión Europea detuvieron (*apprehend*)⁹ a unos 570.000 migrantes irregulares, de los cuales unos 228.000 (un 40%)

7 Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea del 24/12/2008. Fue aprobada por el Parlamento el 18/06/08 y por el Consejo el 09/12/08. Sobre esta Directiva, llamada también de la infamia o de la vergüenza, y sus efectos sobre los derechos humanos ver Agüelo-Chueca (2008); Pavón (2008), De Lucas (2008), Chueca (2010).

8 El procedimiento administrativo de retorno se aplica a las entradas no autorizadas, no a las ilegales. El retorno se aplica cuando en la frontera no se permite al extranjero entrar por no reunir los requisitos establecidos para la entrada en el territorio (Art. 26.2 LOEx).

9 *Apprehend*: suma de los extranjeros indocumentados detenidos en el territorio y de extranjeros intentando entrar de forma irregular por puestos no fronterizos. Sobre los controles de identidad y detenciones de inmigrantes “sin papeles” ver Martínez Escamilla-Sánchez Tomás (2011).

fueron expulsados a sus países de origen.¹⁰ Los datos sobre personas migrantes detenidas, internadas y expulsadas en cuatro países del sur del Mediterráneo -España, Grecia, Italia y Portugal-, antes países de emigrantes y hoy receptores de importantes flujos migratorios, son reveladores de la dimensión que han adquirido estas políticas en los Estados expulsos.

2.1. Personas migrantes detenidas, internadas y expulsadas

Del análisis global de los datos de estos cuatro países mediterráneos se desprende en primer lugar el alto número de inmigrantes que son detenidos, internados y expulsados. En total, entre los cuatro países, y en el período que va del año 2000 al 2009, se detuvieron alrededor de 2.258.128, se privaron de libertad en centros de internamiento a 454.639 y se expulsaron alrededor de 697.784 migrantes. Entre el año 2000 y el 2007, España detuvo a 439.002 personas extranjeras, con una media de detenciones por año de 54.875; Grecia a 1.053.540, con una media por año de 117.060 (años 2000-2008), Italia a 624.976, y una media por año de 78.122 y Portugal a 140.624, con una media por año de 17.578.¹¹ Si nos fijamos en las personas privadas de libertad en CIE, en España, entre los años 2000 y 2004, fueron privadas de libertad 38.901 personas extranjeras; en Grecia 303.456 entre el año 2000 y el 2008; y en Italia 65.859 entre el año 2003 y el 2008. De Portugal no hay datos oficiales sobre extranjeros internados en centros de internamiento (ver tabla 2 en Silveira, 2011: 241-243). En cuanto a las expulsiones, en España, desde el año 2000 hasta el año 2009, fueron expulsadas y devueltas¹² 258.149 personas extranjeras, en Grecia 156.209 (2000-2008), en Italia 265.015

10 Para sufragar estas expulsiones la Unión Europea dispone de un fondo con 676 millones de euros para el período 2008-2013. Fuente: European Commission. Home Affairs.

11 Para un análisis más a fondo de estos datos ver Silveira (2011: 237-258).

12 Devoluciones: son devueltas las personas migrantes que tratan de entrar en España por puestos no habilitados como fronteras. En España la expulsión (art. 57 LOEx) y la devolución (art. 58 LOEx) son dos procedimientos administrativos distintos. La expulsión se aplica a los extranjeros que realicen conductas tipificadas como *muy graves*, o *conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53.1 de la Ley Orgánica de Extranjería (art. 57 LOEx)*. La devolución, en cambio, se aplica a los extranjeros que hayan sido expulsados y contravengan la prohibición de entrada y a aquellos que pretendan entrar ilegalmente en el país y sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones. La devolución no requiere la tramitación del expediente de expulsión (art. 58 LOEx)

(2000-2008) y en Portugal 18.231 (2000-2007). En España la media de expulsiones y devoluciones por año en el período 2000-2009 fue de 25.814 personas extranjeras, en Grecia de 17.376 en el período 2000-2008, en Italia de 29.446 y en Portugal de 2.279 personas extranjeras expulsadas del territorio (ver tabla 3 en Silveira, 2011: 244-246).

En este marco hay que denunciar la privación de libertad, las expulsiones y repatriaciones de menores extranjeros no acompañados que vienen realizando los gobiernos europeos en los últimos años. Al respecto, España repatrió a 582 menores en el año 2004, a 412 en el 2005, a 1657 en el 2006, a 1380 en el 2007 y a 379 en el 2008 (EMN 2009a). Uno de los problemas más graves que afrontan estos menores son las pruebas que les realizan la administración para calcular su edad. Estas pruebas son importantes porque la mayoría de edad es lo que determina que puedan ser expulsados o bien, si son menores, tengan que ser repatriados previa existencia de un convenio bilateral. En España, como denuncia el Defensor del Pueblo (2011), el sistema establecido para determinar la edad no funciona de forma correcta, las pruebas presentan escaso fundamento científico, son poco fiables, arbitrarias y conculcan derechos fundamentales como el de no dar asistencia jurídica gratuita al menor.

3. EL MIGRANTE COMO SEMIPERSONA EN EL SUBSISTEMA JURÍDICO DE EXTRANJERÍA

Después de más de tres décadas de vigencia, las legislaciones de extranjería configuran importantes subsistemas jurídicos en los Estados europeos. En España, la última reforma de la ley de extranjería (en adelante LOEx) del año 2009 introdujo cambios relevantes en el conjunto del redactado, especialmente en el catálogo de derechos y libertades. Como principales novedades se reconoce el derecho a la educación a los extranjeros menores de dieciocho años (art. 9) y los derechos a la asistencia jurídica gratuita (art.22), de reunión (art.7), asociación (art.8), sindicación y huelga (art.11) a todos los extranjeros. El legislador optó por no entrar en la discusión que se había abierto sobre la regulación de estos últimos cuatro derechos estableciendo ahora, sin cortapisas, que todo extranjero, cualquiera que sea su situación administrativa, tiene derecho a ejercerlos en las mismas condiciones que los españoles.

Estos derechos han pasado a integrar el subsistema legal-administrativo que el legislador ha creado para gestionar los flujos migratorios y regular la residencia y el trabajo de las personas migrantes en el territorio. La LOEx reconoce al extranjero que se encuentre en España, independientemente de cuál sea su situación administrativa, regular o irregular, los derechos: a la documentación (art.4); a la tutela judicial efectiva (art.20); al recurso contra los actos administrativos (art.21); a la asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes (art.12.2); a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles para los menores de dieciocho años (art.12.3), las extranjeras embarazadas tienen derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto (art.12.4), a sindicarse libremente y a ejercer el derecho de huelga (art.11), derecho de reunión y manifestación (art.7) y derecho a asociación (art.8); a transferir sus ingresos y ahorros obtenidos en España a su país o a cualquier otro (art.15.2) y el derecho a la asistencia sanitaria, en las mismas condiciones que los españoles, si están inscritos en el padrón del municipio en el que tengan su domicilio habitual (art.12.1).

Los extranjeros residentes tienen, además, los derechos a: la participación pública en las elecciones municipales, en los términos establecidos en la CE, en los tratados y en la ley (art.6)¹³; al trabajo y a la Seguridad Social, si cumplen con los requisitos previstos en la LOEx (art.10); en materia de vivienda (art.13); a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles (art.14); a la vida en familia y a la intimidad familiar (art.16.1) y a reagrupar con ellos a los familiares que se determinan en el art.17 de la LOEx (art.16.2). En cambio, los derechos a la libertad de circulación y a elegir residencia quedan relegados a aquellos extranjeros que se hallen en España cumpliendo los requisitos para entrar en el territorio y tengan la documentación en regla, sin más limitaciones que las establecidas con carácter general por los tratados y las leyes o la autoridad judicial (art.5).

13 Los extranjeros residentes en España podrán ser titulares del derecho de sufragio, en las elecciones municipales, en los términos establecidos en las leyes (art.6.1 LOEx). Los residentes empadronados en un municipio tienen también reconocidos los derechos establecidos por tal concepto en la legislación de bases de régimen local, pudiendo ser oídos en los asuntos que les afecten de acuerdo con lo que disponga la normativa específica (art.6.2 LOEx).

Junto a estos derechos, libertades y garantías la persona migrante se encuentra con otras disposiciones normativas que regulan medidas de control y sanción y que la discriminan o excluyen de la comunidad en la que habita. Estas leyes, con sus correspondientes prácticas administrativas, constituyen un subsistema jurídico en el que el migrante es tratado como una “semipersona” o incluso como una nopena en los procedimientos de internamiento y expulsión del territorio.¹⁴ La condición de extranjero sigue actuando como una barrera infranqueable en los Estados-nación al reconocimiento del migrante como un sujeto con plenos derechos y que no puede ser discriminado por su origen étnico o su procedencia en cumplimiento del principio de igualdad.

3.1. La triada de derechos y libertades de las personas migrantes

El punto de partida de la conversión del migrante en una semipersona está en la Constitución española. Esta establece que los extranjeros gozan en España de los derechos y libertades reconocidos en su Título I, al igual que los españoles, teniendo en cuenta los términos de las regulaciones establecidos en los Tratados Internacionales, en la propia LOEx y en las leyes que regulen el ejercicio de cada uno de ellos (art. 13). A partir de aquí y desde la sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 107/1984 la doctrina jurídica y la jurisprudencia distinguen entre derechos y libertades que corresponden por igual a españoles y extranjeros, otros que pueden ser diferentes entre españoles y extranjeros y otros que sólo pertenecen a los ciudadanos españoles.

En primer lugar, están los derechos fundamentales cuya regulación legal no puede tener en cuenta la nacionalidad del titular. Estos derechos pertenecen a la persona en cuanto tal, “corresponden por igual a españoles y extranjeros” y su regulación ha de ser igual para ambos (STC 107/1984, F.J.3º). Desde un punto de vista constitucional son considerados inviolables por ser “imprescindibles para la garantía de la dignidad humana”. Configuran un estándar mínimo regulado en tratados y convenios internacionales que el legislador debe respetar a la hora de legislar sobre ellos. Forman parte de este grupo de derechos de las personas el derecho a la vida y a la integridad física y moral

¹⁴ Sobre los conceptos de semipersona y no-persona me permito reenviar a Silveira (2010).

(art. 15 CE); a la libertad religiosa y de culto de los individuos y las comunidades (art. 16 CE); a la libertad y a la seguridad (art. 17 CE); al honor, a la intimidad personal y familiar (art. 18 CE), a la tutela judicial efectiva (24 CE) y a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (art. 14 CE).

Junto a los derechos de la persona hay un segundo ámbito donde estarían los derechos fundamentales de los extranjeros cuyo contenido puede ser objeto de regulación por las leyes y los tratados. En este grupo estarían los derechos al trabajo (art. 35 CE), a la Seguridad Social y a percibir una prestación por desempleo (art. 41 CE), a la protección de la salud (art. 43) y el derecho de residencia y circulación en España (art. 19 CE). Estos derechos, a diferencia de los del primer ámbito no son considerados inherentes a la dignidad de la persona, mas el legislador no puede excluir a los extranjeros de estos derechos, debe respetar las prescripciones constitucionales, pero puede establecer “condicionamientos adicionales respecto a su ejercicio por parte de aquéllos” (STC 236/2007, F.J.4º). Las leyes y los tratados podrán “modular” o “atemperar” el ejercicio de estos derechos por parte de los extranjeros pero sin llegar a establecer diferencias injustificables con los españoles. La jurisprudencia constitucional considera que las condiciones que establezca el legislador para el ejercicio de los derechos y libertades por parte de los extranjeros sólo serán válidas si respetan el contenido esencial de aquéllos y “se dirigen a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan adecuada proporcionalidad con la finalidad protegida” (STC 236/2007, F.J.4º). Por ello, entendemos que es ilegal el Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, en el que el gobierno español, hoy en manos del Partido Popular, deja sin atención médico-sanitaria a los extranjeros en situación irregular. El derecho a la salud es un derecho que tiene toda persona y del que nadie puede ser excluido. Es un derecho humano de carácter universal, indivisible e inalienable y así está reconocido en la constitución española, en numerosos tratados internacionales y en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 35). La exclusión legal de los extranjeros en situación irregular -sin papeles- del acceso a este derecho quiebra la legalidad y abre una profunda brecha en la sociedad española entre personas que ven reconocidos todos sus derechos y otros que los ven rebajados o se

ven excluidos de ellos y que suelen ser los que menos recursos tienen. Supone otra discriminación de la persona migrante y pone en cuestión la democracia y la vida en común en una sociedad que en los últimos años ha devenido multicultural.

En tercer lugar, estaría el ámbito de los derechos fundamentales que sólo pertenecerían a los españoles. Los extranjeros no tendrían acceso a estos derechos porque son considerados por el ordenamiento y la doctrina inherentes a la condición de ciudadano. En este ámbito estarían los derechos vinculados al artículo 23 de la Constitución española, como los derechos de participación en los asuntos públicos, y de acceso a funciones y cargos públicos. Esta exclusión, sin embargo, da lugar a una de las discriminaciones más importantes que sufren los migrantes residentes: la de no poder participar en los procesos de elección de los representantes políticos que legislan y gobiernan sobre los asuntos generales de la comunidad en la que habitan. El inmigrante extranjero es tratado como un meteco, en el sentido de que el legislador le concede derechos civiles, sociales y libertades fundamentales, pero no le reconoce los derechos políticos, excepto en el ámbito municipal. La contaminación del principio de ciudadanía por el principio de la nacionalidad continúa manteniendo lo que en su día Balibar calificó como un “apartheid” en contradicción flagrante con un modelo democrático de sociedad (2003: 87).

Para hacer algo más pequeño este apartheid el gobierno español ha venido firmando acuerdos de reciprocidad sobre la participación en las elecciones municipales con varios países de origen de los más de 5,5 millones de extranjeros radicados en su territorio. A inicios de 2011 había 5.730.667 extranjeros inscritos en el Padrón Municipal de Habitantes, el 12,2% de una población total de 47.150.819 habitantes. Los extranjeros residentes pertenecientes a los 27 países de la Unión Europea suman 2.392.491¹⁵ y los no comunitarios 3.338.176.¹⁶ En las últimas elecciones locales del 22 de mayo de 2011 tenían la posibilidad de votar ciudadanos residentes de la Unión Europea y extranjeros extracomunitarios de países con acuerdos de reciprocidad en vigor

15 Los extranjeros pertenecientes a la UE representan el 41,7% del total -los rumanos son los más numerosos (864.278), seguidos por los británicos (390.880) y los alemanes (195.842)- seguidos de los procedentes de América Latina, con un 24,8%. Fuente OPI.

16 Entre estos destacan 769.920 marroquíes, 359.076 ecuatorianos y 271.773 colombianos.

suscritos con España e inscritos en el censo electoral. Antes de esa fecha el gobierno español había alcanzado a firmar convenios con Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Noruega, Nueva Zelanda, Islandia y Cabo Verde.¹⁷ Ello llevó a que el total de los extranjeros residentes con derecho a voto por su nacionalidad alcanzara la cifra de 2,5 millones, de los cuales se registraron en el censo electoral alrededor de 475.000. De estos, a pesar de todo, muy pocos llegaron a ejercer realmente su voto.¹⁸

3.2. Derechos y libertades según el “grado de conexión” con la dignidad

El Tribunal Constitucional volvió a revisar los derechos y libertades de los extranjeros en la sentencia 236/2007 partiendo de la base de que “todos los derechos fundamentales, por su misma naturaleza, están vinculados a la dignidad humana” (FJ3). Los magistrados del tribunal tenían que dilucidar hasta qué punto la vinculación existente entre los derechos y la dignidad era determinante para considerar que un derecho es “inherente” a la dignidad y, en consecuencia, debe tener la misma regulación para todas las personas, inmigrantes incluidos.

Para solventar esta dificultad y determinar en el futuro la configuración legal del derecho el tribunal elaboró un nuevo instrumento de medición de los derechos: la existencia de un “grado de conexión” entre el derecho fundamental y la dignidad humana. Este grado es lo que le permitirá valorar la constitucionalidad de las disposiciones normativas que afecten a los derechos fundamentales de los extranjeros. El grado de conexión es lo que determinaría hasta

17 Estos Estados, tal y como exige la Constitución Española (art. 13) reconocen el derecho de voto en las elecciones municipales a los ciudadanos españoles residentes en su territorio. Los inmigrantes pertenecientes a los países con acuerdos de reciprocidad sumaban un total de 350.287 posibles votantes para las elecciones municipales de mayo de 2011. El país con más votantes potenciales era Ecuador, con 168.639 (de un total de 359.076 ecuatorianos), seguido de Colombia, con 95.192 (de un total de 271.773 colombianos), Perú con 38.244, Bolivia con 27.502, Chile con 10.078, Noruega con 6.027, Paraguay con 4.305, Islandia con 152 y Nueva Zelanda con 148. Hasta entonces sólo habían podido votar los ciudadanos noruegos.

18 Estudios realizados sobre el colectivo de extranjeros europeos radicados en territorio español señalan que la tasa de abstención del voto extranjero en las elecciones municipales es muy alta, llegando incluso a alcanzar el 95% en municipios con mayorías significativas de extranjeros residentes (OEG, 2011:4).

dónde llega la libertad que tiene el legislador para regular los derechos fundamentales. En relación a aquellos que la doctrina considera “imprescindibles para la garantía de la dignidad humana” el legislador no puede modular o atemperar su contenido (STC 99/1985, FJ2º) ni por supuesto negar su ejercicio a los extranjeros, cualquiera que sea su situación, ya que se trata de derechos “que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano” (STC 236/2007, FJ3º). Con esta nueva doctrina sobre el grado de conexión entre el derecho fundamental y la dignidad de la persona la triple división de la STC 107/1984 queda reducida, en realidad, a dos: los derechos fundamentales de los ciudadanos (de los españoles) y los otros derechos fundamentales “que por su mayor o menor vinculación con la dignidad de la persona, pertenecerían a los extranjeros y a los nacionales aunque el legislador puede imponer a los extranjeros ciertos condicionamientos adicionales para el ejercicio de éstos, siempre que se respete su contenido esencial” (Pómez-Ortega-Ripoll 2010, 74).

3.3. La creación de un subsistema de coacción específico para inmigrantes

La conversión de los Estados europeos en máquinas de expulsión de extranjeros ha llevado a los gobiernos y a la administración a crear un subsistema jurídico sancionador, con reglas específicas para detener, internar y expulsar extranjeros. Al amparo de este subsistema ha nacido una cultura administrativo-penal que configura a la inmigración irregular como un “cuasi-delito” y que no duda en utilizar el internamiento y las expulsiones como un instrumento de control social.

Las leyes sobre infracciones y sanciones en materia de extranjería forman un subsistema de coacción específico sobre el migrante dentro del sistema jurídico de extranjería. Este subsistema está formado por un conjunto de infracciones leves, graves y muy graves, cada una con sus correspondientes sanciones, consistentes básicamente en la imposición de multas, desde los 500 hasta los 100.000 euros, y en la expulsión del territorio, junto con un conjunto de medidas cautelares, entre las que está el internamiento en un Centro de Internamiento de Extranjeros (en adelante CIE). Con estas normas el legislador busca dar instrumentos de intervención a las fuerzas de seguridad para

controlar a la inmigración irregular y facilitar el retorno y las medidas de expulsión hacia los países de origen.

a) Normas para expulsar

Algunos ejemplos de este tipo de normas son, por ejemplo, el artículo 53.f de la ley de extranjería (LOEx), norma en blanco que abre la puerta a que la policía pueda iniciar procedimientos de expulsión sobre la consideración de múltiples actos, poco definidos por la ley, y que cataloga como contrarios al orden público; o bien el artículo 57.2 LOEx, que permite que la policía expulse al extranjero si éste ha sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en España un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, previa tramitación del correspondiente expediente.

El legislador regula también que la expulsión se produzca en el proceso y/o la ejecución penal. El juez podrá autorizar la expulsión si el extranjero está procesado o imputado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la Ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años, y conste este hecho acreditado en el procedimiento de expulsión (art.57.7 LOEx). En estos casos la expulsión se produce como consecuencia de que el juez decide que se ejecute la medida administrativa de expulsión sin que se realice el proceso y haya un pronunciamiento judicial específico sobre el delito o falta que haya realizado. Asimismo, el legislador obliga a que el juez sustituya por la expulsión las penas privativas de libertad inferiores a seis años o las medidas de seguridad impuestas al extranjero sin residencia legal en España, salvo que considere que debe cumplir la condena en territorio español (arts.89 y 108 Código Penal). También está obligado a hacerlo en el caso de que el extranjero hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad y hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena (art.89.5 CP). Las sanciones administrativas sobre los migrantes, no sólo han crecido de forma exponencial en los últimos años, sino que han entrado a contaminar de forma importante también el sistema penal.

En relación con estas expulsiones judiciales, la Dirección General de Servicios Penitenciarios de la Generalitat de Catalunya quiere fomentar las expulsiones de los presos extranjeros “sin papeles” que hayan cumplido la mitad de la condena o que no tengan prevista la

substitución de la pena o una parte de ella por la expulsión. Para ello ha dado instrucciones de restringir el acceso de estos presos al régimen abierto y a las salidas programadas, proponiendo abiertamente su clasificación en el segundo grado.¹⁹ Con esta medida la Generalitat de Catalunya bloquea el posible proceso de reinserción social de estas personas, contemplado en el art. 25.2 CE, y abre la puerta a un trato, en consecuencia, discriminatorio del preso extranjero. Con esta medida de mantenimiento del extranjero en las cárceles la Generalitat busca también facilitar que la Delegación del Gobierno lleve adelante las expulsiones contempladas en el Código Penal. Con ello se lograría también rebajar el altísimo número de personas presas en las cárceles catalanas, como consecuencia de la aplicación de uno de los códigos penales más punitivos de Europa occidental. La ejecución de estas medidas puede llegar a tener un amplio impacto carcelario ya que casi la mitad de los internos –un 45%– de las cárceles catalanas son extranjeros, de los que alrededor de 2000 no tienen permiso de residencia y trabajo.²⁰

Además de las distintas situaciones en las que el inmigrante se puede encontrar inmerso en un procedimiento de expulsión tendrá que hacer frente también a serias dificultades para ejercitar su derecho a la tutela y a la defensa judicial efectiva en aquéllos. La ley, por ejemplo, faculta a la policía a hacer uso de un procedimiento preferente de expulsión, ante el cual el inmigrante tiene sólo 48 horas para presentar alegaciones. Otro ejemplo que abunda en la idea de que lo que busca el legislador es facilitar la ejecución de este tipo de medidas es la conversión automática que el establece el legislador de la propuesta de expulsión en decreto de expulsión, si el inmigrante no presenta alegaciones a la primera (art.63.1.2 LOEx). Esta rebaja en las garantías procesales sitúa al inmigrante en una situación de mayor indefensión que la que tienen los españoles ante la propia administración, lo que

19 En la Circular 1/2011 sobre extranjería als centres penitenciaris de Catalunya la Direcció General de Serveis Penitenciaris recomienda claramente que las personas internas extranjeras que tengan una resolución y/o administrativa de expulsión del territorio nacional pasen a ser clasificadas en segundo grado. También deberán ser clasificadas en segundo grado aquellas en que en su sentencia condenatoria no se prevea la substitución de la pena por la expulsión pero no tengan vínculos socio familiares en el territorio y no tengan documentación regularizada (2011: 34-35).

20 A finales del año 2010 había 10.520 personas (744 mujeres) presas en las cárceles catalanas. Fuente Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya.

evidencia, una vez más, un trato desigual e incluso discriminatorio de los extranjeros respecto a los españoles. A la hora de defenderse ante la administración el extranjero tiene menos garantías que el ciudadano español (arts.35, 79 y 80 de la Ley 30/1992).

Otra de las dificultades añadidas con las que se encuentra el migrante es el papel que juegan las fuerzas de seguridad a la hora de interpretar y aplicar las normas sancionadoras. Al respecto, uno de los caballos de batalla de los últimos años de las asociaciones de inmigrantes y de organizaciones defensoras de los derechos humanos ha sido el cuestionar la práctica habitual de la policía de sancionar con la expulsión la estancia irregular cuando la ley establece que en primer lugar la sanción tiene que ser la de la multa (art. 7.1 LOEx). En lugar de multa la policía aplica ilegalmente directamente la sanción de expulsión. Este afán expulsor de las fuerzas de seguridad del Estado, que sólo puede responder a criterios políticos adoptados por el gobierno de turno, ha intentado ser corregido en los últimos años por los jueces. En concreto, el Tribunal Supremo ha casado varias resoluciones judiciales reafirmando la interpretación de que la sanción principal en casos de estancia irregular debe ser en primer lugar la multa y que, además, en el caso de la policía opte por aplicar la expulsión debe motivar esta medida de forma expresa.²¹

b) Normas para vigilar y controlar

La legislación de extranjería prevé también medidas específicas de control y vigilancia sobre las personas migrantes. Organismos públicos como la Agencia Estatal de Administración Tributaria, la Tesorería General de la Seguridad Social y el Instituto Nacional de Estadística deben facilitar a los órganos de la Administración General del Estado competentes en los procedimientos regulados en la LOEx “el acceso

²¹ Ver Recurso 9787/2003 y 10273/2003 de 18 de enero de 2007, recurso 8735/2003, de 25 de enero de 2007, recurso n. 7986/2003, de 9 de marzo de 2007. Las numerosas sentencias de este tribunal casando aplicaciones de la ley inválidas ha obligado a la Dirección General de Policía ha elaborar una nueva Circular (8/07) con instrucciones para la elaboración de expedientes sancionadores por estancia irregular. En ella se hace explícito que en los casos en que sólo exista “permanencia ilegal” los funcionarios deberán proceder a formular propuestas de sanción de multa, aplazando, en estos casos, la expulsión para cuando se produzca una segunda detención, como sanción por no cumplir la orden administrativa de abandono del territorio formulada en el primer expediente.

directo a los ficheros en los que obren datos que hayan de constar en dichos expedientes, y sin que sea preciso el consentimiento de los interesados” (Disp. Ad. Quinta LOEx). Asimismo la Dirección General de la Policía podrá acceder también a los datos de inscripción padronal de los extranjeros existentes en los Padrones Municipales para la exclusiva finalidad del ejercicio de las competencias establecidas en la ley de extranjería sobre control y permanencia de extranjeros en España (Disp. Ad. Séptima de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local). Esta habilitación, sin embargo, contradice el artículo 22.2 de la Ley 15/99, de 13 de diciembre de Protección de Datos de carácter personal, que establece que la policía puede acceder a los datos personales pero sólo con el fin claro y determinado de prevenir “un peligro real para la seguridad pública y para la represión de las infracciones penales” (art. 22). El acceso a los datos de los extranjeros se convierte, por decisión del legislador, en algo general y ordinario, cuando, en cambio, el acceso a los datos de españoles se permite sólo de forma excepcional y por causa justificada. Las medidas de control y vigilancia se extienden también a los transportistas de viajeros. Estos, según el artículo 66 de la LOEx y en cumplimiento de las Directivas 2001/51/CE²² y 2004/82/CE²³, tienen que facilitar a las autoridades españolas información relativa a los pasajeros que vayan a ser trasladados al territorio español, comprobar la validez y vigencia de sus documentos y en caso de denegaciones de entrada por deficiencias en la documentación necesaria para el cruce de fronteras hacerse cargo de los extranjeros. Ya no es una institución pública la que realiza las labores de control sino empresas privadas.

c) Normas y prácticas policiales que discriminan y atemorizan

Los controles de identificación por el perfil étnico y racial que realiza habitualmente la policía sobre los migrantes en vías y espacios públicos son otro ejemplo de las discriminaciones que sufren estas personas en territorio español. Así lo vienen denunciando asociaciones protectoras de los derechos humanos e instituciones internacionales que

22 Directiva 2001/51/CE del Consejo, de 28 de junio de 2001, por la que se completan las disposiciones del artículo 26 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985.

23 Directiva 2004/82/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas.

velan por su cumplimiento. En uno de los últimos informes de Amnistía Internacional sobre España se dice que “a pesar de la amplia variedad de instrumentos jurídicos que prohíben claramente la discriminación por motivos tales como la raza, las investigaciones de Amnistía Internacional y otras organizaciones revelan que la práctica de aplicar perfiles raciales está muy extendida en España entre los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley” (2011:5). Asimismo, el Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) ha puesto sobre la mesa “las preocupantes informaciones recibidas acerca de los controles de identificación o redadas policiales, basados en perfiles étnicos y raciales, realizados en lugares públicos y barrios donde hay una alta concentración de extranjeros con la finalidad de detener a aquellos que se encuentran en situación irregular en el Estado parte (arts. 2,5 y 7)” (2011:3). Pero ya en el año 2006 la Comisión Europea sobre el Racismo y la Intolerancia (ECRI) denunciaba que los miembros de las minorías étnicas, especialmente marroquíes, sudamericanos y subsaharianos, eran objeto de constantes e innumerables paradas, requerimientos de identificación y cacheos por parte de las fuerzas de seguridad.

Estos controles sistemáticos que realizan las fuerzas y cuerpos de seguridad en vías y espacios públicos son el primer paso del “ciclo de privación de libertad” que viven los migrantes “sin papeles” en España. El ciclo continúa con la conducción a comisaría de los migrantes que no puedan acreditar su estancia regular en el territorio y acaba con el internamiento en un CIE (Martínez Escamilla-Sánchez Tomás, 2011: 8). La actuación de la policía en las distintas fases de este ciclo es ilegal y quiebra derechos fundamentales de las personas migrantes. En primer lugar, y aquí seguimos a Martínez Escamilla y a Sánchez Tomás, la policía infringe la legalidad vigente cuando realiza una detención cautelar tras trasladar a una dependencia policial al migrante que en un control de identificación en la vía pública se identifica correctamente -con su pasaporte o mediante su cédula de inscripción consular- pero no acredita que se halla legalmente en España. El traslado a la comisaría y la posterior detención es ilegal por no tener cobertura legal, no la contempla ni la LOEx ni la LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, aunque está regulada bajo un redactado altamente confuso en la Circular 1/2010, de 25 de enero, de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras.

Así también lo entiende el Defensor del Pueblo en su Informe 2010, para quien “el traslado a comisaría sólo puede producirse por falta de la documentación que acredite su identidad y no de la que acredite la legalidad de la estancia”. En segundo lugar, las fuerzas del orden españolas actúan ilegalmente cuando realizan controles sistemáticos de identificación a personas por sus rasgos étnicos o raciales. Esta práctica policial quiebra el principio de no discriminación del art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del art. 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el derecho a la igualdad y a la no discriminación recogido en el art. 14 CE. Y lo hace por dos razones básicas: en primer lugar porque la selección étnica que realiza la policía en los controles de identificación convierten al “fenotipo” en criterio determinante para realizar estos controles, hecho que lesiona la dignidad de toda persona, y, en segundo lugar, por las consecuencias negativas que tales prácticas policiales producen en las personas migrantes, las cuales afectan seriamente su integración en la comunidad de residencia y fortalecer el estereotipo que relaciona minorías étnicas e inmigración con criminalidad, hecho que a su vez alimenta discursos xenófobos y racistas. Tales consecuencias negativas no guardan proporción con la supuesta efectividad de tales medidas de control y el valor del fin legalmente perseguido, a pesar de lo que diga el Tribunal Constitucional en su sentencia 13/2001²⁴ (Martínez Escamilla y Sánchez Tomás, 2011: 18-23).

Los controles policiales por el perfil étnico influyen de forma muy negativa en la persona afectada pero también en el resto de los ciudadanos. Transmite una imagen distorsionada sobre su persona, lo asocia con delincuencia y criminalidad, y dificulta su integración en la comunidad al crearle miedo e inseguridad en su quehacer diario en los espacios públicos. El subsistema de coacción crea un estado de inseguridad y desconfianza sobre la persona migrante, poniendo de manifiesto, una vez más, su condición de semipersona. Esta condición se ve rebajada aún más en la privación de libertad que sufren las personas migrantes en los procedimientos de expulsión.

24 La doctrina recogida en esta sentencia debe ser revisada en función de lo que se dice en el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 17 de agosto de 2009 sobre el caso analizado en ella (Comunicación núm. 1493/2006).

3.4. De semipersonas a no-personas: la privación de libertad en centros de internamiento

Durante el procedimiento de expulsión la policía puede solicitar el internamiento del migrante en un CIE. En estas cárceles administrativas pueden ser internados los migrantes que tratan de entrar de forma irregular en el territorio, los que están a la espera de ser expulsados, ya sea por estar en situación administrativa irregular, porque han visto denegada su solicitud de asilo, o por estar cumpliendo condena y la administración penitenciaria decide la expulsión una vez han cumplido una parte de su condena, o los que son rechazados en las fronteras por las fuerzas de seguridad. No hay ciudad importante o puesto fronterizo europeo que no tenga una cárcel para privar de libertad a extranjeros indocumentados.

En España, los CIE fueron introducidos por primera vez en la ley de extranjería de 1985. Hoy están contemplados como una medida cautelar que puede durar hasta un máximo de 60 días para asegurar la expulsión (art. 61.1e). Son definidos por legislador como “establecimientos públicos de carácter no penitenciario” donde son privados de su libertad ambulatoria con fines únicamente preventivos y cautelares migrantes indocumentados que están a la espera de ser expulsados (art.62.1.bis LOEx).²⁵ Con la creación de estos centros administrativos de detención los países europeos han abierto la puerta a la formación de un nuevo subsistema carcelario específico para personas migrantes gestionado y bajo el control de la policía. La Directiva de la “vergüenza” permite que el internamiento pueda ser decidido únicamente por la policía (art.15.2) cuando, hasta ahora, siempre tenía que ser una autoridad jurisdiccional la que permitiera la privación de libertad por más de 72 horas.

En este nuevo sistema carcelario la privación de libertad ya no se produce por la imposición de una pena como consecuencia de la comisión de un delito, sino porque el migrante no cumple con unos requisitos administrativos. De este modo, el subsistema normativo del Estado expulsor quiebra el binomio culpable-inocente, calificado por la doctrina como una de las razones jurídicas básicas del Estado de derecho (Ferrajoli, 1995: 368).

²⁵ Para un análisis de los datos de las personas migrantes internadas en CIE en España, Grecia, Italia y Portugal en el período 2000-2009 ver Silveira (2011).

Ante esto y a la luz del art. 17 de la CE se puede cuestionar la legitimidad de la limitación de la libertad personal sobre la base de un presupuesto no penal o en ausencia de un hecho delictivo. Es verdad como sostiene el Tribunal Constitucional que la comisión de un hecho delictivo no es el único título que permite restringir la libertad. Mas la "excepcionalidad de la restricción o privación exige una proporcionalidad entre el derecho a la libertad y la restricción de esta libertad, de modo que se excluyan -aun previstas en la ley- restricciones de libertad, que no siendo razonables, rompan el equilibrio entre el derecho y su limitación" (STC 178/1985, de 19 de diciembre). El internamiento del extranjero "debe regirse por el principio de excepcionalidad, sin menoscabo de su configuración como medida cautelar" (STC 41/1982, de 2 de julio). El carácter excepcional del internamiento exige que el Juez aplique el criterio hermenéutico del *favor libertatis*, lo que supone que la libertad debe ser respetada salvo que se estime indispensable la pérdida de libertad del extranjero por razones de cautela o de prevención, que habrán de ser valoradas por el órgano judicial. Para el Tribunal Constitucional el carácter excepcional del internamiento estaba recogido en el art. 26.2 de la derogada Ley 7/1985, que aun cuando utilizaba el término "imprescindible" sólo respecto a la duración, implícitamente parecía que daba a entender que había de ser también imprescindible la propia pérdida de libertad, de modo que no era la substanciación del expediente de expulsión sino las propias circunstancias del caso -razones de seguridad, orden público, etc.- las que debían justificar el mantenimiento de la pérdida de libertad, siendo el Juez guardián natural de la libertad individual, el que debe controlar garantizar esas razones (STC 115/1987, de 7 de julio).

La libertad del extranjero, transcurridas las setenta y dos horas de detención, se encuentra a disposición judicial, hasta que el juez decida su puesta en libertad o hasta que la autoridad administrativa solicite del órgano judicial la entrega del detenido para proceder a su efectiva expulsión (STC 115/1987, de 7 de julio). El juez tiene que adoptar su decisión sobre la autorización del internamiento del extranjero pendiente de expulsión mediante resolución judicial motivada (STC 41/1982, de 2 de julio) y teniendo en cuenta principalmente las circunstancias concernientes a la causa de expulsión invocada, la situación legal y personal del extranjero, la mayor o menor probabilidad de huida o cualquier otra situación que el juez estime relevante. El juez de instrucción que autoriza el internamiento tiene que estar

constantemente informado de las incidencias que se puedan presentar durante el mismo. Sin embargo, durante el transcurso del expediente de expulsión y del internamiento el migrante se encuentra muchas veces indefenso, sobre todo si el juez que gestiona su expediente se preocupa poco por su situación personal, pero especialmente cuando el juez que dicta la orden de internamiento no está en la misma ciudad o provincia que el CIE donde será internado el extranjero.

El cuestionamiento de que a una persona se le prive de libertad por no tener los permisos requeridos y como una medida cautelar para aplicar una sanción tiene relevancia también porque en un número importante de las expulsiones se interna a personas que luego deberán ser puestas en libertad. Esto sucede cuando la policía no puede ejecutar la expulsión como consecuencia de que no puede determinar la procedencia del inmigrante, no hay un convenio de readmisión con el país de origen del migrante o porque no dispone de fondos económicos para cubrir la ejecución de todas ellas.

Esto lleva a que miles de migrantes sean privados de libertad cada año en algún CIE para después volver a ser puestos en libertad. En España, entre el año 2001 y el 2005, se encontraron en esta situación alrededor de 122.000 extranjeros.²⁶ Si pasamos a ver datos de otros países mediterráneos encontramos que, por ejemplo, Grecia en seis años, sólo ejecuto 101.107 expulsiones (un 56,72%) de los 178.253 expedientes abiertos, y dejó sin ejecutar 77.146 (un 43,28%). Algo similar ocurrió en Portugal, de 21.064 expedientes incoados en 10 años, sólo llegó a ejecutar 6173 (un 29,3%), dejando sin aplicar la mayoría de ellos, un 70,7%. Esta diferencia entre el número de internados y expulsados plantea claramente un problema de eficacia de la ley de extranjería. El extranjero indocumentado se puede ver privado de libertad en una cárcel administrativa, en España por 30, 40 o 60 días, con el fin de ser expulsado para luego ser puesto en libertad. Ante esta práctica hay que insistir en que todo extranjero internado debe ser puesto en libertad inmediatamente nada más tener conocimiento la administración si no lo va a poder expulsar en el tiempo requerido por el juez para el

26 En el año 2009 en el conjunto de CIE españoles fueron internados 16.590 inmigrantes en proceso de expulsión administrativa, pero sólo fueron expulsados 8.935, el resto fue dejado en libertad; y en el año 2010 en el CIE Zona Franca de Barcelona fueron internados 1742 inmigrantes de los cuales fueron expulsados 1.118, y los otros 561 fueron puestos en libertad.

internamiento. Desde el momento en que la expulsión no se puede llevar a cabo debe acabar el internamiento, tal y como se establece en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*Chahal v. UK* de 15 de noviembre de 1996, *Samy v. Netherlands* de 1 de junio de 2002 y *Saadi v. UK* de 29 de enero de 2008).

Los que no pueden ser expulsados son dejados en libertad. Mas, como tienen una orden de expulsión no aplicada y el migrante en el fondo no debería estar en el territorio, la legislación hace que continúe sufriendo los efectos de su “irregularidad”. Por ejemplo, la disposición adicional cuarta de la LOEx establece que las administraciones no tramiten las solicitudes que pueda hacer ante ellas en relación con procedimientos regulados en la misma ley. Formalmente el legislador no le permite iniciar los trámites que le permitirían precisamente escapar de la irregularidad. La ley lo excluye legalmente del ordenamiento jurídico y pasa a una situación de “alegalidad administrativa”. Es un extranjero expulsable en potencia y, por tanto, no tiene derecho a tener derechos. Es tratado como una no-persona. El ordenamiento jurídico lo expulsa de su interior y pasa a ocuparse de él sólo para sacarlo de la alegalidad, “sancionar ‘legalmente’ su no-existencia y expulsarlo” (Dal Lago, 2000: 141-142).

Otro de los graves problemas que encierran los procedimientos administrativos de internamiento y expulsión es la deplorable situación en la que se encuentran la mayoría de los CIE y la constante quiebra de derechos y garantías de los migrantes internados en ellos. Son también innumerables las asociaciones de la sociedad civil que denuncian esta situación de degrado y piden el cierre de estos centros. En concreto, la Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH) denuncia que en los CIE se discrimina a los migrantes porque no se respetan en particular los derechos a la salud pública, a la asistencia médica,²⁷ a la seguridad social y a los servicios sociales. Derechos que disponen los presos de las cárceles. Este trato discriminatorio se hace aún más grave si se tiene en cuenta también las condiciones inhumanas del internamiento, los frecuentes malos tratos y abusos que se producen en ellos, la escasa o inexistente defensa jurídica y las dificultades que tienen las personas internadas para entrar

27 Comienzan a producirse pronunciamientos judiciales sobre las deplorables situaciones de los CIE. Por ejemplo, ver el Auto del Juzgado de Instrucción n. 6 del 21 de diciembre de 2011 de Madrid sobre el CIE de Aluche.

en contacto con sus familiares. Todo esto supone para la AEDIDH una quiebra de los artículos 5 y 6 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CIEDR) y del derecho a la libertad y a la seguridad personales del art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (2011,13).²⁸ A raíz de este informe el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds de las Cortes Españolas presentó en el Congreso una Proposición no de ley sobre el cierre de los centros de internamiento para extranjeros en la IX legislatura.²⁹

Este tipo de propuestas deben vencer una oposición muy fuerte entre las fuerzas políticas del estado. Estas cárceles administrativas no sólo desempeñan un papel central en el funcionamiento de los Estados expulsores sino que también juegan una importante función simbólica ante la opinión pública. Hacen visibles las nuevas fronteras interiores del estado, mostrando a los ciudadanos quiénes no forman parte de ella y los que podrán ser expulsados -excluidos- de la comunidad si no cumplen con las exigencias establecidas por el orden público.

Desde el punto de vista de los derechos humanos los procedimientos de expulsión y los CIE representan el último eslabón de un proceso de despersonalización, en el sentido de no reconocimiento y de pérdida gradual de los derechos de la persona, al que se ve sometido el inmigrante "sin papeles" en la sociedad europea. En los CIE ya no se puede hablar del migrante como semipersona sino del migrante como no-persona, donde es privado de libertad en condiciones inhumanas y con escasas posibilidades de defensa y tutela judicial.

4. EL MIGRANTE COMO DESAFÍO PARA EL ESTADO DE DERECHO Y LA DEMOCRACIA

La política de clausura de fronteras y la conversión de los Estados europeos en máquinas de detención, privación de libertad y expulsión de personas migrantes están socavando los principios básicos del Estado de derecho y de la convivencia social. El inmigrante no es tratado como un sujeto con derechos, sino como una semipersona o una no-persona. La mayoría de los inmigrantes en situación administrativa

²⁸ Ver también los Informes de Migreurop (2011) y CEAR (2009).

²⁹ Ver Boletín Oficial Cortes Generales, 11 de marzo de 2011, Serie D, Núm. 539.

regular viven como metecos, con escasas posibilidades de intervenir en la esfera pública. Y los inmigrantes “sin papeles” deben hacer frente a las medidas de control y sanción.

En los procesos de despersionalización llevados a cabo por la biopolítica sobre los migrantes, fundamentada en el binomio *dejar entrar-residir o expulsar*, se hace visible el nuevo poder disciplinario-regulador que configura los nuevos espacios y senderos por donde transcurre la vida en la sociedad contemporánea (Mendiola, 2010: 54). La biopolítica sobre los migrantes es un claro ejemplo de cómo el poder soberano del Estado nación, redefinido en un marco geográfico supraestatal, tiene el encargo de gestionar la vida de miles de personas que acceden a su territorio, si los incluye o excluye de sus políticas de gobierno. Para ello deberá implementar mecanismos de regulación-gestión y control-sanción.

En este marco, los centros de internamiento para extranjeros se han convertido en un instrumento ordinario de intervención de los Estados en las políticas de extranjería. Forman parte del “derecho penal especial o administrativo” que el legislador ha venido configurando para disponer de instrumentos de control y represión sobre los migrantes. En este subsistema administrativo especial se establecen sanciones que son similares, en su esencia, a las penas y se quiebran derechos y libertades fundamentales de las personas.

La existencia de los centros de internamiento y retención constituye un grave atentado contra los derechos de las personas y pone en cuestión el mismo Estado de derecho. En el interior de éste se ha formado un subsistema penal administrativo, específico para personas extranjeras, que quiebra principios constitucionales básicos. Este subsistema pone de manifiesto que lo que debería ser una excepción, esto es, la detención y el internamiento del extranjero con normas hechas a medida y aplicables bajo circunstancias excepcionales, se ha convertido en una regla en el Estado democrático de derecho. Con la normalización de la excepción ésta ha pasado a formar parte de la razón jurídica, propia del Estado de derecho, cuando antes su espacio de actuación se situaba bajo la razón de estado.³⁰

30 Sobre la primacía de la razón de Estado sobre la razón jurídica y la incompatibilidad entre ellas en el Estado de derecho ver Ferrajoli (1995: 808-816).

A diferencia de lo que sucedía en el pasado, donde el estado de excepción anulaba la ley, ahora la excepción se ha convertido en una forma de gobierno y ha pasado a integrar la propia estructura del Estado. La excepción regulada y normalizada no necesita anular a la ley, sino que más bien hace un uso ordinario de ella. En el Estado democrático de derecho una parte de la razón de estado, no toda, se ha integrado y se ha convertido en un subsistema de la razón jurídica con el fin de gobernar el fenómeno inmigratorio.

La paradoja de todo esto está en que en el ordenamiento jurídico español, pero también podemos hacer extensiva esta afirmación a otros países europeos, la contaminación de la razón jurídica por la razón de estado y el proceso de despersonalización de la persona migrante tienen su fundamento en la Constitución y en esa triada de derechos y libertades que la doctrina y la jurisprudencia elaboran sobre los migrantes. Es la Constitución la que abre la puerta a que los migrantes pasen a estar regulados por un subsistema legal-administrativo con reglas más restrictivas, muchas de ellas discriminatorias y abusivas, que las que rigen para los ciudadanos españoles y europeos. Esta legislación no tiene visos de cambiar, sino que, al contrario, ha sido reafirmada con la aprobación de la *Directiva de la expulsión*. La razón de estado no sólo se ha incardinado en la razón jurídica sino que además pasa a estar legitimada por el principio democrático.

Si volvemos la vista hacia atrás encontramos que en el marco de los procesos de modernización de los siglos XIX y XX la razón jurídica del Estado de derecho se ha ido transformado en una razón "securitaria", con el fin de que los gobiernos puedan implantar medidas de control, vigilancia y represión sobre el conjunto de las poblaciones (Foucault, 1992: 24). Así, el Estado expulsor muestra el resurgir de un Leviatán en permanente tensión con los principios del Estado de derecho. Este nace de una violencia impuesta y su supervivencia como soberano pasa por el ejercicio de una "violencia administrada". El derecho moderno tiene una cara bifronte. La violencia, como señala Benjamín, está presente tanto en el momento de creación del derecho como en el de su conservación (1971: 172). La conversión de las personas migrantes en "no-personas" pone de manifiesto hasta qué punto la violencia es un fenómeno inmanente a las instituciones jurídico-políticas modernas.

La relación de ocultación y de mimesis entre derecho y violencia en la sociedad moderna es, como señala Baratta, uno de los problemas

“congénitos de la modernidad” (2000: 197). La sociedad moderna se autoconstituye y regula sobre la tranquilizadora creencia de que el orden social se podrá construir si el Leviatán logra eliminar las violencias existentes en el cuerpo social para encarnarlas en el derecho, el único legitimado para ejercerla. El orden se fundamenta en la “certeza” de que la soberanía y el derecho son las únicas respuestas racionales y posibles a la violencia difusa en la sociedad. La violencia del soberano, regulada por la ley -la denominada violencia legal- se presenta como el único remedio, el único antídoto eficaz contra la violencia (Resta, 1995:37). Sin embargo, este planteamiento deja la puerta abierta al peligro de que el instrumento de regulación, el derecho, acabe por convertirse también en una mimesis de la violencia que pretende controlar.

En las últimas décadas el Estado contemporáneo ha ido adquiriendo nuevos “contornos bélicos” que se manifiestan en un neopunitivismo, la deshumanización-militarización del sistema penal, el reconocimiento y la aceptación de la tortura, el control de los flujos migratorios, la represión de los migrantes “sin papeles”, el incremento y el uso de la sanción administrativa como una nueva pena, la extensión del miedo y la construcción de emergencias urbanas en las grandes ciudades (Fernández-Silveira-Rodríguez-Rivera, 2010). Todo esto hace que en el Estado “securitario” sea cada vez más difícil marcar la frontera entre la violencia lícita (legal) y la ilícita (ilegal).

Detrás de este Estado securitario con sus contornos bélicos hay un imaginario social que interviene e influye en la reproducción y el funcionamiento del orden social. Por ello, a la hora de analizar el Estado securitario no es posible ignorar el papel que juega lo que Castoriadis denomina la “clausura de sentido” o Derrida el “exterior constitutivo” en la comunidad.³¹

4.1. La “clausura de sentido” y el “exterior constitutivo”

Todo grupo humano, señala Castoriadis, busca mantener su cohesión en el espacio y en el tiempo, algo que se consigue también mediante la diferenciación de los foráneos. Este proceso de diferenciación y, al mismo tiempo, de exclusión de lo exterior se produciría por el hecho de que todo grupo social necesitaría crear

31 Para un análisis de la literatura de la biopolítica sobre las migraciones, la seguridad y los confines territoriales en el contexto de la globalización ver Campesi (2012).

su propio mundo de sentido –sus propias “significaciones sociales imaginarias³²– para mantenerse unido como comunidad. Para el filósofo griego la práctica totalidad de las sociedades conocidas se han instituido mediante una clausura de sentido, en el sentido de que toda sociedad es portadora de un significado que la cierra, la clausura, ante el mundo exterior, fenómeno que al mismo tiempo determina que la sociedad sea más cerrada o más abierta en función de cuáles sean los significados que intervienen en este proceso de clausura (2000: 184).

En la “clausura del sentido” los territorios, las fronteras, los foráneos adquieren importancia en función de los sentidos específicos que los miembros y las instituciones de una sociedad específica les atribuyen. Así, un extranjero es tal “porque las significaciones de las que está imbuido son extranjeras, lo que quiere decir que necesariamente son siempre extrañas”. Estas significaciones se van produciendo a lo largo de proceso de socialización del individuo desde un sentido inicial coextensivo a su propia esfera psíquica privada (sentido “monádico”) a un sentido social común. El sentido de la vida del individuo va cambiando a medida que va pasando por un proceso paulatino de identificación con ámbitos cada vez más amplios de las significaciones sociales existentes en el mundo instituido: desde la familia, la parentela, el grupo de edad, pasando por el clan, la clase social, hasta llegar a la nación y la etnia. Esto quiere decir, que “todos los polos de identificación del individuo corresponden al mundo instituido de las significaciones sociales, en el que evidentemente ocupan un lugar central las significaciones referidas a las diferentes entidades colectivas instituidas de las que el individuo es un miembro o un elemento” (2000: 185). Cuanto más cerrada es una sociedad más fuerte es la identificación de sus miembros con ella. El racismo puede asumir varias formas según como sea construida la relación con el “otro”. Además de la separación o el aislamiento puede establecer también una relación de rechazo y destrucción del “otro” o bien de dominación y asimilación. Lo que es común a todas estas formas es la

32 Significaciones sociales imaginarias pueden ser, por ejemplo, espíritus, dioses, polis, ciudadano, nación, estado, dinero, virtud, hombre, mujer. Castoriadis las llama “imaginarias” porque no corresponden a elementos “rationales” o “reales”, sino que están dadas por creación; y las llama “sociales” porque sólo existen estando instituidas y siendo objeto de participación de un ente colectivo impersonal y anónimo (Castoriadis, 1994: 68).

pretensión de establecer un privilegio, de realizar una exclusión, para dar ventajas a unos y perjudicar a otros.

Pues bien, en este mundo de significados instituidos estarían también las raíces del rechazo, temor y odio hacia el "otro". La búsqueda de certezas últimas por parte de la psique origina muchas veces procesos de identificación fuertes con las creencias de unos determinados colectivos, hecho que puede dar lugar también a comportamientos de desprecio y beligerantes hacia los que no comparten esas creencias o que forman parte de otro grupo. En el origen de estos comportamientos hay, para Castoriadis, un rechazo de la psique del sujeto a aceptar lo que para ella es extraño. El odio al otro hunde sus raíces en el la cuasi-exigencia de la clausura del sentido. El racismo, así es "la aparente incapacidad del sujeto de constituirse en sí sin excluir al otro -y de la aparente incapacidad de excluir al otro sin desvalorizarlo y, finalmente, odiarlo" (Castoriadis, 1993: 26).³³ En este sentido, la xenofobia y el racismo están directamente vinculados con el modo cómo se desarrolla el proceso de socialización-identificación del individuo.

Llegados a este punto la pregunta que debemos hacernos es por qué los seres humanos no pueden considerar a los "otros" como lo que son: simple alteridad, esto es: una persona con otra forma de vida, con otras costumbres, lengua, religión. Dicho con otras palabras: por qué la diferenciación de lo extraño, o el acto de reafirmación del mundo propio -la "clausura de sentido"- va acompañado de la desconfianza, del rechazo, el desprecio hasta llegar a la discriminación, la exclusión e incluso el confinamiento y la violencia sobre el "otro". Castoriadis considera que una respuesta posible a estos fenómenos estaría relacionada con la disolución que se produce en la sociedad moderna de casi todos los grupos colectivos -familia, clases sociales- que hacen de intermediarios y de referentes sociales en las relaciones entre los individuos. La pérdida de estos referentes y de los vínculos sociales provocaría que aquéllos acaben por identificarse con otras entidades, como la "religión", la "nación", la "raza", algo que, en suma, acabaría

33 Castoriadis intenta mostrar que el odio tiene dos fuentes que se refuerzan entre sí: una raíz psíquica, por la tendencia de la psique a rechazar (y así, a odiar) lo que no es ella misma; y una raíz social, derivada de la necesidad de las significaciones imaginarias existentes en una sociedad de cerrarse ante las significaciones existentes en el mundo exterior.

por exacerbar aún más las diferencias respecto a todos aquellos que no formen parte de esas entidades (2000: 192). Foucault, por su parte, contestaría diciendo que ello se debe también a que la ideología racista logró insertándose en los mecanismos de poder y de gobierno del Estado moderno (1992: 263-264). El racismo fue utilizado por el biopoder para diferenciar a unos grupos de otros. El discurso sobre las razas permite fragmentar el campo biológico sobre el que actúa el biopoder, y aporta el discurso legitimador para que éste garantice la vida de unos a costa de la exclusión, discriminación, explotación e, incluso, el sufrimiento y la muerte de otros.³⁴

Más allá de estas respuestas, lo que sí podemos afirmar es que detrás de las actuales legislaciones sobre las personas migrantes y de la conversión de los Estados europeos en Estados expulsores, hay organizaciones sociales y políticas xenófobas y de ideología racista. El apoyo que les da una parte de la opinión pública les ha permitido acceder a los órganos de gobierno nacionales, regionales y locales o influir de forma decisiva en sus políticas.

El ideario racista de estos grupos se fundamenta en un nuevo diferencialismo cultural en el que la etnia o el grupo autóctono ocupa el lugar que antes ocupaba la raza. El reclamo de unas pretendidas diferencias biológicas y genéticas ha dado paso a la defensa de las diferencias culturales entre los grupos étnicos con el fin de evitar que el mestizaje entre autóctonos y foráneos pueda “desnaturalizar” o poner en peligro la identidad y la forma de vida del grupo que acoge al migrante. El nuevo racismo contra los inmigrantes interpreta la pérdida de los vínculos sociales y la anomia existente en las periferias urbanas reclamando una presunta comunidad originaria cuyas virtudes habrían sido transformadas, supuestamente, por aquéllos que no forman parte de ella. En este sentido, la identidad comunitaria, en la medida que apela a una unidad u homogeneización de la comunidad, favorece la estigmatización de los que no comparten los valores de la comunidad o no forman parte de ella: los otros” (Wieviorka, 1992). Esta nueva ideología racista necesita que el “otro”, el foráneo sea caracterizado y diferenciado ya no a través del fenotipo sino mediante otros elementos

34 La experiencia del nazismo lleva a Agamben a contraponer a la formulación de Foucault de la biopolítica como aquella que “hace vivir y deja morir”, la de hacer sobrevivir. Para Agamben la aportación decisiva del biopoder contemporáneo es la “producción de una supervivencia modulable y virtualmente infinita” (2005: 162-163).

y rasgos como pueden ser la lengua, la cultura, la moral, la religión, las costumbres, etc.

Este nuevo racismo necesita identificar unos rasgos morales y culturales como propios de un determinado grupo y atribuirlos a cualquier individuo perteneciente a ese grupo. Este proceso de estigmatización convierte a las personas migrantes no europeas en los “otros” por excelencia. La consecuencia principal de todo esto es la de poner en pie un nuevo racismo segregacionista.³⁵ Esta ideología diferencialista es compartida también por partidos políticos nacionalistas y comunitaristas preocupados por la salvaguarda de las identidades, las tradiciones y la forma de vida de las poblaciones europeas. Para estos partidos, como la Liga del Norte de Italia, el Frente Nacional de Francia. El Partido Liberal de Austria o Plataforma por Cataluña en España, las personas migrantes constituyen los nuevos “enemigos” simbólicos de la patria. Sus discursos no hacen más que remarcar las diferencias entre los de aquí y los de fuera y fomentar, en consecuencia, las políticas de discriminación y de segregación. Pero sus verdaderas pretensiones no son tanto las de impedir un mestizaje entre grupos y culturas, sino sobre todo las de evitar que las personas migrantes –los “otros”– puedan acceder a los bienes y servicios públicos que dispone el grupo autóctono.

El fenómeno de la “clausura del sentido” pone de manifiesto que la “pertenencia” a algún grupo humano viene determinada por el proceso de autoconstitución de la propia sociedad y por los significaciones sociales que la institución como un todo y las instituciones existentes en ésta se dan de sí mismas y, en consecuencia, de los “otros”. La sociedad como un todo se suele autodefinir y autoconstituir, por lo general, mediante discursos de diferenciación de lo externo, de aquello que no forma parte del mismo grupo o comunidad. La condición de miembro del grupo se suele determinar por exclusión o por diferenciación de aquellos que son concebidos como ajenos al mismo. En este sentido, podemos decir que todo grupo –toda comunidad– suele tener, dice Derrida (1977) un “exterior constitutivo” que interviene en el proceso

35 El racismo puede asumir varias formas según como sea construida la relación con el “otro”. Además de la separación o el aislamiento puede establecer también una relación de rechazo y destrucción del “otro” o bien de dominación y asimilación. Lo que es común a todas estas formas es la pretensión de establecer un privilegio, de realizar una exclusión, para dar ventajas a unos y perjudicar a otros.

de creación de la identidad del grupo y que, en última instancia, incluso lo hace posible como tal. Las barreras existentes entre los ciudadanos europeos y las personas migrantes se alimentan tanto de legislaciones e instituciones públicas, que remarcan los límites del territorio y de la ciudadanía –cupos de inmigración, leyes de extranjería, permisos de residencia, mecanismos de expulsión– como de unos discursos ideológicos y políticos, que transforman las diferencias entre ciudadanos y migrantes en una contraposición ontológica: es decir, entre mundos culturales radicalmente opuestos y que por ello, para algunos, no “deben” convivir en un mismo espacio. Hoy día el migrante extracomunitario, especialmente como consecuencia de las políticas de inmigración y extranjería aplicadas por los gobiernos, está desempeñando el papel de “exterior constitutivo” en el proceso de configuración de algo inexistente hasta ahora como es el “demos” -el pueblo- de la propia Unión Europea.

4.2. La vida en común

Las políticas de inmigración y de extranjería sacan a la luz la ambivalencia y las contradicciones de la cultura política democrática existente en España y el resto de los países europeos. Por un lado, se promueven manifestaciones contra el racismo y se castigan penalmente los actos racistas, pero, por otro, se establecen medidas restrictivas respecto a las personas migrantes, se reducen sus derechos, libertades y garantías, se establecen barreras legales y exámenes culturales para realizar, paradójicamente, una correcta integración y se persigue hasta su expulsión a los “sin papeles”. A pesar de las denuncias de las organizaciones defensoras de los derechos humanos, el gobierno español y los europeos mantienen las políticas de inmigración realizadas hasta ahora, e incluso las endurecen, apoyados en una parte importante de la opinión pública que les da sostén.

Ante la extensión de la violencia institucional de los Estados expulsores y desde el punto de vista de los derechos de las personas y de la convivencia en una sociedad mínimamente democrática es necesario defender los principios del Estado de derecho e intentar evitar que se enquisten en sus instituciones mecanismos que quiebran derechos y libertades fundamentales. La convivencia bajo un Estado de derecho pasa por intentar garantizar derechos, libertades y garantías para todas las personas que se encuentran en el territorio, especialmente de

aquellas que están en situaciones de extrema necesidad como son los desplazados, menores desamparados e inmigrantes indocumentados. La persona migrante debe ver respetados sus derechos y libertades fundamentales y, en el caso de que opte por su integración en la comunidad receptora, debe tener la posibilidad de participar y tomar parte en los asuntos de interés general en la esfera pública.

Esta lucha por los derechos, libertades y principios del Estado de derecho debe ir acompañada de un cambio radical en los discursos y en las políticas de inmigración y de extranjería de los gobiernos europeos. Las instituciones públicas no pueden actuar como instancias reproductoras del antagonismo autóctonos-foráneos (migrantes) sino que deberían hacer lo posible para desactivar este antagonismo. Con este fin deben trabajar también organizaciones sociales y políticas, proponiendo soluciones para aquellas circunstancias sociales, culturales, económicas y políticas que originan o que están detrás de las conductas xenófobas, discriminatorias y que, en consecuencia, no hacen más que incrementar el antagonismo y la violencia entre los de aquí y los de fuera. Hoy no cabe otra opción que la de construir entre todos la vida en común.

Por todo ello también se hace necesario que las instituciones públicas y los agentes sociales, como los partidos políticos, sindicatos y ONG reciban el impulso de prácticas sociales que busquen el reconocimiento mutuo entre ciudadanos y migrantes. Ante el nuevo panorama socio-político que está tejiendo la globalización neoliberal hay que intentar que la democracia se convierta en una "forma de vida". Entendemos que con el avance de la democracia y la multiplicación de los espacios sociales en los que las relaciones de poder pasen a estar abiertas a la participación y al control de los ciudadanos se abrirían puertas que permitirían transformar y eliminar aquellos mecanismos institucionales y sociales que actúan como reproductores de desigualdades sociales, que fomentan la discriminación y la exclusión hacia los migrantes y que están detrás de la violencia institucional de los Estados expulsores.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV. (2008). *Frontera Sur. Nuevas políticas de gestión y externalización del control de la inmigración en Europa*, Barcelona: Virus.

Achon, O. (2011) *Importando miseria. La alternativa a la provisión de mano de obra agrícola*. Madrid: La Catarata.

Agamben, G. (2005), *Lo que queda de Auschwitz. El archivo y el testigo. Homo Sacer II, 1*, Valencia: Pre-textos.

Agüelo Navarro, P. y Chueca Sancho, A. (2008) "Directiva de retorno. Directiva de expulsión (Nota crítica a vuelapluma desde los Derechos Humanos)", en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n. 18.

Agüelo Navarro, P. y Chueca Sancho, A. (2009), "La reforma de la Ley de Extranjería. Una crítica desde los Derechos Humanos", en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n. 22.

Amnistía Internacional (2011), *Parad el racismo, no a las personas. Perfiles raciales y control de la inmigración en España*.

Asociación española para el derecho internacional de los derechos humanos (AEDIDH), (2011), *Dictamen Los Centros de Internamiento de Extranjeros*.

Balibar, E. (2003). *Nosotros, ¿ciudadanos de Europa?*, Madrid: Tecnos.

Baratta, A. (2000): "El Estado mestizo y la ciudadanía plural. Consideraciones sobre una teoría mundana de la alianza", en H.Silveira, *Identidades culturales y democracia*, Madrid: Trotta.

Benjamin, W. (1971), "Para la crítica de la violencia", en Id., *Angelus Novus*, Barcelona: Edhasa.

Campesi, G. (2011): *Soggetto, disciplina, governo. Michel Foucault e le tecnologie politiche moderne*, Milano: Mimesis.

(2012): "Migraciones, seguridad y confines en la teoría social contemporánea", en *Crítica Penal y Poder*, n.3 (revista electrónica) <http://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder>.

Castoriadis, C. (1994): *Los dominios del hombre: las encrucijadas del laberinto*, Barcelona: Gedisa. (2000): *Figuras de lo pensable*, Madrid: Cátedra

Cear, (2009): *Situación de los Centros de Internamiento para Extranjeros en España*.

Comité para la eliminación de la discriminación racial (CERD), (2011): *Examen de los Informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 9 de la Convención (CERD/C/ESP/CO/18-20)*.

Chueca Sancho, A.G., (2010): "Un derecho migratorio europeo cada día más incompatible con el derecho internacional de los derechos humanos", en A.G. Chueca Sancho (dir.), *Derechos Humanos, Inmigrantes en situación irregular y Unión Europea*, Lex Nova, Madrid.

Dal Lago, A. (2000): "Personas y no-personas", en H. Silveira (ed.), *Identidades comunitarias y democracia*, Madrid: Trotta.

Defensor del Pueblo (2005), *Informe sobre asistencia jurídica a los extranjeros en España*, Madrid. (2011), *¿Menores o adultos? Procedimiento para la determinación de la edad*.

Derrida, J. (1977): *Posiciones*, Valencia: Pre-textos.

Dirección General de Servicios Penitenciarios. (2011), Circular 1/2011, *sobre estrangeria als centres penitenciaris de Catalunya*.

Espósito, R. (2004), *Bíos. Biopolítica e filosofía*, Torino: Einaudi.

Fernández, Silveira, Rodríguez, Rivera (eds.), (2010), *Contornos bélicos del Estado securitario. Control de la vida y procesos de exclusión social*, Barcelona: Anthropos.

Ferrajoli, L. (1995): *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta.

Foucault, M. (1992), *Genealogía del racismo*, Madrid: La Piqueta.

Gomez-Ferrer, R.J.; Ortega Carballo, C; RipollCarulla, S. (2010), *Derechos fundamentales de los extranjeros en España*, Valladolid: Lex Nova.

De Lucas J. (2008), "*Politiques migratories, Estat de Dret i Ciutadania*" (mecanoscrito), ponencia presentada al seminario *Desafiaments per als drets humans i l'Estat de dret. Control de les migracions a Europa*, OSPDH-CCCB, mayo 2008.

Martinez Escamilla, M, Sánchez Tomás, J.M. (2011), "Controles de identidad, detenciones y uso del perfil étnico en la persecución y castigo del inmigrante "sin papeles": ilegalidad e inconstitucionalidad

de determinadas prácticas policiales”, en <http://www.inmigrapenal.com>.

Mendiola, I. (2009), “La bio(tanato)política moderna y la producción de disponibilidad”, en

Mendiola, I (ed.), *Rastros y rostros de la biopolítica*, Barcelona: Anthropos.

MIGREUROP (2010), *Aux frontières de l'Europe. Contrôles, enfermements, expulsions. Rapport 2009-2010*.

(2011): *CIE Derechos Humanos. Resumen ejecutivo. Informe sobre los centros de internamiento en España*.

Ministerio del Interior, (2008), *Balance de la lucha contra la inmigración ilegal 2008*. (2009), *Balance de la lucha contra la inmigración ilegal 2009*.

Moya Malapiedra, D. (2006). “La desigual representación política dels estrangers extracomunitaris: l'aplicació del dret de sufragi com a solució i com a problema”, en Silveira-Cornelles-Juberias (eds.), *Immigració i Ciutadania. Reptes de la Catalunya del segle XXI*, Barcelona: Fundació Pere Ardiaca.

Moya Malapiedra, D. (2010), “Regulación del derecho de sufragio de los extranjeros en España y los mecanismos alternativos de participación política”, en Moya Malapiedra, D., Viñas Ferrer, A. (eds.), (2010): *Sufragio y participación política de los extranjeros extracomunitarios en Europa*, Barcelona: Fundació Pi y Sunyer.

Observatorio europeo de gerontoinmigraciones (OEG) (2011), “Gerontoinmigración y voto en España”, en *Boletín OEG de Investigación*, nº 1.

Pavón Pérez, J.A. (2008): La propuesta de Directiva relativa al retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en la Unión Europea: ¿un difícil juego de prestidigitación camino de la armonización de procedimientos y normas comunes?, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n. 19.

Resta, E. (1995), *La certeza y la esperanza. Ensayo sobre el derecho y la violencia*, Barcelona: Paidós.

Silveira Gorski, H.C., Rivera, I. (2009): La biopolítica contemporánea ante los flujos migratorios y el universe carcelario. Una reflexión sobre el regreso de los “campos” en Europa”, en I. Mendiola Gonzalo (ed.), *Rastros y rostros de la biopolítica*, Barcelona: Anthropos.

Silveira Gorski, H.C. (2010). “Estados expulsores y semipersonas”, en Fernandez, Silveira, Rodriguez

Rivera (eds.) *Contornos bélicos del Estado securitario. Control de la vida y procesos de exclusión social*, Barcelona: Anthropos.

Silveira Gorski, H.C. (2011). “Análisis de los datos de las personas extranjeras detenidas, internadas y expulsadas en España, Grecia, Italia y Portugal”, en *Crítica Penal y Poder*, n.1 (revista electrónica) <http://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder>.

Wieviorka, M. (1992): *El espacio del racismo*, Barcelona: Paidós.

Nota: texto originalmente publicado en: *Política y Sociedad*, 2012, Vol. 49, Núm. 3: 497-517.



ACTUALIDAD DEL DISCURSO PENAL ILUSTRADO: EL PRINCIPIO DE HUMANIDAD

José Luis de la Cuesta

Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP-IAPL).

Para un estudioso del Derecho penal conservar y desarrollar las ideas de la Ilustración continúa siendo un magnífico objetivo programático. No en vano, es en el pensamiento ilustrado donde los penalistas hallamos la primera formulación de principios centrales del Derecho penal moderno, que constituyen desde entonces parte fundamental del acervo irrenunciable de nuestra cultura jurídica¹. Este es el caso de la inolvidable obra de CESARE BONESANA, *Dei delitti e delle pene*², publicada originalmente en 1746 y considerada como propia por los enciclopedistas franceses, los cuales (como recordara JIMÉNEZ DE ASUA) tuvieron al MARQUÉS DE BECCARIA por “uno de los suyos”³.

La obra de BECCARIA, que continúa siendo de indudable actualidad⁴, encontró un importante reflejo en MANUEL DE LARDIZABAL Y URIBE⁵, calificado como el “Beccaria español”⁶; MANUEL DE LARDIZABAL Y URIBE

1 A.ASUA BATARRITA, “Reivindicación o superación del Programa de Beccaria”, en A. Asua Batarrita (coord.), *El pensamiento penal de Beccaria: su actualidad*, Deusto (Bilbao), 1990, p.10.

2 Para una interesante edición (con introducción, notas y traducción de F.TOMÁS Y VALIENTE), C.BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, Madrid, 1969.

3 *Tratado de Derecho Penal*, T.I.I, 2ª ed. Buenos Aires, 1956, p. 248.

4 M.PISANI, *Attualità di Cesare Beccaria*, Milán, 1998.

5 J.L.DE LA CUESTA, “Manuel de Lardizábal y Uribe”, en R. Domingo (ed.), *Juristas universales*, vol. II, *Juristas modernos*, Madrid, 2004, pp.700 ss.

6 La expresión se extendió a través de SALDAÑA, aun cuando hay quien indica que proviene de DORADO MONTERO, L.PRIETO SANCHIS, “La filosofía penal en la Ilustración española”, en L. Arroyo Zapatero e I. Berdugo Gómez de la Torre (dirs.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*. Cuenca, 2001, p. 504 (n.67). Con todo, destaca RIVACOBRA la mayor influencia de Montesquieu en la obra de Beccaria (*Lardizabal, Un Penalista Ilustrado*, Santa Fe, 1964, pp. 63 ss); ver también en este punto

se convirtió en el más destacado “penalista ilustrado” de estas tierras, al introducir en España las nuevas ideas en relación con la reforma penal, a través de su *Discurso sobre las penas*. En esta obra –urgida con ocasión del Proyecto de CARLOS III de proceder a la modificación y ordenación (codificación) de la legislación penal española en la línea de otros monarcas europeos y con similares ideas renovadoras– LARDIZÁBAL, con estilo claro y elocuente y muy cuidada ordenación racional y sistemática, volcó sus eruditas consideraciones sobre aspectos centrales del Derecho penal, plasmando por primera vez en español los grandes principios iluministas que siguen siendo axiomas básicos de la ciencia del derecho penal en la actualidad.

Recuerda RIVACOBIA Y RIVACOBIA que “la reforma penal de la Ilustración”, inspirada principalmente en la “Filosofía de la razón”⁷, tuvo reflejos trascendentales en *el derecho* procesal penal y siguió en el plano sustantivo tres grandes directrices⁸:

- la “consagración del dogma o axioma de la legalidad”,
- “la supresión o atenuación de los delitos que ya no” coincidían “con las valoraciones de la época”; y,
- por último, aunque no precisamente en importancia, la humanización o mitigación de las penalidades, sometidas a partir de entonces a los postulados de personalidad y proporcionalidad.

Si a los pensadores ilustrados debemos los primeros esfuerzos reales de aplicación de “un trato inteligente y humano de criminales y dementes”⁹, no cabe duda de que el discurso ilustrado sigue teniendo plena actualidad en esta que LIPOVETSKY llama “la era del vacío”¹⁰, tan poco permeable a los discursos humanistas y en la que las exigencias de mayor dureza para los delincuentes se incrementan con cada reforma penal, viéndose acompañadas hasta por proyectos de legitimación de

M.HERNÁNDEZ MARCOS, “Las sombras de la tradición en el alba de la ilustración penalista en España. Manuel de Lardizábal y el proyecto de código criminal de 1787”, *Res publica*, 22, 2009, p. 49 (n.25).

7 *La reforma penal de la Ilustración*, Valparaíso (Chile), 1988, p.15

8 M. DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *ibidem*, pp. 23 ss.

9 M. DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *ibidem*, p. 19 (citando a J.H.RANDALL JR., *La formación del pensamiento moderno*, Buenos Aires 1952, p. 378)

10 G.LIPOVETSKY, *La era del vacío: Ensayos sobre el individualismo contemporáneo*, Barcelona, 2003.

la tortura como medio de investigación criminal y de reintroducción de procedimientos inquisitoriales, y no sólo ni necesariamente para la criminalidad más grave.

En una sociedad democrática, centrada en el valor de la persona, resulta plenamente coherente colocar, al lado de los tradicionales postulados de necesidad, legalidad, culpabilidad y de sus correspondientes corolarios, el principio de humanidad, un principio menos estudiado, pero, sin lugar a dudas, “no menos importante”¹¹ que aquéllos. Y es que, como recordara repetidamente mi maestro ANTONIO BERISTAIN¹², en un Estado social y democrático de Derecho no es admisible que “las relaciones humanas, personales y sociales que surgen de la justicia en general y de la justicia penal en particular” ignoren “la dignidad de la persona”¹³ y su consiguiente derecho al “pleno desarrollo de la personalidad”¹⁴.

I. Todos entendemos con facilidad que respetar la dignidad del ser humano resulta incompatible con su sumisión a ofensas o humillaciones, y compartimos por ello la prohibición por los principales textos internacionales de todo trato cruel, inhumano o degradante.

I.1. La incriminación y castigo a través del Derecho penal de la tortura y de las *penas y tratos inhumanos o degradantes* constituye, en este sentido, la primera consecuencia práctica de la afirmación del principio de humanidad en Derecho Penal. No son pocos, sin embargo, los problemas que la incriminación de la tortura suscita a la hora de su puesta en práctica. En todo caso, y dejando al margen otras cuestiones problemáticas, a partir del mandato de la Administración BUSH¹⁵ se abrió de nuevo el debate sobre la legalización de la tortura

11 A.BERISTAIN, *Nueva Criminología desde el Derecho Penal y la Victimología*, Valencia, 1994, p. 14.

12 “Versus macrovictimación: Investigación y Justicia en la Universidad y en las Iglesias”, *Nuevos Extractos de la Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País, Lección de Ingreso como Amigo de Numero de la R.S.B.A.P.*, Suplemento nº 2-B del Boletín de la R.S.B.A.P., Bilbao, 1991, pp. 9-34.

13 A.BERISTAIN, “Axiomas fundamentales de la Criminología ante la globalización y la multiculturalidad”, *Eguzkilo*, 17, 2003, p.93.

14 E.BLOCH, *Derecho natural y dignidad humana*, Madrid, 1980.

15 M.C.BASSIOUNI, *The Institutionalization of Torture by the Bush Administration. Is Anyone Responsible?*, Intersentia, 2010.

y, consiguientemente, acerca de la posibilidad o no de justificación penal de la misma en supuestos específicos, cuestión que ya estudiara BENTHAM a comienzos del siglo XIX llegando a una conclusión negativa¹⁶. En la actualidad, generalizado en el marco internacional el rechazo de toda práctica de la tortura aun en circunstancias excepcionales (estado de guerra, etc), se suscita por algunos desde el prisma penal si cabe la aplicación de la tortura en legítima defensa o en estado de necesidad, causas de justificación que la Convención de 1984 no excluye de manera expresa, a diferencia de lo que hace con la obediencia debida. Con todo, el hecho de que el Convenio de Roma de 1950 no autorice excepción alguna en este plano permite afirmar la prohibición absoluta de la tortura y su imposible justificación en el marco europeo¹⁷; una solución que es igualmente la correcta en el Derecho español, a tenor del art. 15 de la Constitución. Ahora bien, conviene subrayar que en Derecho penal, en sentido estricto, sólo han de ser considerados fuente de responsabilidad penal, los hechos injustos y culpables, de aquí que, para la posible aplicación de una pena, el juicio de antijuridicidad no basta y debe verse seguido necesariamente por la culpabilidad. En este sentido, la imposibilidad de justificación penal de los supuestos de tortura no impide que en supuestos excepcionales pueda llegarse a la atenuación de la pena o, incluso, a la exclusión de la misma por falta de culpabilidad si las circunstancias concurrentes ponen de manifiesto la situación de inexigibilidad de otra conducta en la que se encontraba el autor.

I.2. La prohibición de la tortura y demás tratos inhumanos o degradantes no sólo obliga a su incriminación como conductas delictivas. También alcanza importantes repercusiones en el campo de las penas y demás consecuencias jurídicas del delito. Ciertamente, el

16 J. L.DE LA CUESTA ARZAMENDI, "¿Justificación de la tortura? Insuficiencias de la normativa penal internacional", en *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, Donostia-San Sebastián, 1989, pp. 695 ss. Ver también, C.ROXIN, "¿Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales?", *Nueva Doctrina Penal*, 2004, pp. 547 ss; asimismo, K.AMBOS, *Terrorismo, Tortura y Derecho Penal. Respuestas en situaciones de emergencia* Barcelona, 2009, pp.19-66.

17 J. L.DE LA CUESTA ARZAMENDI, "Consideraciones acerca del delito de tortura a la luz del Convenio de Roma de 1950", en *Giza Eskubideak European / Los Derechos Humanos en Europa / Les droits de l'homme en Europe / The Human Rights in Europe*, Vitoria-Gasteiz, 1989, pp.190 ss.

art. 1 de la Convención de 1984 excluye del ámbito de la tortura “los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”; pero, de esto no cabe deducir la plena legitimidad de aquellas penas que, aun cuando se encuentre previstas por la ley, se dirijan tan sólo a causar sufrimientos o humillación, las cuales, por su carácter cruel, inhumano o degradante, entrarán de lleno en el campo de la prohibición internacional.

I.2.1 Prescindiendo de las penas corporales¹⁸, el debate se centra en la actualidad, en primer lugar, en torno a la *pena de muerte* (pena contra la que BECCARIA luchó frontalmente y sólo admitió de manera muy excepcional, mientras que para Lardizábal resultaba plenamente compatible con el Derecho natural).

En el plano internacional la inquietud humanitaria ha llevado a la aprobación de diversas moratorias sobre el uso de la pena de muerte¹⁹, que el Pacto internacional de derechos civiles y políticos somete a restricciones²⁰ y cuya abolición es objeto de diversos protocolos²¹. Estos textos y las importantes moratorias han impulsado un renovado movimiento internacional a favor de la abolición de la pena de muerte, aunque no hayan logrado poner término a las ejecuciones capitales en el mundo. Así, a pesar del descenso progresivo en el número de países retencionistas, en 2013 la pena de muerte sigue vigente en 58 países y particularmente en cinco de ellos (Arabia Saudí, China, Estados Unidos, Irán y Pakistán), los cuales, según los informes de las Naciones Unidas, concentran el 88% de las ejecuciones²².

18 En torno a la debatida cuestión de la procedencia o no de la castración química en delincuentes sexuales. R.ROBLES PLANAS, “*Sexual Predators. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad*”, *InDret*, 4, 2007, pp. 8 ss.

19 Así, por ejemplo, a nivel de las Naciones Unidas, tras la resolución 62/149 (15 noviembre 2007), el 18 de diciembre de 2008 la Asamblea General aprobó una segunda Resolución sobre una moratoria en el uso de la pena de muerte.

20 Así, debe reservarse exclusivamente para los más graves delitos y aplicarse con pleno respeto del principio de legalidad criminal, penal y procesal, garantizando derecho a solicitar el indulto o la conmutación y su no imposición a menores de 18 años ni a mujeres en estado de ingravidez.

21 Destacan en Europa los Protocolo adicionales específicos al Convenio de Roma: en particular, el núm.6 (1983) sobre abolición en tiempo de paz; y el núm.13 (2002) que propugna la abolición cualquier circunstancia de la pena capital.

22 J. L.DE LA CUESTA, “The death penalty and drugs”, en L. Arroyo, P.Biglino, W. Schabas, *Towards universal abolition of the death penalty*, Valencia, 2010, pp. 369 s.

La misma naturaleza de los instrumentos empleados pone, con todo, de manifiesto el alcance limitado del rechazo internacional de la aplicación de la pena de muerte por parte de los Estados; tampoco se acepta universalmente que la prohibición de la pena de muerte se derive, sin más, de la proscripción internacional de las penas y tratamientos crueles, inhumanos y degradantes. Esto, a pesar de la Declaración de Estocolmo de 1977 que, impulsada por *Amnesty International*, calificara a la pena de muerte como “el castigo más cruel, inhumano y degradante”, y exhortara a los gobiernos a “tomar medidas para su total e inmediata abolición”, por ser manifiesta la violación del derecho a la vida.

Crece, en cualquier caso, el cuestionamiento de su legitimidad, tanto respecto de perfiles específicos de su ejecución como con carácter general.

En este sentido, el Comité de Derechos Humanos²³ (y los Tribunales regionales europeo e interamericano) se han pronunciado sobre aspectos de la pena de muerte tenidos por incompatibles con el contenido de los convenios internacionales. Así, en Europa, la penosa situación de internamiento en los llamados “corredores de la muerte” fue calificada en 1989 por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁴ como violación del Convenio de Roma. Igualmente en *Öcalan v. Turquía* (2005) este mismo Tribunal declaró contraria al art. 3 la imposición de la pena de muerte en un proceso no equitativo y por un tribunal de discutible independencia e imparcialidad. Esta jurisprudencia europea, ha sido retomada por algunos textos normativos, como el Protocolo de reforma (2003) del Convenio europeo europeo sobre supresión del terrorismo de 1977.

Los métodos de ejecución han llamado asimismo la atención de la jurisprudencia europea. Esta, el año 2000 consideró inadmisibile la expulsión de una mujer al Irán, donde podía ser condenada a muerte

23 La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, precedente del Consejo de Derechos Humanos, indicó en su resolución 2005/59, que “la abolición de la pena de muerte es fundamental para la protección del derecho a la vida”.

24 Asunto *Soering v. Reino Unido*, 1989. Sin embargo, el Consejo de Derechos Humanos, en una jurisprudencia constante, no se ha mostrado tan abierto a esta cuestión y requiere la presencia de circunstancias excepcionales para apreciar en tales casos una violación del art. 7 del Pacto Internacional (así, por ejemplo, *Lavende v. Trinidad y Tobago*, 1997; *Errol Johnson v. Jamaica*, 1996).

por lapidación²⁵. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos – para quien la pena de muerte debe ejecutarse “de forma que cause los menores sufrimientos posibles”²⁶– ha admitido que el método de ejecución puede constituir un tratamiento inhumano o degradante²⁷, si bien consideró en su momento que la ejecución por inyección letal podía ser conforme a las exigencias del Pacto internacional, no así la ejecución por gas asfixiante, modalidad tenida por “particularmente horrible”²⁸.

En realidad, la incompatibilidad de la pena de muerte (y no sólo de la espera en el corredor de la muerte o de algunas de sus formas de ejecución) con un entendimiento adecuado del principio de humanidad, centrado en el respeto a la persona humana como tal, debería quedar fuera de toda cuestión; así lo reclama la Red académica internacional recientemente creada en la que participo en representación de la Asociación Internacional de Derecho Penal. Merece, por ello, subrayarse el ejemplo de los Estatutos de los Tribunales Internacionales para la Antigua Yugoslavia y para Ruanda, así como del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional²⁹: todos ellos, competentes para el enjuiciamiento de los crímenes internacionales más graves y que suscitan la mayor repulsa, han renunciado a la inclusión de la pena de muerte en el elenco de penas aplicables.

I.2.2. La incompatibilidad con el principio de humanidad predicada de la pena de muerte, puede afectar igualmente a determinadas formas de privación de libertad: tal es el caso de la cadena perpetua, cuyo carácter inhumano se discute desde hace más de dos siglos³⁰; y de las penas de muy larga duración.

I.2.2.1. Conforme al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos las penas privativas de libertad han de aplicarse “humanamente y con el respeto debido a la dignidad” (apdo.1) y el régimen penitenciario debe consistir “en un tratamiento cuya finalidad

25 Asunto *Jabari v. Turquía*, 2000.

26 *Observation générale* 20 (44), 3 abril 1992.

27 Asunto *Kindler v. Canadá*, 1993.

28 Asunto *Charles Chitat Ng v. Canadá*, 1994

29 W.SCHABAS, “Life, Death and the Crime of Crimes. Supreme Penalties and the ICC Statute”, *Punishment and Society*, 2, 2000, pp.263 ss.

30 D.VAN ZYL SMIT, “Life imprisonment as the ultimate penalty in International Law: a human rights perspective”, *Criminal Law Forum*, 9, 1999, pp.28 s.

esencial sea la reforma y la readaptación social de los penados” (apdo.3). Los negativos efectos psicológicos y sociales generalmente ligados al internamiento de larga duración³¹ –que se ven ciertamente agravados cuando a ello se añade la aniquilación de toda esperanza de posible liberación y las duras circunstancias que suelen acompañarla (incrementando sin duda el riesgo de suicidio en prisión)– constituyen un importante argumento de peso en contra de la conciliación de estas penas con el principio de humanidad. Pero lo esencial en la *cadena perpetua* no es tanto la gravedad de aquellos efectos, cuya inevitabilidad no queda exenta de discusión; su contradicción radical con la dignidad humana deriva más bien de su desconocimiento de “las propiedades específicas del ser humano”, al que (como destaca TORIO LÓPEZ) se acaba declarando “incapaz de un proyecto existencial del que no forme parte el delito”³², negándole “no ya la perfectibilidad moral (...), sino su elemental derecho a una segunda oportunidad en la sociedad, tras haber purgado la condena merecida”³³.

A pesar de lo anterior, la presencia de la cadena perpetua en el plano comparado sigue siendo muy importante, habiendo sustituido casi con habitualidad a la pena de muerte tras su abolición, lo que ha incrementado su imposición y aplicación³⁴. Aún más, la reclusión a perpetuidad es contemplada por el Estatuto de la Corte Penal Internacional como la pena más grave, aplicable “cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado”³⁵.

31 Así, además de las obras ya clásicas de CLEMMER (*The Prison Community*, New York, 1958) o GOFFMAN (*Asiles. Etudes sur la condition sociale des malades mentaux et autres reclus*, Paris, 1968), C.HANEY, *Reforming Punishment: Psychological Limits to the Pains of Imprisonment*, Washington, 2006.

32 “La prohibición constitucional de las penas y tratos inhumanos o degradantes”, *Poder Judicial*, 4, 1986, p. 81.

33 F.SAVATER, “Contra la cadena perpetua”, *El Correo digital* (23.08.08) (<http://www.elcorreodigital.com/vizcaya/20080823/opinion/contra-cadena-perpetua-20080823.html>)

34 D.VAN ZYL SMIT, “Abolishing life imprisonment?”, *Punishment and Society*, 2001, p. 300.

35 Sin embargo, no resulta directamente mencionada en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la Ex-Yugoslavia o Ruanda. Estos se remiten, en cuanto a la fijación de “las condiciones del encarcelamiento, (...) a las normas de penas de prisión aplicada por los tribunales de” Yugoslavia y de Ruanda, teniendo “en cuenta factores como la gravedad de la infracción y la situación personal del condenado”

La cuestión de la constitucionalidad de la prisión a perpetuidad ha suscitado también la intervención de las máximas instancias judiciales de algunos países. Parecer generalizado es que la admisibilidad de la cadena perpetua no puede resultar incondicional³⁶: obliga a analizar no sólo las condiciones de ejecución, sino igualmente la posibilidad de su revisión al término de determinados años de cumplimiento y con base en un procedimiento plenamente homologable desde el prisma de la independencia del órgano decisorio y del respeto de los derechos de la defensa. Esta ha sido, por ejemplo, la línea seguida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con sentencias a perpetuidad impuestas en el Reino Unido³⁷.

En suma, para no pocas instancias –y como afirmaran ya el Consejo de Europa³⁸ y el Tribunal Constitucional alemán hace más de treinta años– el encarcelamiento de una persona de por vida sin esperanza de liberación no resulta compatible con el principio de humanidad, de aquí que, para que la prisión a perpetuidad pueda conciliarse con la dignidad humana, deba quedar abierta la posibilidad de revisión o de liberación condicional transcurrido un plazo de efectivo cumplimiento; este período de seguridad que presenta múltiples variantes en el Derecho comparado, no debería exceder en la práctica los 20 años de encarcelamiento.

I.2.2.2. Al rechazo de la cadena perpetua debe sumarse el de la tendencia de un número creciente de sistemas que, no contemplando la prisión a perpetuidad en su elenco punitivo, van introduciendo *penas de una duración desmesurada* y completada en su ejecución por

(arts. 24 y 23 de los respectivos Estatutos). Aun cuando en Yugoslavia la pena máxima de prisión era de 20 años (Ruanda sí conocía la cadena perpetua), esto no ha impedido al Tribunal Penal Internacional entender que el art. 24 le otorga flexibilidad suficiente para aplicar la pena de prisión a perpetuidad. Críticamente, D.VAN ZYL SMIT, "Life imprisonment...", *cit.*, pp.16 ss.

36 S.VERELST, "Life imprisonment and human rights in Belgium", *Human Rights Law Review*, 3-2, 2003, p. 283.

37 S.VERELST, *ibidem*, pp. 282-283. En 1983 (*Solem v Helm*), la imposibilidad de acceso a la libertad condicional fue igualmente la razón determinante, en los EE.UU. de América, de su calificación como desproporcionada (y, por tanto, contraria a la octava enmienda: castigo cruel e inusual). No obstante, con posterioridad, y a pesar de reñidos debates y votaciones en el seno del Tribunal Supremo, se han considerado plenamente constitucionales cadenas perpetua sin posibilidad de libertad condicional S.VERELST, *ibidem*, p. 281.

38 COUNCIL OF EUROPE, *Treatment of long-term prisoners*, Strasburg, 1977, p. 22.

reglas tan estrictas dirigidas a su cumplimiento íntegro, que acaban asimilando la situación de los condenados a la de los presos a perpetuidad incondicional. Ejemplo de lo anterior es claramente el caso de la legislación española, particularmente tras las reformas de 2003. Pues bien, como hace tiempo señalan los especialistas³⁹, todo internamiento de duración superior a 15-20 años corre un grave riesgo de causar daños irreversibles en la personalidad del preso, por lo que la pena privativa de libertad no debería superar, en su cumplimiento efectivo, ese límite temporal. Obviamente esto obliga a replantear el tratamiento de los delincuentes peligrosos que, al término de su condena, sigan presentando un riesgo relevante de comisión de graves hechos delictivos⁴⁰. En este orden de cosas, la opción seguida por la última reforma del Código penal consistente en la previsión (en la sentencia condenatoria) de la libertad vigilada, como medida de seguridad, aplicable a aquellos sujetos cuya peligrosidad criminal quede ratificada como subsistente una vez cumplida la pena privativa de libertad (y, muy en particular, si se trata de delincuentes sexuales y de terrorismo), siempre que se vea modulada por el respeto del principio de proporcionalidad, parece una solución más razonable que la continuación *sine die* del internamiento.

I.3. La influencia del principio de humanidad ha de ser también clara y muy relevante en el *plano penitenciario*.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y diversas recomendaciones internacionales –como las Reglas Mínimas internacionales (y las Reglas penitenciarias europeas)– sirven de referencia a los tribunales para determinar, en el caso concreto, la compatibilidad o no de las medidas o intervenciones cuestionadas con base en aquel postulado. Y son ya, en este sentido, no pocas las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que rechazan

39 Por todos, A.BERISTAIN, *Derecho penal y Criminología*, Bogotá, 1986, p.198.

40 J.M.ZUGALDÍA ESPINAR, “Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 1, 2009, pp. 197 ss.

determinadas prácticas⁴¹ y condiciones de internamiento⁴², en especial, respecto de ciertas categorías de internos, las cuales –como las personas ancianas, los afectados por alteraciones mentales o, muy en particular, los enfermos graves– precisan de cuidados específicos y no deben ser sometidas a determinadas medidas disciplinarias y/o de contención física sin probada necesidad⁴³. El Tribunal europeo ha declarado igualmente inadmisibles la alimentación forzosa a internos en huelga de hambre con empleo de medios extremos y sin necesidad terapéutica real⁴⁴; y el cacheo integral con inspección íntima mantenido sistemáticamente durante dos años tras cada comunicación⁴⁵.

También las más altas instancias judiciales de los Estados van desarrollando su propia jurisprudencia en la materia. De hecho, en el caso del Tribunal Constitucional español⁴⁶, la mayoría de los supuestos estudiados de tortura y tratos inhumanos o degradantes conciernen al marco penitenciario.

41 Encadenamiento del preso de edad a su cama durante su hospitalización (*Henaf v. Francia*, 2003); afeitado de la cabeza en el marco de una sanción disciplinaria (*Yankov v. Bulgaria*, 2003); cuidado de un heroinómano que presentaba síntomas de abstinencia y fallece en prisión (*McGlinchey y otros v. Reino Unido*, 2003).

42 P.e. y en combinación con otras circunstancias, como la duración de la detención, en centros sobrepoblados e insalubres, (*Kalachnikov v. Rusia*, 2002; *Mameova v. Rusia*, 2006), en celda de dimensiones muy insuficientes (*Cenbauer v. Croacia*, 2006) o con falta de agua y alimentación (*Kadik.is v. Letonia*, 2006). También ha apreciado violación del art. 3 en un caso de prisión provisional en la que se exigía al interno pagar para obtener una mejora de las condiciones de internamiento (*Modarca v. Moldavia*, 2007).

43 Cabe destacar las sentencias de los asuntos *Mouisel v. Francia*, 2002; *Farbthus v. Letonia*, 2004; *Melnik v. Ucrania*, 2006; *Rivière v. Francia*, 2006; *Popov v. Rusia*, 2006; *Khudobin v. Rusia*, 2006; *Tarariyeva v. Rusia*, 2006; *Hüseyn v. Turquía*, 2007; *Gorodnitchev v. Rusia*, 2007; *Paladi v. Moldavia*, 2007; *Koutcherouk v. Ucrania*, 2007; *Yakovenko v. Ucrania*, 2007; *Dybeku v. Albania*, 2007; *Renolde v. Francia*, 2008; *Kotsaftis v. Grecia*, 2008.

44 *Nevmerjitski v. Ucrania*, 2005; *Ciorap v. Moldavia*, 2007. Ver igualmente, entre otras, *Hunc v. Turquía*, 2004, sobre el tratamiento aplicado a huelguistas de hambre con síndrome de Wernicke-Korsakoff.

45 *Frérot v. Francia*, 2007; asimismo, sobre cacheo a detenidos, *Salah v. Holanda*, *Baybasin v. Holanda*, 2006.

46 F.REVIRIEGO PICÓN, *Los derechos de los reclusos en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, 2008, pp. 55 ss. Ver también, T.MONTERO HERNANZ, “La jurisprudencia del Tribunal constitucional en materia penitenciaria (1981-2007)”, *Revista General de Derecho Penal*, 9, 2008, RI §403783.

I.4. Pero las consecuencias del principio de humanidad para la vida penitenciaria no se agotan en la prohibición de tratamientos inhumanos o degradantes en prisión.

Por el contrario, en línea con el Pacto internacional de derechos civiles y políticos (y, en España, con la propia Constitución), corolario del principio de humanidad ha de ser la *orientación resocializadora* de la pena privativa de libertad, cuanto menos en su aspecto ejecutivo. Ahora bien, hemos de ser conscientes de que el aseguramiento de la resocialización del condenado es algo totalmente ajeno a las posibilidades reales del sistema penitenciario. Por ello corresponde más bien a éste esforzarse en procurar, de entrada, la atenuación o reducción del contenido estigmatizador y separador propio de toda decisión de internamiento en prisión, aprovechando el período de ejecución penitenciaria para tratar de abrir oportunidades a la participación del interno en el sistema social: sin perjuicio de posibles intervenciones terapéuticas, vías privilegiadas de lo anterior son la aproximación de la vida de dentro a la de fuera, el fomento de la comunicación del preso con el exterior y la facilitación de la incorporación progresiva del penado a la vida en libertad.

En suma, y frente al permanente riesgo de conversión de los establecimientos en meros depósitos de seres humanos⁴⁷, el entendimiento democrático del ideal resocializador

- *obliga*, en primer término, al compromiso con la humanización del universo prisional, presupuesto de cualquier labor resocializadora⁴⁸; e,
- igualmente, y, junto al refuerzo de las garantías individuales de los internos y la apertura de amplios programas de relación con el exterior, *requiere* de manera prioritaria la puesta en práctica de acciones eficaces y permanentes de control de la sobrepoblación penitenciaria⁴⁹, que tantas dificultades plantea para cualquier intervención penitenciaria adecuada y eficaz;

47 A.BERISTAIN, *Derecho Penal...*, cit., pp.194 ss.

48 H.KAUFMANN, *Principios para la reforma de la ejecución penal*, Buenos Aires, 1977, p. 47.

49 J.L.DE LA CUESTA ARZAMENDI, "Retos principales del actual sistema penitenciario", en *Jornadas en Homenaje al XXV Aniversario de la Ley Orgánica General Penitenciaria*, Madrid, 2005, pp.134 s.

- por fin, *demand*a un esfuerzo especial en el desarrollo de sistemas y mecanismos de ejecución atenuada, así como en la aplicación de alternativas válidas para las penas cortas de prisión. Destaca entre éstas, junto a la multa, el trabajo en beneficio de la comunidad⁵⁰, una pena cuyo éxito no depende tan sólo, como pone de relieve la práctica, de una regulación normativa adecuada y suficiente, sino muy principalmente de la constitución de una amplia red de entidades públicas y privadas colaboradoras, capaz de configurar una oferta de actividades válidas suficientemente variada.

II. Si, tradicionalmente, el campo de aplicación del principio de humanidad ha girado en torno a las cuestiones que se acaban de repasar (centrando su foco de atención en el sujeto activo del delito y presentándose como uno de los postulados limitadores del poder punitivo del Estado), a partir de la enseñanza de la Victimología a nadie se le escapa que una política criminal inspirada por el principio de humanidad no sólo no puede ignorar las necesidades de las *víctimas*, sino que debe asumir como una de sus prioridades más básicas el esfuerzo por su atención y satisfacción. Superando la limitada perspectiva de la víctima como sujeto pasivo de la acción o del delito, el respeto del principio de humanidad en Derecho penal exige, en este sentido, hacer pasar a las víctimas “del olvido al reconocimiento”⁵¹, garantizando todos sus derechos, otorgándoles pleno protagonismo en el sistema penal y colocando al principio de protección de las víctimas al mismo nivel que la proscripción de las penas y tratamientos inhumanos y degradantes y la orientación resocializadora de la pena.

Tratar a las víctimas con humanidad obliga a partir del pleno reconocimiento y respeto de lo que jurídicamente supone su condición y, muy en particular, de sus derechos a la información y a la verdad, al acceso a la justicia y a la reparación. También en este último plano las propuestas ilustradas se adelantaron ampliamente a su tiempo, disponiendo ya la *Leopoldina* la formación de una caja con el importe procedente de las penas de multa para indemnizar a las víctimas en caso de insolvencia o fuga del delincuente, así como a los procesados

50 J.A.BRANDÁRIZ GARCÍA, *La sanción penal de trabajos en beneficio de la comunidad*, Valencia, 2009.

51 I.J.SUBIJANA ZUNZUNEGUI, *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento*, Granada, 2006.

y/o encarcelados que resultaran absueltos sin dolo o culpa de nadie, unos programas que sólo en la última parte del pasado siglo XX han comenzado a encontrar reflejo legislativo en algunos países.

En todo caso, el derecho a la reparación de las víctimas –que ha de abarcar, cuanto menos, la prevención de situaciones de desamparo–, no debe quedar en lo meramente patrimonial: siempre que la agresión alcance a bienes personalísimos con una cierta entidad, ha de buscarse una reparación integral, inclusiva de medidas asistenciales y de acompañamiento y de la obtención y disfrute de ayudas públicas para la superación de la victimización.

Además, conviene no olvidar (particularmente en momentos como los que vivimos en la actualidad, ante el riesgo de una revictimización que nadie quiere) lo peculiar de las macrovictimaciones (y muy en especial de la macrovictimación terrorista)⁵², que acentúan la dimensión colectiva e intensifican la necesidad y urgencia de las acciones de solidaridad, atención y reparación integral y la adopción de todas las medidas apropiadas que puedan contribuir

- al reforzamiento de los derechos victimales (muy en particular, al reconocimiento de su condición de víctimas, a la verdad y a la memoria);
- a la protección frente a posibles agresiones o vejaciones y tutela de su intimidad; y,
- a la asistencia en los planos físico, psicológico, familiar, laboral, social...

Allado de lo anterior, y frente a quienes entienden que la protección de la víctima queda al margen del Derecho penal, hay que afirmar la importancia y repercusiones que alcanza el principio de protección de las víctimas, como corolario del axioma de humanidad. Como indicara en su tesis doctoral IÑAKI SUBIJANA, múltiples son las vías abiertas con este propósito, tanto en lo procesal como en lo sustantivo. Destacan entre ellas, en este último plano:

- la selección y tipificación adecuada de los supuestos que desde el prisma victimológico merecen un tratamiento bien privilegiado o agravado;

52 A.BERISTAIN, *Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana (Evolución en el campo jurídico penal, prisional y ético)*, Valencia, 2005, pp. 33 ss.

- el desarrollo de la justicia reparadora, potenciando la mediación, mejorando la regulación de la responsabilidad civil, convirtiendo a la reparación en una tercera vía penal y dotando de un mayor contenido reparatorio de la víctima al trabajo en beneficio de la comunidad;
- así como, en general, la colocación de “las víctimas en el centro neurálgico de las sanciones penales”⁵³,
 - promoviendo respuestas penales que las protejan, generando barreras a ulteriores procesos de victimización;
 - dando mayor cabida en los procesos de determinación judicial de la sanción penal a consideraciones relativas a sus circunstancias; y
 - abriendo espacios de participación de las víctimas en el ámbito de la ejecución.

En esta misma línea se inscribe el último sueño de ANTONIO BERISTAIN, publicado en su trabajo póstumo, donde reclama de manera expresa⁵⁴:

- la abolición del talante y el poder punitivo y vindicativo, que imperan e impregnan desde hace siglos el Derecho penal y la justicia penal”, y
- su sustitución por el “paradigma reparador y reconciliador”, a través de una *Justicia victimal* que, en las antípodas del Derecho penal tradicional, innove y aplique sanciones protectoras, reparatoras y dignificadoras de las víctimas.

* * * * *

Recapitulando, dos son los planos principales en los que el contenido específico del principio de humanidad debe hallar manifestación en el Derecho penal contemporáneo:

- De un lado, y como tradicionalmente viene reclamándose, en el ámbito penal y penitenciario, a partir de:

53 I.J.SUBIJANA ZUNZUNEGUI, *El principio...*, cit, p.128.

54 A.BERISTAIN, “La religión genera violencia; más genera paz y justicia victimal (Necesidad de Facultades de Teología en las Universidades” (pendiente de publicación en el *Libro Homenaje al Profesor Gerardo Landrove Díaz*), pp. 11 s.

- la prohibición de la tortura y de toda pena y trato inhumano o degradante con sus correlativos corolarios;
 - la incriminación de la tortura;
 - la proscripción de las penas puramente aniquiladoras del ser humano o dirigidas tan sólo a causar sufrimientos o humillación (como la pena de muerte, la cadena perpetua y las penas de duración desmesurada que acaban colocando a los condenados en peor situación que la de los presos a perpetuidad); y
 - la orientación resocializadora de la pena, en particular, si privativa de libertad.
- Asimismo, y con creciente importancia, en cuanto a la atención a las víctimas de toda infracción penal. Es tiempo ya de que éstas salgan, en efecto, del olvido (y hasta marginación) que durante tanto tiempo han sufrido y se vean efectivamente reconocidas, en su derecho a una *reparación integral*, la cual no sólo ha de abarcar la efectiva restitución, reparación e indemnización de los daños y perjuicios sufridos:
- sino que, asegurando simultáneamente todos sus demás derechos, ha de otorgarles pleno protagonismo en el sistema penal, al tiempo que se promueve y se favorece su participación social.

ADENTRÁNDONOS EN LA MENTE DE UN ASESINO SERIAL: ENTREVISTAS CON MABOU

José Martín Amenabar¹

Doctor en psicología y miembro asociado de la Escuela Española de Terapia Reichiana; Trabaja como profesor de tiempo completo en la Facultad de Psicología de la Universidad del País Vasco, dedicándose al estudio de los fenómenos psicopatológicos y violentos.

Yo, como el archidemonio, llevaba un infierno en mis entrañas;
y, no encontrando a nadie que me comprendiera, quería arrancar
los árboles, sembrar el caos y la destrucción a mi alrededor,
y sentarme después a disfrutar de los destrozos.

MARY SHELLEY, *Frankenstein*.

1. INTRODUCCIÓN

Un día de mayo de 1998 una muchacha de 17 años logró escapar de una casa en construcción, situada en cierta colonia al norte del Distrito Federal, México, donde había sido llevada a la fuerza por un hombre. Una vez que las autoridades mexicanas tuvieron conocimiento de lo sucedido, se planteó el operativo policial correspondiente y se efectuaron varias averiguaciones en la vivienda, incluyendo diversas excavaciones, a partir de las cuales se puso al descubierto que este victimario, nacido en 1967, al que denominaré Mabou, anteriormente secuestró, mató y enterró a dos mujeres jóvenes (de 25 y 19 años), a

1 La correspondencia debe enviarse a: José Martín Amenabar Beitia, Departamento de Personalidad, Evaluación y Tratamiento Psicológico. Facultad de Psicología. Universidad del País Vasco. Avenida de Tolosa, 70, 20018 San Sebastián. Spain. josemartin.amenabar@ehu.eus. El texto fue extraído, con la respectiva autorización de la Revista Española de Investigación Criminológica (REIC), número 13 (2015).

una de las cuales previamente violó. Contra su primera víctima actuó a mediados de 1997 y contra la segunda a principios de 1998. Mabou dice haber matado a las dos muchachas porque “sentí la necesidad de hacerlo”. No las conocía. “Fue al azar”. “Me gusta lo que es fuera de lo común y lo hice”.

Hay sujetos, como Mabou, que en determinada época de sus vidas empiezan a fantasear con la idea de cometer un asesinato y que finalmente llegan a matar a alguien (que generalmente no conocen) por “necesidad” psicológica. Pasado cierto tiempo, sienten nuevamente la necesidad de matar, fantasean con la idea de volver a hacerlo y lo hacen. Son los asesinos seriales, una variedad de depredadores de seres humanos que van cometiendo sus homicidios en diversas secuencias temporales. En la definición comúnmente aceptada al respecto, tal como observan Garrido y López Lucio (2006), se describe a un individuo que mata a tres o más personas en diferentes momentos que van intercalados con períodos de “enfriamiento” durante los cuales el asesino en cuestión no siente (o si siente, es capaz de controlar) la urgencia de matar. No obstante, el criterio numérico de tres o más víctimas es objetable, “porque en ocasiones el responsable de una o dos muertes no comete un tercer asesinato debido a que resulta capturado con anterioridad” (Garrido & López Lucio, 2006, p. 22), no por falta de ganas. Y en la medida que su inclinación era la de seguir matando si nadie ni nada se lo hubiera impedido, hay investigadores que contemplan como criterio numérico suficiente la comisión de dos asesinatos.

Entre los asesinos seriales algunos de ellos, diagnosticados como psicóticos, pueden haber cometido los crímenes por sus problemas de reconocimiento de la realidad, inconscientes del daño causado, mientras que otros se han adentrado en una vorágine de muertes periódicas a sabiendas de lo que hacían y sin sentirse, por lo menos aparentemente, conmovidos por el sufrimiento ocasionado; a estos últimos, debido a la insensibilidad afectiva mostrada junto con otras características de personalidad, cabe diagnosticar como psicópatas. Y tal como informa Skrapec (2000), los estudios efectuados sobre los asesinos seriales señalan la psicopatía como patología predominante. De todos modos, teniendo en cuenta que muchos psicópatas² no son delincuentes (así

2 Para ahondar en el tema de la psicopatía pueden consultarse los trabajos de Hare (1984, 2000, 2003). Amenabar

como muchos delincuentes no son psicópatas) y que la mayoría de los delincuentes psicópatas no son asesinos seriales, hemos de considerar que “la psicopatía por sí sola no explica las motivaciones de un asesino serial” (Morton & Hiltz, 2008, p. 14).

El diagnóstico psicopatológico no resulta suficiente “para explicar por qué alguien siente la necesidad de matar una y otra vez. Necesitamos conocer mejor al asesino en serie como individuo: tenemos que examinar el mundo tal como él lo experimenta” (Skrapec, 2000, p. 163). Más allá de clasificarlo psicopatológicamente, el propósito radica en conocer cuáles son los acontecimientos fundamentales de su vida, cómo le han afectado o los ha vivido y qué significados otorga a sus actos, sin perder de vista en este proceso de investigación el tipo de relación o interlocución establecido con el investigador. Obviamente se trata de una metodología cualitativa y, como tal, “es naturalista, participativa e interpretativa” (Kerlinger & Lee, 2002, p. 533), fundamentada en el análisis del discurso y caracterizada por su flexibilidad o poca estructuración, lo que se visualiza durante las entrevistas.

Cuando se aborda un estudio de caso desde la perspectiva de la subjetividad, más que plantear una hipótesis por la cual anticipar algo, el proceso de investigación se articula como apertura al discurso (significativo) del otro, para poder enfocar la atención y el nivel de análisis en las temáticas o problemáticas que le afectan (y a veces obsesionan), tratando de hallar en la madeja de su discurso (resultado de operaciones defensivas ante sucesos traumáticos, conflictos y/o carencias) las claves descifradoras o explicadoras de su conformación psíquica. Para ello, con objeto de estructurar la propuesta de análisis del caso Mabou, me he basado en las aportaciones realizadas por relevantes autores así como en el conocimiento que yo mismo he ido adquiriendo al entrevistar y analizar a numerosos reclusos.

Como tesis general de investigación me baso en la idea de que el sujeto violento lo es porque, no habiendo tenido capacidad o posibilidad de procesar sus heridas emocionales, sintiéndose mal consigo mismo, necesita tomar al otro como objeto depositario de su malestar o sufrimiento³ (Bion, 1996; Miller, 1998; Winnicott, 1993). Tengamos en cuenta que en el pasado infantil de los victimarios (o

3 Para conocer mis reflexiones y consideraciones acerca de los fenómenos violentos puede consultarse: Amenabar (2014).

más concretamente en el de los asesinos seriales⁴) podemos encontrar episodios de maltrato y/o una pernicioso soledad (Bowlby, 1982; Dutton & Golant, 1997; Fromm, 1967; Garrido, 2007; Martens, 2001; Meloy⁵, 2002; Miller, 1998; Miller, 2014; Palermo, 2008; Reich, 1980; Ressler, Burgess & Douglas, 1995; Ressler & Shachtman, 1995; Rojas Marcos, 2004; Winnicott, 1996). Experiencias patógenas. Alimentadoras de resentimiento y deseos de venganza contra el mundo.

En el libro *Sexual homicide: Patterns and motives*, Ressler, Burgess & Douglas (1995) informan de ciertas situaciones y conductas que los asesinos habrían vivido o protagonizado con frecuencia durante la infancia: fantasías (82%), masturbación compulsiva (82%), aislamiento (71%), mendacidad (71%), enuresis (68%), rebeldía (67%), pesadillas (67%), destrozos de la propiedad (58%), incendios (56%), robos (56%), crueldad con los niños (54%), pobre imagen corporal (52%). Estos índices son relativamente estables en el tiempo. Por ejemplo, en lo que respecta a la incidencia del aislamiento social entre los asesinos, el porcentaje de su aparición en la niñez era un 71%, en la adolescencia un 77% y en la etapa adulta un 73%.

Los asesinos seriales (Garrido, 2007; Martens, 2001; Palermo, 2008; Ressler & Shachtman, 1995) suelen ser solitarios. “La mayor parte de ellos han crecido tímidos, solitarios, extremadamente sensibles, con sentimientos de ser rechazados, no amados y abandonados y albergando una hostilidad básica hacia personas específicas y/o a todo el mundo [...]. La mayoría manifestaría algunos o todos los criterios para conductas desordenadas en la infancia y desórdenes de la personalidad antisocial, narcisista y/o esquizoide en la adultez” (Miller, 2014, p. 13).

4 Tal como apunta Meloy (2000), Ressler y sus colaboradores fueron los primeros investigadores en estudiar detenidamente los antecedentes de los homicidas sexuales, habiendo descubierto que muchos de ellos provenían de familias con alcoholismo, enfermedades psiquiátricas y criminalidad y que en un porcentaje significativo padecieron maltrato físico y abuso sexual. Amenabar

5 Para conocer algunas de las tesis psicoanalíticas preponderantes sobre la violencia destructiva pueden consultarse los trabajos de Meloy (2002) y de Yakeley & Meloy (2012).

2. MÉTODO

El presente artículo constituye un estudio sobre Mabou a partir de determinados extractos correspondientes a las 25 entrevistas⁶ en profundidad que le realicé a lo largo de sucesivas visitas a la cárcel entre junio de 1999 y noviembre de 2000.

2.1. Participante

Nombre ficticio: Mabou

Sexo: masculino.

Año de nacimiento: 1967.

Composición familiar: madre, padre y ocho hermanos (cinco varones y tres mujeres).

Ocupación de la madre: ama de casa.

Ocupación del padre: vendedor de bienes raíces.

Orden de nacimiento de Mabou: el menor de los hermanos.

Estado civil: soltero.

Hijos: no tiene.

Nivel de estudios: educación secundaria sin finalizar.

Ocupación: carpintería.

Edad de inicio de las fantasías homicidas: entre los 17 y 18 años.

Edad de inicio de las relaciones sexuales: 28 años.

Edad al inicio de la andadura homicida: 30 años.

Períodos de los crímenes: mediados de 1997, principios de 1998, mayo de 1998.

Fecha de inicio del proceso de entrevistas: junio de 1999.

Edad al inicio del proceso de entrevistas: 32 años.

Fecha de finalización del proceso de entrevistas: noviembre de 2000.

Situación penal: al término del proceso de entrevistas, en noviembre de 2000, Mabou llevaba algo más de dos años encarcelado. Tenía una condena de 50 años.

6 He de decir que he realizado algunas pequeñas modificaciones gramaticales en el relato de Mabou, que en absoluto alteran su contenido, con objeto de favorecer su lectura y seguimiento.

2.2. Duración del proceso de las entrevistas

Aproximadamente un año y medio. Las entrevistas con Mabou se interrumpieron repentinamente debido a su traslado a un centro psiquiátrico penitenciario, lo que nos impidió explorar y ahondar en ciertos pasajes infantiles y del desarrollo psicosexual. Realmente yo hubiera deseado continuar con el proceso de entrevistas hasta el momento de acordar entre los dos el punto final. En mi mente estaba la idea de volver a verle, hablar de su situación tras el tiempo transcurrido, agradecerle su participación en la investigación y cerrar el tema de nuestra separación. Este encuentro pudo darse años después (un día de agosto de 2005), una vez que se encontraba nuevamente en la cárcel donde yo lo visitaba.

2.3. Lugar y contexto de las entrevistas

El lugar de las entrevistas fue casi siempre en un patio exterior; las restantes veces en su celda. Sin ningún tipo de vigilancia o control, sin ninguna presencia adicional. Los dos a solas. Iniciábamos las entrevistas entre las 10.00-11.00 horas, en función del tiempo que precisaba yo para llegar desde Cuernavaca hasta el Distrito Federal y desde ahí viajar a la prisión, más el tiempo correspondiente para pasar por los controles pertinentes hasta llegar al espacio de encuentro concertado con Mabou. Antes de salir de la prisión era habitual que me entrevistara con el director para comentar algunas cuestiones criminológico-penitenciarias, además de agradecerle sus atenciones para conmigo.

2.4. Duración de las entrevistas

Entre dos y tres horas, dependiendo de cómo nos encontráramos, del tiempo y de la temperatura que podía hacer, y de la posibilidad de que recibiera una visita familiar. Las entrevistas pasaban bastante rápido, tanto para él como para mí.

2.5. Premisas de la investigación

Las entrevistas con Mabou, así como las que he mantenido con otros reclusos en distintas cárceles mexicanas, se han llevado a cabo con arreglo a las siguientes premisas: 1) Total voluntariedad y libertad del recluso para participar, sin que la aceptación o rechazo

suponga consecuencias penitenciarias, y con la garantía de tener plena libertad para poder contestar o callar según lo crea conveniente o desee, además de tener la posibilidad de interrumpir temporal o definitivamente el proceso de entrevistas. 2) Uso científico de la información, comentándosele al recluso desde un principio que el objetivo de la investigación es conocer las condiciones de vida por las cuales ha llegado a ser y comportarse de determinada manera y poder contribuir con el conocimiento psicológico adquirido a la prevención de la criminalidad. En las entrevistas carcelarias suelo presentarme en mi condición de profesor e investigador, como alguien diferente y diferenciado del personal del ámbito penitenciario, lo que ayuda a establecer la necesaria relación de confianza con el recluso en cuestión así como a evitar o disminuir sus recelos sobre el uso de la información aportada.

2.6. Tipo de entrevistas

Las entrevistas eran semiestructuradas. Yo disponía de un guión de preguntas que me servían de base en la recogida de datos, con objeto de cumplimentar ciertas áreas temáticas y sus elementos nucleares, aunque siempre con la idea y la convicción de que las preguntas eran un pretexto o camino inicial en la conversación con Mabou, que todo pasaba por establecer y mantener una relación (de confianza y de acogimiento) en la exploración de su ser. De hecho, él me agradecía mucho que le brindara un espacio de diálogo, intercambio y conocimiento de sí mismo.

Durante las entrevistas abordamos todo tipo de temas (historia familiar, infancia, adolescencia, etapa adulta, carrera delictiva, situación penitenciaria, sexualidad, opiniones sobre la sociedad y la religión, etc.), con la progresiva profundización que facilita la suma de horas y sesiones de encuentro interpersonal, lo que me dio la oportunidad de conocer hondamente el mundo perceptivo-relacional-fantasmático de Mabou. Algunas preguntas que yo le formulaba eran abiertas mientras que otras estaban orientadas a detallar o precisar ciertas declaraciones, pero en todo caso siempre con total libertad para que pudiera transitar de un tema a otro o seguir hablando por asociación de ideas o para poder sumergirse en sus silencios. En distintas ocasiones y sesiones volvíamos a temas ya tratados, bien porque él necesitaba hacerlo o bien porque yo quería seguir adentrándome todavía más en el

conocimiento de su persona, planteándole para ello un nuevo retorno a ciertas circunstancias y experiencias de su vida.

2.7. Recogida de información

Las entrevistas que realizaba eran registradas con una grabadora de sonido, para lo cual contaba con la pertinente autorización penitenciaria y el consentimiento del propio Mabou. Aunque eventualmente yo tomaba algunas notas en un cuaderno, que me servían en un tiempo posterior para revisar y reflexionar sobre los temas tratados en las diferentes sesiones, prefería disponer de la tranquilidad de no tener que estar pendiente de una recogida minuciosa y continuada de la información para poder centrarme así en el encuentro y la relación con Mabou.

2.8. Análisis de la información

Con toda la información recabada a lo largo de las 25 entrevistas en profundidad (con ciertos asuntos tratados y retomados en sesiones que podían estar separadas por bastantes o muchos meses entre sí, a pesar de lo cual emergía una estabilidad o coherencia discursiva que se reflejaba en la presentación de aspectos coincidentes o complementarios, en un cuerpo de información que se iba detallando progresivamente en una misma línea declaratoria), procedí a leerla toda y luego a desglosarla en diferentes apartados, para posteriormente proceder a entresacar los elementos más significativos del discurso de Mabou. Y digo “entresacar” porque fundamentalmente lo que he llevado a cabo ha sido una labor de análisis fenomenológico, esto es, una labor por la cual poner de relieve, con palabras del propio Mabou, los hechos delictivos protagonizados y los sucesos de vida más relevantes desde su infancia hasta la época de las entrevistas. Y además me he permitido aportar un análisis de tipo psicodinámico, con objeto de dar explicación al proceso de su conformación psíquica.

3. RESULTADOS

A la hora de ir desgranando y analizando las áreas temáticas fundamentales del discurso de Mabou, encontré que: 1) El prematuro y continuado aislamiento social tuvo efectos dañinos sobre su desarrollo psicológico, lo que le hizo refugiarse en fantasías destructivas; 2) La

necesidad de estimulación destructiva remitía a su dificultad para sentir afecto y/o placer (Reich, 1985, 2006), lo cual se corresponde con lo acontecido a los victimarios que ejercen la violencia para subsanar su incapacidad de sentir (Fromm, 1997; Skrapec, 2000).

Con el propósito de acercar al lector al mundo imaginario-experiencial de Mabou, en las páginas siguientes voy a articular mi exposición y análisis en torno a 7 epígrafes.

3.1. Perfil psicológico del victimario

En un informe pericial psicológico, realizado en mayo de 1998, se dice lo siguiente acerca de Mabou: 1) Presenta inmadurez emocional con carácter cambiante, un concepto de sí mismo pobremente integrado y pasa de actitudes de autodevaluación e inseguridad a sentimientos de omnipotencia como un mecanismo de compensación, buscando la afirmación de su virilidad a través de su conducta ilícita. 2) Es una persona activa, impulsiva, con alto nivel de energía, con baja tolerancia a la frustración que lo apremia a satisfacer sus necesidades y lograr éxitos en todas las actividades que le ofrezcan intensidad vital y experiencia plena. 3) Percibe a la mujer como una figura amenazante.

En varios estudios se ha destacado que Mabou sabía lo que estaba haciendo en el momento de los crímenes, que él actuó con capacidad cognoscitiva y pleno reconocimiento de la realidad. Y puesto que presentó y seguía presentando actitudes de menosprecio hacia el sufrimiento de las víctimas y sus familiares, sin mostrar indicio alguno de sentimiento de culpa, fue diagnosticado por algunos médicos como psicópata. El mismo Mabou reconoce en numerosas entrevistas conmigo que le resultaba sorprendente no haber sentido nada por el hecho de matar, ni siquiera el azote de su conciencia. Insensibilidad emocional. Anestesia moral.

Algunas peculiaridades que Mabou despliega habitualmente en sus interacciones son la susceptibilidad, la desconfianza, la actitud persecutoria, y la excepcionalidad de la empatía y del sentimiento de culpa. De todos modos, en lo que respecta a nuestra relación, a lo largo de los sucesivos encuentros que mantuvimos, Mabou se mostró accesible y colaborador conmigo, confiado en que no iba a hacer un mal uso de la información que me iba facilitando, tal vez porque me veía como alguien honesto y guiado por el conocimiento científico. Las

referencias que me aportaba en sucesivas fechas, algunas de ellas muy lejanas entre sí, mantenían una misma línea declaratoria, y no eran precisamente expresión de una imagen inocente o exculpatoria de sí mismo, pues reconocía su participación en los hechos delictivos.

Cabe destacar que no es completamente insólito que un victimario se muestre sincero en ciertos encuentros o con respecto a ciertas personas, aun cuando en otras ocasiones o entrevistas o con otros interlocutores pueda utilizar el “arte” del engaño y la manipulación. Todo ello depende en gran medida del examen que este sujeto haga en determinada situación, si cree que ha de guiarse por el instinto de supervivencia o si opta por exponer y compartir su visión peculiar de la existencia.

Durante nuestros encuentros, Mabou presentaba un porte un tanto apagado y encogido, poco enérgico, poco atrevido en sus interacciones, tímido, con tendencia al retraimiento social, como si hubiera que presionarlo y animarlo constantemente a interaccionar. De hecho, la mayoría de sus respuestas eran breves, por lo que, para poder mantener y profundizar en el hilo de su relato, me veía en la necesidad de realizarle un gran número de preguntas, así una y otra vez, en las sucesivas entrevistas.

Mabou se mostraba parco en palabras y con un discurso bastante monótono, plano, independientemente del tema abordado en un momento dado. En las ocasiones que hablamos de los crímenes cometidos no daba muestras de sentirse alterado o nervioso ni tampoco emocionado. Sus palabras discurrían sin apenas cambios de ritmo, ni interjecciones, sin énfasis, impasiblemente, según él, “como si estuviéramos hablando de otra cosa, lo normal”.

3.2. *Modus operandi*

A la primera víctima “la amenacé con un arma”, concretamente con una pistola. “Lo que más me sorprendió es que se portó muy dócilmente. Le indiqué que no se moviera, que no gritara, que se metiera en la casa; entonces la metí y allá adentro la amarré y la amordacé”. “Mientras ella estaba amordazada y atada, yo me dormí un rato y en ese rato tuve una convulsión, o sea, tuve un ataque. Entonces desperté un poco tenso y nervioso. Fue cuando decidí matarla porque ya no sabía qué hacer con ella. Si la dejaba ir, me iba a denunciar. Primero

escarbé un hoyo en el piso y después la maté y la metí, la enterré”. Mabou la mató propinándole un golpe en la cabeza con un palo. El secuestro lo habría cometido como a las diez de la noche y el homicidio, casi amaneciendo, como a las seis de la mañana. Durante ese lapso, él habría estado dormido aproximadamente tres horas. A esta mujer no la violó porque “no lo pensé en ese momento”.

A la segunda víctima Mabou la abordó con la misma arma, como a las once de la noche. Lejos de oponer resistencia, parecía pensar que aquello no iba en serio. “Cuando la estaba amarrando recuerdo que ella hacía bromas”. La ató, la amordazó y esperó un rato, aproximadamente una hora. “Como a las doce de la noche fue cuando la subí al piso de arriba y en un cuarto pequeño puse una colchoneta sobre el piso y fue ahí cuando me vino la idea de violarla”. Desatándole los pies y manteniéndole las manos atadas, amordazada y con una venda en los ojos, Mabou la tumbó en la colchoneta (pues en la casa familiar en construcción no había ninguna cama), la desvistió y la violó. Luego la volvió a vestir y a atar los pies, y la tapó con una cobija, arrinconándola en la colchoneta. “Me acosté al lado de ella y ella se quedó profundamente dormida”. “Dormité. Como a eso de las ocho de la mañana me levanté. Empecé a cavar el agujero y una vez que lo terminé de cavar fui a por ella, la bajé, hice que se metiera en el agujero en cuclillas, le coloqué la pistola en la cabeza y le di un disparo”. Desde que secuestró a esta muchacha Mabou tenía la idea de matarla. Si bien en la primera ocasión el asesinato fue algo que se le habría ocurrido en el momento, en el segundo caso, con su segunda víctima, ya tenía pensado de antemano acabar con su vida. A la primera de las víctimas Mabou la mató golpeándola con un palo, y no de un disparo, para evitar que los vecinos de la casa colindante escucharan la detonación. A la segunda víctima la mató de un disparo, porque ya no vivía nadie en la vivienda contigua, además de que se le hizo una manera muy rápida de terminar todo.

A la tercera víctima Mabou la abordó y secuestró igual que a las dos anteriores. “La amordacé. A ella también tenía pensado violarla. La subí al piso de arriba y ahí la introduje en un cuarto; entonces la amarré, pero no la amarré bien. Bajé, no recuerdo por qué, al piso de abajo y ella se pudo desatar y se escapó por la ventana”. “Ya ni modo. Esperé a ver qué sucedía”. Mabou refiere que la secuestró aproximadamente a las once de la noche y que ella logró fugarse como a la una de la

mañana. Luego durmió. Despertó como a las cinco de la mañana, salió de la casa y viajó en autobús a otra ciudad. Aunque Mabou pensó que como consecuencia de la fuga de la víctima finalmente las autoridades lo arrestarían, acusándole de secuestro y con alta probabilidad de descubrir todo lo demás, “no me preocupaba mucho. Por eso pude dormir”. A Mabou lo aprehendieron en casa de uno de sus hermanos, fue juzgado y encarcelado.

3.3. Períodos de “enfriamiento”

Después de haber matado y enterrado a la primera víctima, como a las ocho de la mañana, Mabou salió de la casa y tomó un autobús en dirección a otra ciudad. Durante el viaje tuvo los siguientes pensamientos: “Acabo de matar a una persona. Antes me preguntaba qué se sentiría al matar a una persona, pero no se siente nada”. “Yo esperaba sentir algo”. Esto contrasta con otras palabras del propio Mabou, cuando dice: “Al haber hecho eso, secuestrarla y tenerla ahí, sentía cierto placer, como que había logrado algo”. “Me sentía diferente, me sentía bien por haberlo hecho”. Podemos considerar entonces que Mabou se sentía satisfecho por haber traspasado los umbrales de la cotidianidad, por haber concretado una ideación criminal por la cual sentirse especial, pero al mismo tiempo estaba bastante decepcionado de que ello no le hubiera supuesto un incremento en su capacidad de sentir.

Entre el primer homicidio y el segundo transcurrió aproximadamente medio año. Durante los primeros meses de ese período Mabou se sentía frustrado por no haber sentido nada al matar a una persona. Y apenas fantaseaba. Luego fue variando la ideación criminal, con la incorporación de aspectos novedosos. “Antes del primer crimen fantaseaba con cometer un crimen simple, digamos que dispararle a una persona, golpearle con un garrote, atacarle con un puñal. Pero después del primer crimen empezaron a ser fantasías más fuertes, digamos que ahogando a las personas, quemándolas, haciéndoles sentir más sufrimiento”. “Yo creo que, por eso, el segundo crimen me llevó a la violación, intentando causar más daño para ver si así sentía yo algo”.

Durante el período en que empezó a considerar la idea de volver a matar, variando o modificando su ideación criminal, sus fantasías se hicieron recurrentes. “Fantaseaba casi todos los días”. “Veía a una persona y me venía a la mente cómo le haría esto o aquello”. “Las

fantasías iban en aumento". Y el hecho de que las fantasías homicidas fueran dándose con mayor frecuencia, hacía incrementar en Mabou su inquietud por volver a matar. Así estuvo aproximadamente un mes, en un estado de excitación in crescendo, fantaseando más y más. "Supe esperar a que se diera el momento adecuado. Anteriormente fui a la casa en varias ocasiones, pero no pude hacerlo con nadie, no hubo ninguna muchacha que pasara". Hasta que llegó el día en que por la noche, cerca de la vivienda, vio aparecer a la que convertiría en su segunda víctima. "Durante la violación me sentía excitado, pero cuando terminé no sentí nada, no sentí satisfacción". "Esperaba sentir un orgasmo fantástico, sensacional, pero no sentí nada". "Yo me preguntaba qué tan fantástico se puede sentir un orgasmo. Me imaginé sentir un orgasmo así. Por eso me vino a la cabeza la violación".

Con el segundo homicidio "me sentí igual que mi primera vez". "No sentí nada, me sentía decepcionado", aunque también sentía cierta satisfacción por haberlo hecho. Refiere Mabou que aproximadamente durante un mes sus fantasías homicidas disminuyeron un poco y que posteriormente retornó su inquietud y su necesidad de matar. El tiempo transcurrido hasta que volvió a actuar contra su tercera víctima fue de aproximadamente cuatro meses. Mientras tanto recordaba los crímenes cometidos.

En cada uno de los períodos intercalados entre sus acciones criminales (que en el primero es de unos 6 meses y en el segundo es de unos 4) se da inicialmente en Mabou una fase de decepción y decaimiento para luego reactivarse en él su producción fantasiosa, su excitación y su fascinación por el exterminio. Su deseo destructivo. Con el pensamiento orientado a mejorar la realización de un homicidio que pueda conllevar una mayor satisfacción. Hemos de tener en cuenta que "El acto de matar deja al asesino descontento y en tensión, porque no es tan perfecto como su fantasía" (Ressler & Shachtman, 1995, p. 47). Precisamente para referirse al estado de desasosiego posterior al crimen que caracteriza a este tipo de victimarios, Robert Ressler, agente del FBI, acuñó el término "asesino serial" por asociación con lo acontecido al espectador de las series televisas, cuando al final de cada episodio se genera gran suspense, una espera expectante por ver el siguiente capítulo. No se trata de un final cerrado ni muy grato, puesto que aumenta la tensión. Un peculiar estado psicológico que engancha y empuja a la reiteración.

A este respecto, tenemos los comentarios de Mabou acerca del gozo perseguido a través de los crímenes: "A veces todavía siento una satisfacción por haberlo hecho". "Me siento satisfecho, aunque a veces no, como que faltó algo". "Por eso cometí varios crímenes, porque me sentía insatisfecho". "Cuando se espera algo con ansiedad y no se siente nada, se queda uno defraudado, esperando que vuelva a suceder para ver si en la próxima ocasión se siente algo". No puede saberse a cuántas mujeres hubiera llegado a matar en el caso de no haber sido detenido. "Yo no tenía ningún número determinado. Tal vez ya no me daban ganas de hacerlo o lo volvía a hacer". "Deseaba cometer un crimen que me dejara bien satisfecho; tal vez sería el último que hiciera". Fantaseaba cometer varios homicidios "hasta lograr mi obra maestra".

3.4. Una infancia enfermante

a. Ataques y aislamiento social

"Desde chico yo tuve un problema, me daban ataques". "Nunca supe qué tipo de ataques eran. Aún me siguen dando. Unos médicos decían que eran ataques epilépticos y otros decían que no". "Cuando empieza un ataque se me adormece la lengua, la mandíbula con la lengua, y me viene la convulsión, pero no pierdo el sentido". La primera vez que le ocurrió algo así Mabou tenía unos cuatro años y tanto sus padres como sus hermanos se asustaron mucho. Y ese fue el comienzo de una sucesión de ataques que han ido variando en su frecuencia. "A veces era a diario, a veces cada tercer día". "Actualmente hay veces que pasa un mes sin darme un ataque y hay veces que en un día me dan dos; son ataques muy irregulares". "Los ataques me vienen cuando estoy dormido". "Cuando me va a empezar a dar el ataque me despierta".

Las frecuentes consultas médicas le hicieron perder a Mabou muchas clases, lo que afectó a su rendimiento escolar. Los compañeros de escuela "como estaban enterados de que me daban ataques, me rechazaban". "Los niños a veces se burlaban de mí, por la enfermedad que yo tenía. Me daba coraje y a veces imaginaba cómo castigarlos, aunque nunca lo hice". "Me acostumbré a andar solo". No tenía ningún amigo. No tenía con quien jugar ni con quien cometer travesuras. Con los hermanos tampoco jugaba debido a la gran diferencia de edad con ellos; el hermano más próximo en edad es seis años mayor.

“Yo me encerré en mi propio mundo. La casa era mi mundo. El exterior no me llamaba la atención”. “No disfruté de la compañía de amigos o compañeros y no la deseaba al mismo tiempo”. “Disfrutaba de la soledad”. “Jugaba con mis primos cuando íbamos a visitarlos o ellos venían de visita, pero era un momento de juego corto; nada más estaban por un rato, con eso me bastaba, me desahogaba”. “Se desahogaba toda esa inquietud que tenía yo por saber qué se siente al jugar con otras personas o qué se siente al estar con otros compañeros”. “Llegaba un momento que me sentía muy saturado de esa compañía y necesitaba estar solo”.

Ni durante la infancia ni tampoco durante la adolescencia tuvo Mabou amigos. El conocimiento de la amistad le llegó en la edad adulta, como a los 28-29 años. “Han sido pocos amigos”. “Lo que me gusta de una persona es que pueda platicar de religión, ciencia, filosofía, de muchas cosas”. “A mí me gustaba la forma en que ellos platicaban. Como hablaban de varios temas, me llamaba la atención, pero fuera de eso me seguía sintiendo mejor estando solo”. “No sé si era una relación profunda de amistad, porque de todas formas no confío en nadie”. “Siento que me van a traicionar”.

b. Susceptibilidad y vulnerabilidad oculta

Durante la secundaria, en varias ocasiones, Mabou sintió traicionada la confianza depositada en sus compañeros; “les decía yo un secreto y lo comentaban, o tenía yo alguna duda o problema y me informaban de manera errónea para que lo hiciera mal. Por eso aprendí a no confiar en nadie”. “Ha habido personas que han intentado hacerme pasar por un torpe, un inútil”. “En las únicas personas que confío son las de mi familia”. “Yo casi no salía. Pasaba mucho tiempo encerrado, en mi habitación y mi casa. No me gustaba salir. A veces pasaba hasta una semana” en casa sin salir. “Cuando me encuentro solo me siento muy feliz, pudiendo hacer las cosas que yo quiero, que nadie me contradiga”.

Mabou destaca como algo muy pernicioso en su infancia “los maltratos de los maestros, de las maestras más que nada”. “Faltaba mucho porque mi mamá me llevaba al doctor. Perdía muchas clases; no me sabía las lecciones y me golpeaban”. “Mis calificaciones en la primaria eran buenas; sacaba ocho o nueve. Cuando iba en segundo de secundaria mis notas eran bajas. Reprobé el curso. Tuve que repetir”. Cuando iba en tercero de secundaria Mabou abandonó los estudios. Tenía

unos 15 años⁷. Lo hizo porque se le dificultaba aprender. La decisión de abandonar la escuela disgustó a sus familiares; pensaban que “era un flojo”. Nadie (ni sus padres ni sus hermanos) sabía de sus problemas escolares. “No me gustaba que se metiera nadie en mis problemas”. “Lo guardaba todo. Mis problemas nada más los conocía yo”.

“No me gustaba que me criticaran y que me dijeran lo que tenía que hacer”. Rehusaba solicitar ayuda o apoyo, con temor a ser criticado (por los padres y hermanos), problemática que se ha diluido a partir de la comisión de los crímenes. “Desde que sucedió esto ya cambió todo. Ya no temo ser criticado”. A este respecto, en una de las entrevistas le planteé a Mabou que curiosamente, cuando más razones existían para censurarlo, ya no padeciera el miedo a ser juzgado o criticado. Y entonces me contestó lo siguiente: “Sí, es curioso, pero así es”.

c. Sobreprotección parental y obediencia

En el tiempo que le hago una de las entrevistas, el 15 de julio de 1999, Mabou tiene 32 años. En su familia son ocho hermanos: cinco varones y tres mujeres. Viven los ocho. Su madre también vive y tiene 73 años. Su padre falleció a los 60 años, en 1986. Mabou es el menor de los ocho hermanos. Dice que ellos siempre le han tratado bien y él a ellos.

“Mis padres me protegían mucho, por ser el menor me sobreprotegían, también por lo de mi enfermedad”. Su madre no quería que sus compañeros le inculcaran malos hábitos, por ejemplo, el de las drogas. No tenía prohibido salir con ellos, pero como “yo veía que no le gustaba, entonces para no contradecirla, prefería no ir”. Temía contrariarla. Ni Mabou ni sus hermanos han retado o desafiado la voluntad de sus padres. Hacían lo que les pedían o lo que ellos consideraban apropiado y aceptable.

Mabou comenta que la relación entre sus padres era buena, que se llevaban bien. De su madre dice que “es muy alegre”. “Mi mamá tiene buen carácter”. “Mi padre era más estricto, era más severo. Nunca me

7 Tras su etapa escolar Mabou estuvo “sin hacer nada” algo más de tres años, hasta los 18-19 años. Luego trabajó como carpintero aproximadamente cuatro años. Posteriormente estuvo un tiempo “sin hacer nada, pintando, dibujando, haciendo cuadros”. Volvió a entrar en varios talleres de carpintería. Entraba y salía. No duraba mucho tiempo. Y dejó de trabajar. “Con lo poco que sacaba de los cuadros y con lo poco que me daban mis familiares me mantenía”.

golpeó, ni tampoco a mis hermanos, pero su carácter era muy serio". "Llevaba una buena relación con él. Como trabajaba en bienes raíces, tenía su oficina y a veces iba yo a ayudarlo a contestar el teléfono o a repartir volantes". "Sentí mucho su muerte". "Se enojó mucho cuando dejé de estudiar". Esa vez, de manera excepcional, Mabou tomó una decisión inaceptable para su padre. Por momentos se sentía molesto con él, por ejemplo, "cuando no me dejaba hacer alguna actividad que yo quería hacer". No obstante, "nunca me enojé con mi papá". "Sí me molesté, pero directamente nunca se lo dije". "Cuando veía que no se podían hacer las cosas, me resignaba".

"Tuve predilección por mi mamá; es la que siempre estuvo a mi lado, la que me llevaba al médico". "Si yo quería ir al cine, tenía que ir acompañado de alguno de mis hermanos. Temía que me fuera a dar un ataque". "En la escuela cuando pedían hacer trabajos de ir al museo yo nunca fui con los compañeros. Me hubiera gustado ir con los compañeros, pero mis padres no me dejaban por miedo a que me fuera a pasar algo y yo les obedecía". Otro ejemplo: "cuando necesitaba comprar algo para la escuela, ellos eran los que me lo compraban". "Como ellos me daban la protección, yo la aprovechaba"; "a veces me molestaba, pero no siento rencor por ello. Al contrario, les agradezco a mis padres que se preocuparan por mí. Nunca me golpearon".

Acerca de la sobreprotección parental "por una parte siento que estuvo mal. Cuando salía a hacer algo o a comprar algo, como siempre me lo hicieron ellos, sentía temor, como que no lo iba a hacer bien". La sobreprotección paterna duró hasta la muerte del padre, cuando tenía casi veinte años, lo que coincidió con el inicio de la disminución de la protección materna. "Entonces me sentía muy temeroso para hacer las cosas".

3.5. Angustia e ira

Mabou dice sentirse "mal de los nervios" y que en la cárcel no hay presupuesto para comprar el medicamento que le tranquiliza, el epamin, por lo que le dan diazepam y unas pastillas azules que no sabe qué son. No se siente a gusto con estas medicinas. Sus familiares le compran carbamazepina. Está moviéndose nervioso durante todo el día. "En la noche, nada más al dormir, es cuando descanso". "Yo me siento sano de salud mental, nada más que me dan calmantes".

A Mabou le pone muy nervioso el hecho de estar entre mucha gente, entre la multitud. "Siento que va a pasar algo. De antemano sé que no me va a pasar nada, pero siento esa angustia". "Como yo siempre he sido un solitario, al ver mucha gente no sé lo que me pasa, pero siento eso". El concepto de "muchas gente" hace referencia a "más de cinco personas; entonces ya me siento mal". También está "ese interminable coraje que siempre traigo, la angustia cuando hay muchas personas". "Desde adolescente he sentido ese coraje". "Cuando ya no veo gente empiezo a calmarme". "A veces me daba coraje hasta por ver cuando alguien escupía en el suelo. Y me ponía a imaginar la forma de matarlo". "A mí también me da mucho coraje que maltraten a los animales⁸. Cuando veía que golpeaban a un perro me imaginaba cómo hacerle algo a esa persona, cómo torturarle y todo eso, hacer que sufriera".

a. Fantasías homicidas y de exterminio

"Si me encuentro muy enojado, disfruto mucho con las fantasías criminales". "Por ejemplo, digamos que llegan varios compañeros y se entabla una conversación y hay algunos que me caen mal. En ese momento me entran las ansias de no estar con ellos o empiezo a fantasear cómo eliminarlos". "Si son personas agradables disminuyen las ansias de matar, pero no desaparecen". "Cuando más me vienen estas fantasías es por la noche, a la hora de dormir". "A veces me dan ataques de ira". Durante esos ataques "rompía cosas, lo que veía lo rompía".

"Hay que eliminar a los parásitos. Desde tiempo atrás me gustaba la ideología de los nazis; ellos eliminaban a los que no eran de su raza, se sentían superiores. Aquí no puede haber eso, porque somos mezcla de todo, pero sí podemos eliminar a los parásitos". "Cuando veo a una persona drogándose⁹ a veces pienso que esta gente no debería existir y también pienso cómo eliminarla". "Siempre he tenido en mi mente la idea de eliminar a cierta gente de una forma que sufriera". Para acabar con estos sujetos había pensado "quemarlos, pero lo que más se me grababa y a veces lo soñaba era que los metía en una fosa

8 A diferencia de los asesinos seriales que han torturado a los animales, Mabou se confiesa un amante de estos seres.

9 Mabou nunca ha consumido drogas y dice al respecto que no necesita "muletas mentales" para vivir.

cerraba y la llenaba de agua. Y se ahogaban". "A veces paso mucho tiempo pensando la manera de matar a la gente". "Sería por medio de asfixia, quemándolos poco a poco, lentamente, quemándolos vivos, o ahogándolos poco a poco, que sientan la angustia. Me gusta que sufra la persona, que sepa que va a morir. Es algo terrible, pero así lo siento".

b. Soñando con una masacre

"A veces me ha llegado la idea de un exterminio, de un atentado, con una bomba o algo así. Si hubiera tenido la forma de hacerlo, lo hubiera hecho. Hay un sueño que se me repite mucho. En ese sueño veo destrucción, edificios caídos, gente llorando, como si hubiera ocurrido un terremoto o algo así. Voy pasando por la calle y voy viendo la destrucción, y me siento muy feliz, me siento muy contento. Ese sueño se me repite mucho. Veo cadáveres y destrucción, casas caídas, gente llorando, sufriendo. Y yo siento mucha satisfacción. Me siento muy bien, muy alegre. Entre los muertos hay de todo: ancianos, niños, adultos, hombres, mujeres".

"Al cometer un atentado con una bomba hay víctimas inocentes. Sería un asesinato en masa y ahí no se miden las consecuencias sino el grado de destrucción". "No debieron estar donde estuvieron". Con ello conseguiría "admiración de ciertas gentes".

"Yo tenía y tengo un sueño que se me repite mucho. En el sueño me encuentro sobre un gran monte, sobre una pila de cadáveres. Veo hombres y mujeres, pero están muertos. Esa pila de cadáveres es muy grande. Me encuentro hasta arriba de esa pila de cadáveres y siempre me veo vestido de uniforme militar. En la mano sostengo un cuchillo y el cuchillo tiene el filo hacía arriba. Por el filo va caminando un caracol y no se corta". "En el sueño me siento satisfecho de haber hecho algo". Al despertar "siento ansiedad, como cuando alguien siente ganas de hacer algo que dejó pendiente. Me levanto y me pongo a hacer algo para quitarme esa ansiedad".

"En la guerra se puede asesinar sin que lo castiguen a uno. En una ocasión escuché una frase que se me quedó grabada; decían que al que mata a una persona le llaman asesino y que si mata a un millón le llaman conquistador. La cantidad tiene que ver con el castigo por lo hecho".

3.6. Ideología persecutoria

Con respecto a los crímenes cometidos “nunca he sentido culpa ni remordimiento ni nada de eso; simplemente lo recuerdo y ya pasó”. “No he tenido ninguna reacción ni arrepentimiento ni nada de eso, ni soñarlo siquiera o tener pesadillas”. “Duermo tranquilo. El recuerdo de los crímenes que cometí se me hace como si no hubiera hecho nada”.

“Si uno se pone a pensar sobre esa persona que mató, si se pone a pensar qué va a pasar con sus hijos, qué va a pasar con su familia, yo la maté, la estaban esperando ¿verdad?, si uno se pone a pensar en todo eso, repercute en la mente de uno y se siente uno mal. Por el contrario, si uno no piensa en nada de eso, pues como si nada”. “No siento ese sentimiento de culpa sino que simplemente lo alejo de mi mente”.

Los pensamientos relacionados con las víctimas y sus familiares “son chispazos nada más, no es algo que me esté atormentando todo el tiempo o por mucho rato, no”. “Cuando pienso en las víctimas no siento absolutamente nada, no es algo contra lo que luche sino que viene y se va”. En otros momentos “recuerdo a las víctimas y las odio”. “Lo que a mí me pasa es que cuando pienso en las víctimas, pienso en el juicio, lo que pasó en el juicio, pienso en todo eso y me viene más coraje”. “Pienso que todas eran lacras. Tanto ellas como sus familias son lacras. Será por ese motivo que no me arrepiento”. “Yo sabía que eran lacras”. Aunque no conociera nada de sus vidas. “Tomé como referencia que ya era muy tarde para que anduvieran afuera, en la calle”. “Una mujer tiene que estar temprano en su casa, no tan tarde. Una de ellas decía que era estudiante y no portaba ni un libro, nada. Yo pienso que no era estudiante, que era otra cosa”. “Me daba coraje. Quería actuar eliminando lacras”. “Al deshacerme de los cuerpos me decía: una lacra menos”.

El odio y la destructividad de Mabou se amparan en una ideología persecutoria, en una interpretación irracional que, taponando la posibilidad de sentir culpa, pone a ciertas personas en la diana de un plan de exterminio. Mabou se siente justificado en sus acciones criminales, considerando que las víctimas son merecedoras del trágico final al que él les ha llevado. Sin sentirse apesadumbrado por ello, sino más bien satisfecho, pensando que de esa manera contribuía al bien común. “La misma sociedad me hacía ver lo que pasaba. Todo eso me obligaba a ser un justiciero”. “No sé si hubieran sido más víctimas o no sé cómo

hubiera sido porque el terreno ya no era propicio para enterrar a más gente". "Tendría que deshacerme de los cuerpos de otra manera". "Tal vez metiéndolos dentro de una bolsa y tirándolos lejos de ahí".

"No sé qué opinión tengan mis familiares acerca de los crímenes que cometí, no lo sé, nunca me lo han comentado. Me siguen tratando igual que antes". "Quisiera que me comprendieran". Quisiera que pensarán "que soy un ángel exterminador que elimina lacras, no gente inocente". "Me disgustaría que pensarán que soy un simple asesino que mató por placer, nada más por matar".

a. Narcisismo patológico

"Hitler, Stalin y Calígula han sido admirados". "En general todos los gobernadores romanos fueron asesinos y han sido admirados". "Yo admiro a los terroristas". "Me gustaría ser visto como una persona que hace una especie de poda, como hacía Stalin. Él eliminaba al que creía que no servía. Como también hacía Hitler. Incluso después de la guerra mucha gente lo considera como un dios. ¿Por qué? Él eliminaba a los que nacían deformes. Si una persona nace deforme, no puede valerse por sí misma. En cierta forma es un parásito, sufre él y sufre su familia. Hitler los eliminaba. Yo estoy de acuerdo con eso". "Desde adolescente me llamó la atención todo lo relacionado con Hitler".

La admiración que siente Mabou por los grandes exterminadores le gustaría también que se la mostraran a él, o más bien, a la "obra" que llevó a cabo y que anhelaba seguir protagonizando, aunque fuera desde el anonimato, en lugar de darse a conocer con motivo de una captura, como así le ocurrió, que interrumpió su "carrera criminal". "Hubiera preferido seguir en el anonimato. Admirarían a un asesino anónimo". "Tal vez me pondrían un apodo como en el caso de Jack el Destripador, que era admirado en su tiempo sin que se supiera quién fue". "Me sentiría satisfecho con el simple hecho de que la gente supiera que hay suelto un asesino en serie". Por un tiempo, cuando las autoridades todavía ignoraban la identidad del asesino serial, Mabou se divertía imaginándose las preguntas que podían plantearse: ¿quién lo hizo?; ¿por qué lo hizo? Después, cuando lo atraparon, se divertía en la Delegación con las investigaciones de los peritos, a quienes consideraba estúpidos e ineptos.

b. Particularidad del sentimiento de culpa

Mabou no deja asomar el menor sentimiento de culpa por los crímenes cometidos, cegado emocionalmente como está por una ideología persecutoria por la cual califica a las víctimas y otras personas como parásitos o lacras, seres a incluir en un plan de exterminio. Siente odio por gente desconocida. Además, en ocasiones se complace, en lugar de conmoverse, por las desgracias ajenas. Como Mabou refiere: "He visto que le han pasado cosas a otras personas, como cuando las atropellan y muchos se sienten mal al ver que están heridas. Cuando yo veo así a una persona a veces digo que si le pasó eso es porque hizo algo malo o porque se lo merecía y hasta me siento bien de que sufra. Si está sufriendo es por algo"¹⁰.

Eso no significa que Mabou esté imposibilitado para sentirse partícipe o responsable ante el sufrimiento que afecta a ciertos seres. "En una ocasión sí sentí algo así, cuando sin querer por tratar de aliviar a un pájaro lo maté. Quería cortarle las uñas. Lo agarré mal y se asfixió y ahí sí me sentí muy mal, incluso hasta lloré". También lamenta no haber sabido ocuparse de otro animal que estaba a su cuidado. "Yo tenía un perro que se murió de una infección y en cierta forma me siento mal porque no lo vacuné; si lo hubiera vacunado, tal vez no se hubiera muerto". Otro momento en el que se activó el sentimiento de culpa fue "cuando mi papá falleció. Se encontraba en el hospital. Estábamos mi mamá y yo con él. Yo le dije a mi mamá que me iba a casa porque me iba a cambiar de ropa y a comer algo y en lo que fui él falleció. Me sentí mal por no haber estado con él cuando falleció. Hasta la fecha siento remordimiento de eso".

Por otra parte, en lo que respecta a la forma de proceder con la tercera víctima, al advertir que se había fugado, "me sentí mal por no haber actuado bien, por no haberla atado bien". "No fui muy precavido, me falló la habilidad y eso me provoca coraje contra mí mismo".

¹⁰ En la escala Atlacholoaya (Amenabar, 2011), construida para la detección de rasgos psicopáticos entre la población reclusa, aparece el siguiente ítem: 10) "El que sufre una desgracia lo tiene merecido. Algo habrá hecho para merecerse eso". Cabe destacar que los ítems (39 en total) se extrajeron a partir de las actitudes y opiniones referidas en entrevistas previas por numerosos presos condenados por delitos violentos.

3.7. Necesidad de sentir

A partir de las entrevistas que realiza a 5 asesinos en serie, Skrapec (2000, p. 172) refiere que “el acto de matar les hacía sentirse vivos. Sentían un éxtasis eufórico o una ira violenta que al exteriorizar les producía gran placer”. Tres de ellos “decían obtener de sus asesinatos una especie de excitación que sobrepasaba todo lo que habían experimentado antes (elevándolos a un nivel superior en el que se veían a sí mismos como omnipotentes), en contraste con una existencia, por lo demás, anodina” (Skrapec, 2000, p. 173). Realmente a ciertos sujetos la utilización de la violencia les resulta excitante e incluso “adictiva”, hasta el punto de que desean o necesitan volver a ejercerla tan pronto como tengan oportunidad. Como me decía un recluso entrevistado por mí, “hacer el mal es bonito”, “cometer crímenes es estimulante”. En México es conocido Arizmendi, un secuestrador que cortaba una de las orejas o ambas a las víctimas y que luego enviaba a sus familiares con objeto de presionarlos en el pago del dinero del rescate. Tras ser capturado, comentó que no secuestraba por dinero sino para poder vivir experiencias emocionantes, que era la actuación delictiva lo que le reportaba gratificación.

a. Anhelando una vivencia extraordinaria

Antes de la comisión de los crímenes la vida de Mabou “era monótona y aburrida”. “Quería algo excitante en mi vida”. “Me sentía impulsado a hacer algo diferente, a sentir algo diferente”. “A veces fantaseaba con la idea de matar a una persona. Me preguntaba qué se sentiría al matar a alguien; eso me lo he preguntado desde los 17-18 años”. “Eso me pareció, aparte de lo más sencillo de hacer, lo más excitante para mí”.

Fue en 1997, a los 30 años, cuando Mabou inició su andadura homicida. Esperó más de diez años para matar porque “necesitaba un lugar aislado para hacerlo, hasta que se presentó la oportunidad”. “En una ocasión me imaginé quemar los cuerpos en lugar de enterrarlos, pero al quemar un cuerpo se delata por el humo, por el olor, por todo eso. Del lugar donde sucedió mi abuelita platicaba que había sido un panteón y me dije pues qué mejor lugar que un panteón ¿no?”. “Cuando se presentó la oportunidad sentía el impulso de hacerlo de forma inmediata, pero anteriormente no sentía apremio”.

El primer homicidio no le hizo sentir a Mabou aquello que pretendía o imaginaba sentir. Y ante la decepción que supuso la ausencia de activación emocional, volvió a matar. Y volvió a padecer una gran frustración, una sensación de vacío. Por segunda vez. Pero no cesó en su propósito y anhelo. Nuevamente tuvo Mabou la idea de matar, y puso en marcha su plan criminal, a ver si en la tercera ocasión o, si no, en las siguientes lograba acceder al estado experiencial deseado, aunque este homicidio quedó en el intento porque la víctima huyó y luego él fue capturado. En una de las entrevistas me compartió la siguiente reflexión: “A veces pienso si en verdad será una enfermedad mental el asesinar a una persona y no sentir nada”.

Mabou tenía la expectativa ilusoria, que llegó a actuar para someterla a prueba, de lograr una activación emocional (significativa) a través de los crímenes, con la idea de que estos constituyeran para él sucesos vivificantes o revitalizadores, y así poder dejar atrás una vida sumamente monótona, anodina, frustrante, que ni siquiera durante las relaciones sexuales le supuso un grado suficiente de placer que le congraciara con su capacidad de sentir. Vivía apenas sin sentir, como muerto en vida. Vacío existencial. Anhedonia (sexual).

b. Noviazgos y relaciones sexuales consensuadas

A lo largo de su vida Mabou ha mantenido dos relaciones de noviazgo. Cuando tenía 28-29 años, la primera novia “tenía veintidós años. Se me hacía muy inmadura en su forma de ser; por eso no duramos mucho”, aproximadamente un año, y sin relaciones sexuales. “En provincia es muy difícil eso; todavía son muy cerrados”. Unos dos años después, con la segunda novia, tampoco tuvo Mabou relaciones sexuales. “Con ella duré menos, nada más como seis meses”. “No coincidíamos en muchas cosas. A ella le gustaba mucho ir a bailes y a mí no. A mí no me gustaban los lugares donde hay mucha gente o mucho ruido y a ella sí le gustaban”.

Las ocasiones en que Mabou tuvo relaciones sexuales consensuadas fue con mujeres que solamente buscaban sexo. La primera vez, aproximadamente a los 28 años, “un amigo me presentó a una señora de esas fáciles que tienen relaciones nada más por gusto, no porque alguien les guste”. “En cierta forma no sentí nada, ni placer ni agrado”. Tanto en esta primera relación sexual consensuada como en las siguientes, siempre “con el mismo tipo de mujeres”, resultaba

igual. "Siento excitación, hay erección y todo, y siento satisfacción al practicar el sexo, pero en el momento de eyacular no siento nada". Con la eyaculación¹¹ deseaba experimentar "pues lo que sienten todos, ¿no?, placer".

Mabou dice haber tenido relaciones sexuales consensuadas con unas ocho mujeres. Eran amigas o conocidas "muy frívolas. Se prestaban al sexo por tener una relación sexual, no por amor". "La forma de pensar de mis novias era muy diferente, pues eran de esas mujeres que cuidan su virginidad hasta que se casan, eran más serias". "Como las quería las respetaba". De todas maneras, mientras andaba con las novias tenía relaciones sexuales con las otras mujeres.

c. Búsqueda perversa de placer

Mabou tuvo la idea de acceder al orgasmo mediante una relación sexual forzada. Pero no resultó. Durante la violación, al igual que le había ocurrido en las relaciones sexuales consensuadas con diversas mujeres, se sintió decepcionado, frustrado. "Como otras veces, tuve la eyaculación y no sentía nada". Si bien es cierto que Mabou llegó a sentirse excitado durante la violación, su idea de poder sentir el placer sexual máximo imaginado, "un orgasmo fantástico, sensacional", no llegó a producirse. Su problemática sexual remite a las dificultades que en esta área suelen presentar los asesinos seriales, pues, tal como afirma Robert Ressler después de haber analizado una importante casuística, "todos evolucionaron hacia la condición que los psiquiatras califican como adultos sexualmente disfuncionales" (Ressler & Shachtman, 1995, p. 100).

Además de la búsqueda de placer a través de la violación, Mabou se regocijaba y disfrutaba con la práctica cruel de "jugar" con los sentimientos y las esperanzas de los familiares de las víctimas. Por ejemplo, tres días después de haber matado a su primera víctima (a quien le había preguntado por ciertos datos) Mabou contactó telefónicamente con sus familiares, solicitándoles sesenta mil pesos por ella. "Cuando hablé y colgué el teléfono, no sé por qué, sentía alegría". "Cuando les hablé la segunda vez traté de darles pistas acerca del lugar en que se encontraba la muchacha. Hice un tipo de acertijo y hablé con

11 Tengamos en cuenta que "si no está acompañada de placer, la eyaculación no disminuye la tensión" (Reich, 2006, p. 718).

un hermano suyo. Nada más que por su angustia y miedo no supo entenderlo". Fueron tres llamadas telefónicas en días muy próximos entre sí. "Mi última llamada fue para preguntarles si ya tenían el dinero. Ellos contestaron que sí; entonces yo les dije que les hablaría de nuevo para indicarles en dónde tenían que entregar el dinero, pero ya no les volví a hablar". Estaba "jugando" con los familiares, al mismo tiempo que intentaba despistar a la policía, queriendo hacerles creer que el móvil del secuestro era económico. Con su segunda víctima Mabou no quiso simular el móvil del pago del rescate. "No me atraía esa idea sino que más bien tenía la idea de escribir una carta con un acertijo y enviarla a su familia".

Recordemos que Mabou anhelaba sentir algo diferente, especial, con el propósito de huir de una vida tremendamente monótona, anodina. Sus dificultades para disfrutar del placer (sexual) le llevan a plantearse y probar la destructividad contra los otros. No hay remordimientos ni aspectos compasivos que impidan su búsqueda del placer (unipersonal), a costa del sufrimiento ajeno. Falta de empatía e insensibilidad afectiva combinadas con violencia. A este respecto, y habiendo llegado a este punto del artículo, quisiera destacar como cuestión etiológica que en ciertos sujetos emocionalmente perturbados la incapacidad para sentir (placer sexual) deriva en ansia destructora, lo que viene a avalar la tesis de Wilhelm Reich por la cual "la intensidad de los impulsos destructivos depende del grado de estasis sexual" (Reich, 2006, p. 645), depende del grado de represión que se ejerce contra la sexualidad natural. De hecho, es frecuente encontrar problemas sexuales entre los asesinos seriales. "Casi el 70% se consideró sexualmente incompetente; el 56% sufrió disfunción sexual; el 30% expresó preocupación por el tamaño genital" (Ressler, Burgess & Douglas, 1995, p. 25). "La razón principal por la que torturan sexualmente y matan es obtener satisfacción sexual y el orgasmo que son incapaces de alcanzar de otra manera" (Knight, 2006, p. 1202).

4. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

Ya hemos visto que Mabou se ve impulsado a matar reiteradamente por "la necesidad de sentir algo nuevo y al mismo tiempo para ser un justiciero", dos motivaciones que encontramos en la clasificación aportada por Ronald M. Holmes y colaboradores (1988, 1998), en la que se distinguen cuatro tipos principales de asesinos seriales:

(i) *El asesino visionario*. Es un asesino que, padeciendo una severa ruptura con la realidad, mata en respuesta a voces o visiones (alucinatorias) que se lo exigen.

(ii) *El asesino misionario*. Este tipo de asesino, que no presenta visiones ni voces (alucinatorias), siendo consciente de sus acciones, se arroga la “misión” de librar al mundo de una categoría de personas que considera despreciables.

(iii) *El asesino hedonista*. Es un asesino que está principalmente orientado hacia el placer o la búsqueda de emociones.

(iv) *El asesino dominador/controlador*. Este tipo de asesino obtiene intensa satisfacción del proceso de controlar y ejercer el poder sobre la víctima.

“Un asesino serial puede tener múltiples motivos para cometer sus crímenes” (Morton & Hilts, 2008, p. 17). Por eso, en una de las entrevistas le pedí a Mabou que tratara de ponderar la influencia de las dos motivaciones que me había referido como impulsoras de su actividad criminal, contestándome que “el deseo de sentir algo nuevo era lo que más me impulsaba a matar”, en mayor medida que la “obligación” de desempeñarse como justiciero.

Por otra parte, ya hemos visto que Mabou se siente atraído por protagonistas de grandes matanzas, identificándose con ellos, fascinado por diversas vertientes de la criminalidad, pudiendo haberse convertido en terrorista, delincuente neonazi, genocida o asesino en masa si se hubieran dado las circunstancias o posibilidades para concretar y actuar los ensueños y sueños repetitivos de exterminio que nutrían (de forma obsesiva) su deseo.

Antes de su primer homicidio (cometido en 1997, a los 30 años de edad) Mabou no presentó comportamientos antisociales ni nada que aparentemente apuntara su peligrosidad o su inclinación y fascinación por la violencia destructiva. A los ojos de los demás podía dar la impresión de ser totalmente inofensivo, pacífico. No protagonizó actos de rebeldía en el círculo familiar ni en la escuela. Sumamente obediente, mostraba una actitud sumisa, dócil. No se metía en líos. Más bien rehuía, siempre que podía, el contacto social. Solitario empedernido.

¿Cómo es posible entonces que, tras haberse conducido dócil y mansamente durante tantos años, irrumpiera Mabou en la sociedad con una conducta terriblemente destructiva? ¿Acaso se transformó en otro

ser de la noche a la mañana? Las respuestas a estas preguntas las hemos de buscar en el proceso de perturbación progresiva que ha padecido, en un proceso de conformación psíquica íntimamente relacionado con condiciones históricas tóxicas, pues “no existe una persona que [...] de repente cambie, y, de ser alguien perfectamente normal, pase a transformarse en un ser maligno, destructor, asesino. Las conductas precursoras del asesinato han estado presentes y desarrollándose en la vida de esa persona durante mucho, mucho tiempo... desde la infancia” (Ressler & Shachtman, 1995, p. 100). El hecho de que algo no haya sido percibido o detectado no significa que no existiera o que no estuviera activo. Quizá las personas que conocían a Mabou no llegaron a advertir sus problemas psicológicos o, si lo hicieron, no le dieron mayor importancia o no pensaron que se trataría de algo tan grave que pudiera afectar trágicamente. La irrupción de Mabou como depredador fue el exponente de una ideación que estaba gestándose de manera larvada, oculta a los ojos de los demás desde mucho tiempo atrás, producto de una personalidad que ha sido gravemente afectada desde la infancia, por condiciones enfermantes, por un aislamiento social sumamente dañino que lo convirtió en un sujeto receloso, desconfiado, que iba albergando y acumulando sentimientos de animadversión y fantasías destructivas.

Mabou odia y ataca a gente desconocida mientras que con las personas que cotidianamente convive, con su propia familia, se expresa continuamente desde la represión de la agresividad, con una actitud conformista y sumisa. Podemos conjeturar que, en este caso, la cantidad ingente de energía agresiva que en las relaciones familiares se ha visto bloqueada, imposibilitada de expresarse, busca una salida, un objeto depositario y es así que, por efecto de la negación y la proyección, se ubica y expresa en los extraños.

Las fantasías criminales las experimenta Mabou con mayor frecuencia a la hora de dormir, cuando la fuerza pulsional impacta notoriamente debido a un relajamiento del sistema defensivo. Estas fantasías son placenteras, como también lo son los sueños repetitivos acerca de una masacre. De todas maneras, las fantasías y los sueños no le resultan suficientes para contener o dar cauce en todo momento a la ira acumulada y quizá por ello, a veces, cuando se encuentra dormido, cuando la energía psíquica asociada al deseo destructivo empieza a desbordarse, generando angustia, es despertado por unos

ataques acompañados por “convulsiones”, que padece desde niño. En contraste, desde la infancia fue patológicamente reprimida en Mabou su necesidad de descarga agresiva, sin haber podido disponer de un entorno tolerante e implicado en su desarrollo emocional, por lo que, aunado con la anhedonia (sexual) y otras variables psicológicas (aislamiento social, susceptibilidad, actitud persecutoria, particularidad del sentimiento de culpa, etc.), esta represión patológica y continuada derivó a partir de la adolescencia en ansia destructora cimentada en un narcisismo patológico (Kernberg, 1987).

A lo largo de su vida a Mabou le faltó la presencia reconfortante, afectuosa y comprensiva de alguien que le ayudara a conectarse con el mundo social, alguien con quien compartir preocupaciones, inquietudes, ilusiones, alguien con quien disfrutar de la ayuda mutua, la ternura, el amor recíproco, alguien con quien poder pensar y visualizar los problemas y las situaciones desde diversas perspectivas y poder elaborar sus traumas, carencias y complejos. Padeció Mabou esa gran falta primordial. Vivió aislado en su propio mundo. Solo con su angustia, susceptibilidad y hostilidad. Deseando la soledad por su temor a ser rechazado o cuestionado en sus capacidades o posibilidades de relación y/o actuación. Convencido de que es mejor estar solo que (mal) acompañado. Pero lo que ocurre es que el aislamiento continuado por decepción o rechazo del mundo externo imposibilita el desarrollo de las potencialidades humanas, las cuales van adquiriendo cuerpo y contenido en las interacciones con los otros. Porque somos seres sociales. Porque nacemos y nos humanizamos en redes sociales. Sirvan al respecto, como reflexión profunda, las siguientes citas:

“Nadie quiere o puede vivir totalmente solo sin arriesgarse a ser un lunático”

(Reich, 1980, p. 101)

“La necesidad de vincularse con otros seres vivos,
de relacionarse con ellos, es
imperiosa y de su satisfacción depende la salud mental”

(Fromm, 1967, p. 33)

El aislamiento social marginador (Fromm, 1967; Reich, 1980) conlleva la dificultad, cuando no la imposibilidad, de metabolizar los contenidos psíquicos que el sujeto porta consigo, de tal manera que este queda encerrado y atrapado en su mundo interno, a solas con sus deseos, fantasías y sufrimientos que nadie le ayuda a procesar. Hemos de tener en cuenta que, para poder transitar por el desarrollo psicológico saludable, el niño precisa de un adecuado sostenimiento (esto es, el acceso a unas figuras confiables y favorecedoras de intercambios con el medio ambiente) (Bion, 1996; Winnicott, 1993) así como de relaciones satisfactorias y placenteras que le hagan sentirse conectado con la vida (Reich, 1985, 2006) y apreciado y respetado como ser humano singular, con opciones y oportunidades para desarrollarse libremente, por lo que el aislamiento social que fuerza al sujeto a la reclusión en su propio mundo apunta en la dirección contraria, conduce a un desarrollo emocional patológico.

Cuando alguien vive a espaldas de la necesaria vinculación con el mundo externo, habiendo padecido graves carencias afectivas y relacionales, frustrado en el amor y la sexualidad, quedará psicológicamente afectado y además en ocasiones a merced de su resentimiento y ánimo de venganza, fuertemente inclinado a hacer vivir a los otros un infierno. Tal como se refiere en diversos trabajos (Fromm, 1967; Knight, 2006; Martens, 2001; Palermo, 2008; Reich, 1980; Ressler & Shachtman, 1995), el aislamiento social puede impactar negativamente en las emociones, en la capacidad de interacción y en la vida sexual, propiciando la aparición de fantasías y actuaciones destructivas. En este sentido, podemos considerar que las entrevistas en profundidad realizadas con Mabou ofrecen información muy valiosa y reveladora del nexo existente entre su historia de vida y su conformación psíquica¹², entre los hechos por él protagonizados y sus vivencias, entre sus sueños repetitivos¹³, fantasías y actuaciones violentas y sus deficiencias para vivir el placer y el amor, todo ello fraguado en un aislamiento social continuado y enfermante.

12 La conformación psíquica se va gestando en los vínculos, pues somos quienes somos dependiendo de la historia de interacciones en que hemos participado y participamos.

13 Los sueños repetitivos expresan inquietudes, ansiedades y/o deseos sumamente significativos.

Para concluir, quisiera condensar en una oración la tesis que recorre el presente artículo: cuando un sujeto, especialmente durante su infancia, ha padecido la represión u omisión de sus necesidades vitales (afectivas y psicosexuales) y carece de recursos o ayuda para sanar sus heridas emocionales (Bion, 1996; Miller, 1998; Winnicott, 1993), queda abocado a una vida emocional perturbadora en la cual la destructividad aparece como vía de satisfacción compensatoria y narcisístico-patológica, como respuesta ocultadora de su impotencia para vivir el amor y la sexualidad (Fromm, 1997; Kernberg, 1987; Knight, 2006; Reich, 2006; Skrapec, 2000).

Agradecimientos

Quiero dar las gracias a Mabou por su disposición a participar en la investigación, al director de la cárcel en que él se encontraba por las atenciones que tuvo conmigo, a José Luis Musi por las gestiones de investigación carcelaria, a los evaluadores de la REIC por las sugerencias y observaciones que me han permitido mejorar el artículo, y a José Cid (editor de la REIC) por su apoyo y amabilidad.

Financiación

Este estudio ha sido realizado en el marco de mi proyecto “Readaptación Social de Homicidas”, que fue apoyado por el Fondo de Modernización para la Educación Superior (FOMES) en 1999 mientras ejercía como profesor de tiempo completo en la Facultad de Psicología de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México.

5. REFERENCIAS

Amenabar, J. M. (2011). La escala Atlacholoaya: Una propuesta para la evaluación de la personalidad antisocial. *Revista Española de Investigación Criminológica*, 9, art. 7, 1-20.

Amenabar, J. M. (2014). *Cómo hacer de un niño un psicópata*. Madrid: Biblioteca Nueva.

Bowlby, J. (1982). *Los cuidados maternos y la salud mental*. Buenos Aires: Humanitas.

Bion, W. R. (1996). *Volviendo a pensar*. Buenos Aires: Hormé.

- Dutton, D. G. & Golant, S. K. (1997). *El golpeador: Un perfil psicológico*. Buenos Aires: Paidós.
- Fromm, E. (1967). *Psicoanálisis de la sociedad contemporánea*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Fromm, E. (1997). *Anatomía de la destructividad humana*. México: Siglo Veintiuno.
- Garrido, V. (2007). *La mente criminal*. Madrid: Temas de Hoy.
- Garrido, V. & López Lucio, P. (2006). *El rastro del asesino*. Barcelona: Ariel.
- Hare, R. D. (1984). *La psicopatía*. Barcelona: Herder.
- Hare, R. D. (2000). La naturaleza del psicópata: algunas observaciones para entender la violencia depredadora humana. En A. Raine & J. Sanmartín (eds.) *Violencia y psicopatía* (pp. 15-58). Barcelona: Ariel.
- Hare, R. D. (2003). *Sin conciencia*. Barcelona: Paidós.
- Holmes, R. M. & De Burger, J. (1988). *Serial murder*. Newbury Park, California: Sage.
- Holmes, R. M. & Holmes, S. T. (1998). *Serial murder*. (2a. ed.) Thousand Oaks, California: Sage.
- Kerlinger, F. N. & Lee, H. B. (2002). *Investigación del comportamiento*. México: McGraw-Hill.
- Kernberg, O. F. (1987). *Trastornos graves de la personalidad*. México: El Manual Moderno.
- Knight, Z. G. (2006). Some thoughts on the psychological roots of the behavior of serial killers as narcissists: An object relations perspective. *Social Behavior and Personality*, 34 (10), 1189-1206.
- Martens, W. H. J. (2001). The hidden suffering of the psychopath. *Psychiatric Times*, 19 (1), 1-6.
- Meloy, J. R. (2000). The nature and dynamics of sexual homicide: An integrative review. *Aggression and Violent Behavior*, 5 (1), 1-22.

- Meloy, J. R. (2002). Pathologies of attachment, violence, and criminality. En A. Goldstein (ed.) *Comprehensive handbook of psychology, Volume 11: Forensic Psychology* (pp. 509-526). New York: John Wiley & Sons.
- Miller, A. (1998). *El saber proscrito*. Barcelona: Tusquets.
- Miller, L. (2014). Serial killers: II. Development, dynamics, and forensics. *Aggression and Violent Behavior*, 19, 12-22.
- Morton, R. J. & Hilts, M. A. (2008). *Serial murder: Multi-disciplinary perspectives for investigators*. Quantico: Federal Bureau of Investigation.
- Palermo, G. B. (2008). Narcissism, sadism, and loneliness: The case of serial killer Jeffrey Dahmer. En R. N. Kocsis (ed.) *Serial murder and the psychology of violent crimes* (pp. 85-100). Totowa: Humana Press.
- Reich, W. (1980). *El asesinato de Cristo*. Barcelona: Bruguera.
- Reich, W. (1985). *La revolución sexual*. Barcelona: Planeta-Agostini.
- Reich, W. (2006) *La función del orgasmo*. En *Obras Escogidas*. Barcelona: RBA.
- Ressler, R. K., Burgess, A. W. & Douglas, J. E. (1995). *Sexual homicide: Patterns and motives*. New York: The Free Press.
- Ressler, R. K. & Shachtman, T. (1995). *El que lucha con monstruos*. Barcelona: Planeta/Seix Barral.
- Rojas Marcos, L. (2004). *Las semillas de la violencia*. Madrid: Espasa.
- Skrapec, C. A. (2000). Los motivos del asesino en serie. En A. Raine & J. Sanmartín (eds.) *Violencia y psicopatía* (pp. 155-180). Barcelona: Ariel.
- Winnicott, D. W. (1993). *El niño y el mundo externo*. Buenos Aires: Hormé.
- Winnicott, D. W. (1996). *Deprivación y delincuencia*. Buenos Aires: Paidós.
- Yakeley, J. & Meloy, J. R. (2012). Understanding violence: ¿Does psychoanalytic thinking matter? *Aggression and Violent Behavior*, 17, 229-239.



IMPLEMENTACIÓN DEL ARTÍCULO 1º DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA A CINCO AÑOS DE SU ENTRADA EN VIGOR: EVALUACIÓN Y PROSPECTIVA EN LOS ÁMBITOS JUDICIAL Y ADMINISTRATIVO

Julieta Morales Sánchez

Doctora en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM);
Doctora en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha
(España); Profesora de la Facultad de Derecho de la UNAM; Investigadora
Nacional nivel I del Sistema Nacional de Investigadores (SNI) del Consejo
Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT).

I. CONSIDERACIONES PROVISIONALES

El 10 de junio de 2016 se cumplen cinco años de la publicación de la reforma constitucional (en adelante, reforma) a diversos artículos constitucionales en materia de derechos humanos; entre ellos, al artículo 1º. Esta reforma se ha calificado como la más trascendente en el rubro desde 1917, a tal grado que sus repercusiones no han sido comprendidas ni sus implicaciones asumidas por las distintas autoridades a las que se dirige la modificación constitucional. Asimismo, la población que habita o transita por México –destinataria natural del engrosamiento de las obligaciones en materia de derechos humanos– aún desconoce el impacto que la reforma puede tener en sus vidas cotidianas y desconocen los mecanismos existentes para exigir los derechos.

Estamos muy cerca de conmemorar el centenario de la Constitución Mexicana de 1917 y esta cercanía debe llevarnos a reflexionar en los grandes retos que tenemos como país para lograr difundir una cultura constitucional entre la población. El texto constitucional, en general, sigue siendo ampliamente desconocido, enfrenta la apatía de la población que entiende que la Constitución es una norma lejana a su

realidad ya que, entre otras cosas, carece de cualquier tipo de sanción ante su eventual incumplimiento.

Al acercarnos a estos cien años podemos también pensar en cómo ha cambiado el concepto mismo de la Constitución y la apertura de la llamada “supremacía constitucional” ante el concepto de “bloque de constitucionalidad”.

El engrosamiento al que se hacía referencia no solamente incluye un incremento en el número de derechos reconocidos o de las fuentes normativas que contienen a los derechos (tratados internacionales, Constitución y leyes, por ejemplo), sino que conlleva también un proceso de capacitación de los servidores públicos encargados de su aplicación, el cual ha sido amplio a lo largo de estos primeros cinco años, pero, hay que reconocerlo, sigue siendo insuficiente.

El gran reto al finalizar el primer lustro de “vigencia” es justamente eso: darle vigencia e implementar la reforma para que sus impactos lleguen a toda persona que se encuentre en México.

Con estas premisas se iniciará el desarrollo de este trabajo que, a pesar de las aspiraciones, solamente dará un panorama general de la evolución de estos casi cinco años y de la perspectiva en la materia. Es preciso señalar que cualquier estudio prospectivo corre el alto riesgo de errar; se requiere contar con elementos objetivos que permitan proyectar posibilidades de realización futura a partir de las situaciones actuales o, cuando menos, el planteamiento de posibles y diversos escenarios que puedan producirse como consecuencia del presente que vivimos.

II. PRINCIPIO *PRO PERSONA* Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: ¿CONFUSIÓN O EJECUCIÓN?

Desde el Poder Judicial de la Federación se han establecido una serie de “límites” al ejercicio de estas dos figuras surgidas en nuestro país a partir de la reforma de 2011. Por ello se abordan en este apartado.

El control de convencionalidad implica verificar la compatibilidad de los actos, omisiones y normas de la autoridad interna con el Derecho internacional de los derechos humanos, expresado en tratados o convenciones e interpretado, en su caso, por los órganos supranacionales que tienen esta atribución.

A raíz del Expediente Varios 912/2010, todos los jueces en México deben ejercer el control de convencionalidad y constitucionalidad. Desde 2011, en México, una norma subconstitucional nacional debe superar dos filtros: el del control de constitucionalidad y el del control de convencionalidad.

En torno a este ejercicio se han generado algunas dudas. A continuación se abordarán algunas de ellas:

1. DIFERENCIA DE CRITERIOS ENTRE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN TORNO A QUIEN DEBE REALIZAR EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: ¿SÓLO JUECES O TODAS LAS AUTORIDADES DEL ESTADO?

En un primer momento, las sentencias en torno a control de convencionalidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) establecían que éste era obligación del “Poder Judicial”, “órganos del Poder Judicial”, “jueces” o “juzgador”.¹ Sin embargo, en sentencias de la etapa más reciente, la CorteIDH se ha referido al control de convencionalidad como función de “los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”, expresión que parecía extender considerablemente el ámbito subjetivo de esa función.² Posteriormente, la CorteIDH se refirió a que “todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen

1 *Caso Almonacid Arellano y otros*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 124; *Caso Trabajadores Cesados del Congreso*, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, párr. 128; *Caso La Cantuta*, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr. 173; *Caso Boyce y otros*, Sentencia de 20 de noviembre de 2007, párr. 78; *Caso Heliodoro Portugal*, Sentencia de 12 de Agosto de 2008, párr. 180; *Caso Radilla Pacheco*, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, párr. 339; *Caso Fernández Ortega*, Sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 236; *Caso Rosendo Cantú*, Sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 219; y *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, Sentencia de 1 de septiembre de 2010, párr. 202.

2 *Cfr. Caso Cabrera García y Montiel Flores*, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr. 225; *Caso Gelman*, Sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 193; *Caso Chocron*, Sentencia de 1 de julio de 2011, párr. 164; *Caso López Mendoza*, Sentencia de 1 de septiembre de 2011, párr. 226; *Caso Fontevecchia y D’Amico*, Sentencia de 26 de noviembre de 2011, párr. 93; *Caso Atala Riffo y niñas*, Sentencia de 24 de febrero de 2012 párr. 282.

la obligación de ejercer un control de convencionalidad”³ e incluso mencionó expresamente del Poder Ejecutivo y del Ministerio Público.⁴

En el contexto mexicano, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el Expediente Varios 912/2010, especificó el modelo general de control de constitucionalidad y convencionalidad, mediante el cual todo control –sea concentrado, por determinación material específica o difuso– está reservado a los órganos jurisdiccionales según sus competencias, dejando únicamente la interpretación más favorable (principio *pro persona*) a todas las autoridades del Estado mexicano.

Así, como mencionamos, la CorteIDH, en 2011, en el caso *Gelman* –criterio obligatorio en términos de la Contradicción de Tesis 293/2011– determinó que tanto los jueces como los órganos vinculados a la administración de la justicia en todos los niveles tienen la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad.” Además, señaló que, cuando se trate de casos de graves violaciones a los derechos humanos, el control de convencionalidad” es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial.”⁵

El criterio evolucionó y posteriormente, en 2012, la CorteIDH, en el Caso *Masacre de Santo Domingo*, reafirmó que “todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un ‘control de convencionalidad’;”⁶ mientras que en el caso *Mendoza y otros*, de 2013, señaló que estaba consciente de “que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley” y que, “cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, por lo cual deben ejercer un ‘control de convencionalidad’ *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana.”⁷ En este caso, la CorteIDH amplió aún más la obligación a nivel nacional al incluir expresamente al Poder Ejecutivo.⁸

3 *Caso Gelman*, cit., párr. 239; *Caso Masacre de Santo Domingo*, Sentencia de 30 de noviembre de 2012, párr. 142; *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas*, Sentencia de 28 de agosto de 2014, párr. 497; *Caso Rochac Hernández y otros*, Sentencia de 14 de octubre de 2014, párr. 213.

4 *Caso Mendoza y otros*. Sentencia de 14 de mayo de 2013, párr. 221.

5 CorteIDH, *Caso Gelman*, cit., párrs. 193 y 239.

6 CorteIDH, *Caso Masacre de Santo Domingo*, cit., párr. 142.

7 Corte IDH, *Caso Mendoza y otros*, cit., párr. 323.

8 *Ibidem*, párr. 221.

Así, quizás se ha planteado una posible disyuntiva: ¿SCJN –el control de convencionalidad sólo debe ejercerse por los jueces– vs CORTEIDH –el control de convencionalidad debe ejercerse por todas las autoridades–?

2. AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS: ENTRE EL PRINCIPIO *PRO PERSONA* Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

La SCJN, en el Expediente Varios 912/2010, dejó muy claro que el ejercicio del control de convencionalidad solamente corresponde a las autoridades judiciales; a pesar de ello hay que tener en cuenta que la línea argumentativa de la CorteIDH se desenvuelve por ampliar el ámbito subjetivo de aplicación a todas las autoridades, como se analizó. Esas sentencias, además, son vinculantes en nuestro país, a partir de la Contradicción de Tesis 293/2011. Parecería entonces que la SCJN plantea entonces una limitación a la aplicación del control de convencionalidad, la cual es facultad otorgada a todas las autoridades por la CorteIDH.

No obstante el criterio de la SCJN, se hará una proyección en la línea de decisión de la CorteIDH; es decir, pensando que todas las autoridades debieran ejercer el control de convencionalidad en México. Claramente, si se sostiene que todas las autoridades deben ejercer el control de convencionalidad (es decir, verificar que una norma, acto de autoridad o sentencia no contravenga un tratado internacional), se tendrían que establecer los efectos de dicho control. Las opciones básicamente son dos: 1) inaplicación en el caso concreto; y 2) declaratoria general de inconstitucionalidad o inconvencionalidad.

Pensando en que el control de convencionalidad, en esta hipótesis, se ejercería, por autoridades administrativas y no sólo jurisdiccionales, la opción más viable podría ser la inaplicación en el caso concreto.

Actualmente en México –según lo dispuesto por el artículo 1º constitucional– todas las autoridades deben observar el principio *pro persona* y en este ejercicio valorar, comparar y sopesar dos o más normas o interpretaciones para finalmente elegir aquella que mejor proteja a la persona o al derecho humano en el caso concreto, según se ha visto.

Como consecuencia del ejercicio del principio *pro persona*, las autoridades en cada caso concreto aplican la norma o la interpretación que mejor o más ampliamente protege el derecho –y, por lo tanto,

inaplican la norma o interpretación que era más desfavorable al derecho humano-. Aunque aquí se señala la confluencia entre el principio *pro persona* y el control de convencionalidad, es primordial tener claridad en lo que implica cada ejercicio y a ello se procederá.

El control de convencionalidad verifica la no contravención o la compatibilidad de un acto, omisión, ley o sentencia con los tratados internacionales; mientras que el principio *pro persona* obliga a la prevalencia del dispositivo normativo más benéfico en un caso concreto (sin importar si se encuentra en fuente internacional, constitucional, legal, reglamentaria, etc.). Ahora bien, en la práctica se podría llegar a considerar que, en ambos ejercicios, el efecto es la inaplicación: en el control de convencionalidad porque la norma inaplicada contraviene instrumentos internacionales; en el principio *pro persona*, puesto que la norma inaplicada es más desfavorable al goce y ejercicio de los derechos humanos.

3. EJERCICIO DEL PRINCIPIO *PRO PERSONA* POR AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS E INAPLICACIÓN DE NORMAS

El principio *pro persona* se desdobra en una doble dimensión: selección de normas y selección interpretativa. En México se instauró una limitación a las autoridades administrativas en la aplicación del principio *pro persona*: se podría entender que solamente pueden ejercer el principio *pro persona* en su dimensión de selección interpretativa más no en su dimensión de selección de normas.

Así, en el expediente Varios 912/2010, todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, están obligadas a aplicar las normas correspondientes “haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar la incompatibilidad de las mismas.”⁹

Como se viene refiriendo, el principio *pro persona*, por su propia naturaleza, requiere de un ejercicio de interpretación y, en su caso, de selección de normas específicas en aras de beneficiar a las personas en cada caso concreto. Esto, por más que pueda confundirse con la inaplicabilidad de una norma por considerarse inconstitucional

9 Énfasis agregado. Décima Época, Instancia: Pleno, Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, Tesis: P. LXX/2011 (9a.), Página: 557. SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO.

o inconvencional, es diferente. Habrá casos en los que la norma correspondiente no otorgue la protección más amplia –siendo constitucional y convencional– y la autoridad administrativa tenga que optar, dentro de aquéllas aplicables al caso concreto, por la norma que resulte más favorable, dejando de aplicar la desfavorable. No obstante ello, debe dejarse en claro que el hecho de que una norma sea menos favorable no se traduce en que dicha norma sea contraria al Derecho internacional o inconvencional.

Una aplicación integral del principio *pro persona* por parte de las autoridades administrativas requiere dejar en claro que el concepto de inaplicación propia de las función judicial mediante la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma (con efectos *erga omnes* –generales– o en caso concreto), difiere, por naturaleza, de la opción que tienen todas las autoridades para aplicar la norma que más beneficie a la persona.

Con base en una visión “tradicional” de la separación de poderes y del principio de legalidad estricto, es natural que se genere una tensión entre la actividad administrativa y el ejercicio del principio *pro persona*. En virtud de ello, a raíz de la reforma constitucional de derechos humanos de 2011 y con la finalidad de lograr su eficaz implementación, resulta indispensable replantear estos principios, cuyas construcciones conceptuales deben gestarse precisamente desde la sede jurisdiccional máxima del país.

La tendencia de la SCJN debe seguir sentando las bases para el pleno respeto de los principios de derechos humanos.

El principio *pro persona* debe ser cabalmente cumplido por todas las autoridades, sin importar la naturaleza de sus funciones. El control de convencionalidad y el control de constitucionalidad son facultad inherente a los jueces y a los órganos vinculados a la administración de justicia pero de igual manera al resto de las autoridades –de conformidad con lo señalado por la CorteIDH– y todos deben ejercerlo en el marco de sus respectivas competencias.

El principio *pro persona* y el control de convencionalidad pueden ser un mecanismo valioso para fortalecer la exigibilidad de los derechos humanos en México. Por ello no se debe judicializar los amplios beneficios que derivan de ellos porque eso podría excluir a un amplio sector de la población mexicana en situación de pobreza

que casi nunca acude a los tribunales y cuyo único contacto es con la autoridad administrativa de los tres órdenes de gobierno.

4. ¿CASOS CONTENCIOSOS U OPINIONES CONSULTIVAS COMO PARÁMETRO DE COMPATIBILIDAD EN EL EJERCICIO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD?

En México se ha abierto la discusión en torno a qué normas integran el parámetro internacional para realizar el ejercicio del control de convencionalidad. Por supuesto, los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano; pero también se ha precisado que la jurisprudencia contenciosa de la CorteIDH -ya que ésta es el órgano autorizado para la interpretación de la Convención- es parte integrante del tratado internacional. Esto ha causado la siguiente duda: ¿la jurisprudencia consultiva de la CorteIDH también debería ser parte del parámetro de control?

La postura en México establecida por el Poder Judicial, a raíz del Varios 912/2010 y de la Contradicción de tesis 293/2011, es que solamente la jurisprudencia contenciosa es referente, como parte integrante de los tratados, para el ejercicio del control de convencionalidad.

Por su parte, la CorteIDH ha determinado que debe realizarse el control de convencionalidad considerando las jurisprudencias consultiva y contenciosa. Así sostuvo:

la Corte estima necesario recordar que, conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél. Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado *realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual*

es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos (énfasis agregado).”¹⁰

García Ramírez sostiene que la función consultiva trata de “desentrañar el sentido de una disposición, apreciar la naturaleza, las implicaciones jurídicas de una situación de hecho o de derecho...se trata de saber más que de resolver: contestar una pregunta de cuya respuesta pudieran derivar futuras conductas con eficacia jurídica... La consulta termina con una opinión.”¹¹

La CorteIDH ha sostenido que su competencia consultiva constituye “un método judicial alternativo” destinado a “coadyuvar el cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados Americanos en lo que concierne a la protección de los derechos humanos.”¹²

Las Opiniones Consultivas, a pesar de no tener efectos vinculantes, “poseen notable trascendencia, contribuyen a generar una *opinio iuris* internacional y a establecer los patrones o criterios para el futuro entendimiento de las normas e instituciones, la prevención de conflictos y la solución de controversias,” y es que “a través de ellas se establece el sentido de una norma... y se construye una jurisprudencia orientadora.”¹³

Más adelante, la CorteIDH señaló que “en materia consultiva, la Corte no está llamada a resolver cuestiones de hecho para verificar su existencia sino a emitir su opinión sobre la interpretación de una norma jurídica. La Corte, en este ámbito, cumple una función asesora...”¹⁴ Y posteriormente la CorteIDH indicó que “aun cuando la opinión consultiva de la Corte no tiene el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso, tiene, en cambio, efectos jurídicos innegables...

10 *Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Resolución de 19 de agosto de 2014, párr. 31.

11 García Ramírez, Sergio, “La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la OC-18/2003” en *Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03*, CNDH, México, 2004, p. 10.

12 *Opinión consultiva OC-3/83 (artículos 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos) Restricciones a la pena de muerte*, de 8 de septiembre de 1983, párrafo 43 en García Ramírez, Sergio (coord.), *La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, UNAM, México, 2001, p. 920.

13 García Ramírez, Sergio, “La función consultiva...”, *op. cit.*, p. 11.

14 *Opinión consultiva OC-3/83...*, *supra*, párr. 32, en García Ramírez, Sergio (coord.), *La Jurisprudencia...*, *op. cit.*, pp. 925-926.

es evidente que el Estado u órgano que solicita a la Corte una opinión consultiva no es el único titular de un interés legítimo en el resultado del procedimiento.”¹⁵

Faúndez Ledesma difiere del criterio de la CorteIDH, al sostener que, “en el ejercicio de esta competencia, la Corte opera como una especie de Tribunal Constitucional; sus opiniones no sólo están dotadas de la autoridad del órgano del cual emanan sino que poseen un efecto jurídico vinculante, derivado de la propia Convención y que, en particular no se puede eludir por los Estados parte de la Convención...”¹⁶

Así, es claro que la jurisprudencia consultiva coadyuva al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados al explicitar el sentido, alcances e implicaciones de las normas convencionales. Si los Estados conocen, a través de las opiniones consultivas, cual es el significado de los artículos de la Convención, se posibilita y facilita su puntual cumplimiento. Además, a través de la jurisprudencia contenciosa pero también consultiva, se actualiza el contenido de las normas internacionales a las circunstancias contemporáneas; por ello la relevancia de considerarlas dentro del parámetro de ejercicio del control de convencionalidad.

5. EL PRINCIPIO *PRO PERSONA* Y LA RESTRICCIÓN EXPRESA

La jurisprudencia que derivó de la Contradicción de tesis 293/2011 quedó formulada como sigue: “Derechos humanos contenidos en la constitución y en los tratados internacionales constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, pero cuando en la constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquéllos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional”.¹⁷

15 Opinión consultiva OC-15/97 *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (artículo 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)* de 14 de noviembre de 1997, párrafo 26, en García Ramírez, Sergio (coord.), *La Jurisprudencia...*, *op. cit.*, p. 1083.

16 Citado por García Ramírez, Sergio, *La jurisdicción internacional, derechos humanos y la justicia penal*, México, Porrúa, 2003, p. 75.

17 Que establece: “El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos

En este asunto se implantó el concepto de restricción expresa como una excepción a la aplicación del principio *pro persona*.

Ello mismo se refrendó en la siguiente tesis:

las normas de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales y en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no se relacionan entre sí en términos jerárquicos, ya que se integran al catálogo de derechos que funciona como un parámetro de regularidad constitucional. Por tanto, cuando un derecho humano esté reconocido tanto en la Constitución Federal, como en los tratados internacionales, debe acudir a ambas fuentes para determinar su contenido y alcance, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia; *en el entendido de que cuando exista en la Constitución una restricción expresa al ejercicio de un derecho humano, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional.*¹⁸

Específicamente, se pueden dar dos ejemplos de restricciones expresas:

humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiéndose que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano." <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/>

18 Décima Época, Primera Sala, Jurisprudencia, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 17, Abril de 2015, Tomo I, tesis: 1a./J. 29/2015 (10a.), p. 240. DERECHOS HUMANOS RECONOCIDOS TANTO POR LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, COMO EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. PARA DETERMINAR SU CONTENIDO Y ALCANCE DEBE ACUDIRSE A AMBAS FUENTES, FAVORECIENDO A LAS PERSONAS LA PROTECCIÓN MÁS AMPLIA.

A) Amparo directo en revisión: 1312/2014, resuelto en enero de 2015.¹⁹ La acción intentada por la quejosa encuadra en la hipótesis de improcedencia prevista expresamente en el artículo 100, párrafo noveno, de la Constitución y el artículo 61, fracción III, de la Ley de Amparo, que contempla la improcedencia del amparo contra resoluciones emitidas por el Consejo de la Judicatura de la Federación.

Así se determinó:

aun cuando la recurrente tiene reconocido el derecho de acudir ante los tribunales a que sus derechos sean decididos por un juez imparcial e independiente, así como de combatir a través del juicio de amparo los actos que estimen violatorios de sus derechos humanos a efecto de garantizar el acceso a la justicia, *tratándose de la impugnación de las decisiones que emite el Consejo de la Judicatura Federal en el ejercicio de las atribuciones que tienen encomendadas, ya sea funcionado en Pleno o comisiones, opera una restricción constitucional al ejercicio de esos derechos, que el Constituyente estimó válida*²⁰

B) Amparo directo en revisión 1250/2012, resuelto en abril de 2015. El amparo se interpuso contra la constitucionalidad del artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales, que contempla el arraigo en los términos del Décimo Primero Transitorio del Decreto del 18 de junio de 2008²¹ y se decretó la constitucionalidad del artículo impugnado que dispone:

19 <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=164055>.

20 *Ibidem*, énfasis agregado.

21 <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=138663>

CONSTITUCIÓN	CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES	DECRETO DE REFORMA DEL 18 DE JUNIO DE 2008
<p>Artículo 16. La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de <i>delitos de delincuencia organizada</i>, 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 todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.</p>	<p>Artículo 133 Bis.- La autoridad judicial podrá, a petición del Ministerio Público, decretar el arraigo domiciliario del indiciado tratándose de <i>delitos graves</i>, 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. Corresponderá al Ministerio Público y a sus auxiliares vigilar que el mandato de la autoridad judicial sea debidamente cumplido.</p>	<p>Artículo Décimo Primero Transitorio. En tanto entra el sistema procesal acusatorio, los agentes del Ministerio Público que determine la ley podrán solicitar al juez el arraigo domiciliario del indiciado tratándose de <i>delitos graves</i> y hasta por un máximo de cuarenta días.</p>

6. ¿PUEDE UNA CONSTITUCIÓN SOMETERSE A CONTROL DE CONVENCIONALIDAD?

Resulta pertinente preguntar si es posible plantear la inconvencionalidad de un precepto constitucional.

La respuesta la ha dilucidado la Segunda Sala de la SCJN en una tesis aislada en la que ha afirmado que hay "imposibilidad jurídica de que, en un juicio de amparo directo, o en cualquier otro juicio, la propia Constitución pueda sujetarse a un control frente a algún tratado

internacional del que el Estado Mexicano sea parte”, ya que el principio de supremacía constitucional “obstaculiza cualquier posibilidad de que las normas internacionales se conviertan en parámetro de validez de la Constitución, por lo que se torna imposible el planteamiento de la inconventionalidad de un artículo constitucional”.²²

La discusión en torno a este tópico puede resolverse al recordar que, en el *Caso Radilla Pacheco*, se analizó la compatibilidad del artículo 13 constitucional con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Aunque en este caso en concreto la CorteIDH, al ejercer el control de convencionalidad en sede internacional, señaló la compatibilidad entre ambos dispositivos, el resultado pudo ser distinto o puede serlo en el futuro, por lo que podría existir una condena de la CorteIDH en el sentido de reformar la Constitución mexicana. Si el control de convencionalidad en sede externa es posible, el control de convencionalidad de la Constitución en sede interna también debería ser una opción factible que libre a México de una futura responsabilidad internacional.

7. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD FRENTE A LA JURISPRUDENCIA DEL PODER JUDICIAL MEXICANO: ¿JURISPRUDENCIA NACIONAL VS JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA?

Como resultado de la Contradicción de tesis 293/2013 se determinó:²³

22 [TA]; 10a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 3, p. 2034. CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES EN EL AMPARO DIRECTO. SON LOS QUE PLANTEAN LA INCONVENCIONALIDAD DE UN PRECEPTO CONSTITUCIONAL.

23 <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=153439>. Contradicción de tesis entre las sustentadas por el Octavo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Tercera Región, con residencia en Guadalajara, Jalisco, y el Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito. 14 de octubre de 2014. Mayoría de siete votos de los Ministros Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Luis María Aguilar Morales, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alberto Pérez Dayán; Arturo Zaldívar Lelo de Larrea votó contra consideraciones; votaron en contra: José Ramón Cossío Díaz y Juan N. Silva Meza. Ausentes: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Sergio A. Valls Hernández. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo.

La obligación de las autoridades jurisdiccionales contenida en los artículos 1º y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de realizar un control de constitucionalidad y/o convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos y dar preferencia a los contenidos en la propia Ley Suprema y en los tratados internacionales, aun, a pesar de las disposiciones en contrario contenidas en cualquier norma inferior, no contempla a la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (...); de ahí que no privan las mismas razones que se toman en cuenta para inaplicar una disposición emitida por el legislador cuando viola derechos humanos de fuente constitucional o convencional. Cabe precisar que, en los casos en los que se pudiera advertir que una jurisprudencia del Alto Tribunal desatiende o contradice un derecho humano, cualquiera que sea su origen, existen los medios legales para que se subsane ese aspecto. En conclusión, aun partiendo del nuevo modelo de interpretación constitucional, *no es posible determinar que la jurisprudencia del Máximo Tribunal del país pueda ser objeto de la decisión de un órgano de menor grado que tienda a inaplicarla, como resultado del ejercicio de control de convencionalidad ex officio, porque permitirlo daría como resultado que perdiera su carácter de obligatoria, ocasionando falta de certeza y seguridad jurídica.*²⁴

III. CONCLUSIONES

De conformidad con el artículo 1º constitucional, todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, y para ello tienen también la obligación de interpretar las normas correspondientes, aplicando en todo momento el principio *pro persona* en sus dos dimensiones.

Se considera que las violaciones a los derechos humanos, aunque revelan una deficiencia grave de los mecanismos de protección, en el fondo no implican un problema de órganos y sanciones sino de

24 Décima Época, Pleno, Jurisprudencia, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 13, Diciembre de 2014, Tomo I, Tesis: P./J. 64/2014 (10a.), p. 8. JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. NO ES SUSCEPTIBLE DE SOMETERSE A CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y/O CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO POR ÓRGANOS JURISDICCIONALES DE MENOR JERARQUÍA.

creación y difusión de una cultura de respeto a los derechos humanos; además, muestran la necesidad de resolver problemas estructurales en las sociedades.

Sin embargo, mientras que esa cultura de respeto a los derechos humanos no se consolide, la recepción del Derecho internacional de los derechos humanos, el control de convencionalidad y el principio *pro persona* representan la opción más viable que tienen las personas para defender el goce y ejercicio de los derechos.

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. Por ello, es necesario que los derechos humanos sean conocidos, protegidos, respetados y garantizados en los diversos niveles y ámbitos de gobierno. Los poderes públicos deben garantizar, interpretar y aplicar en un sentido amplio, progresivo y extensivo los derechos humanos de todas las personas que se encuentran en su territorio. Es necesario que los órganos de justicia constitucional y convencional (en este país, todos los jueces, de todos los niveles y de todas las materias) interpreten los derechos humanos siguiendo el principio *pro persona* y que el resto de las autoridades apliquen plenamente dicho principio.

Aunque es claro que la jurisdicción internacional solamente funciona una vez agotados los recursos internos de defensa de los derechos y cuando la persona que sufrió la presunta violación considera necesario acudir a la instancia internacional, es fundamental para la garantía integral de los derechos que exista una relación congruente entre la interpretación realizada por los órganos internos y los internacionales; ello, además de asegurar la plena eficacia de los derechos, permitiría librar al Estado de cualquier imputación de responsabilidad internacional. A pesar de los avances, aún se está lejos de la recepción integral del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Así, uno de los retos que tienen por delante los órganos de justicia constitucional-convencional es lograr su apertura a la dignidad humana como eje rector de su actuación a fin de realizar una interpretación extensiva, progresiva y *pro persona*, de los derechos y para los derechos.

Claramente, la actividad de los jueces constitucionales está supeditada a las leyes internas, pero debe recordarse que también se han contraído compromisos internacionales y que este “bloque de constitucionalidad” integrado conforme a la voluntad soberana de cada Estado debe regirse y sujetarse al servicio de los derechos humanos; es decir, guiado por el principio *pro persona*.

Hay que reconocer que, independientemente de lo anterior, la actividad jurisdiccional se desarrolla en un contexto determinado que en ocasiones –las más– está marcado por la pobreza, la exclusión, la desigualdad, la discriminación o las nulas oportunidades de desarrollo. La perspectiva de cambio de dichas situaciones es más bien lejana –en algunos casos o la mayoría de ellos, muy lejana o inimaginable–; es aquí donde la actividad de los órganos del Estado cobra importancia y es aquí donde su interpretación debe fortalecerse y edificarse precisamente sobre la base de los derechos humanos; aquí es donde la actividad de los órganos administrativos en los tres órdenes de gobierno se erige como fundamental para alcanzar una sociedad más justa.

Es válido también recordar lo obvio. El Poder Judicial no está facultado para establecer limitaciones o condicionantes que no estén previstas en la Constitución en torno a la aplicación del principio *pro persona*: si la Constitución no limita al principio *pro persona*, el Poder Judicial debe estar imposibilitado para hacerlo.

Así, se deben evitar criterios del Poder Judicial Federal que pretendan restringir o matizar dicho principio. No se puede judicializar en este país la aplicación de tan relevante instrumento ya que eso implicaría discriminar a un amplio sector de la población que no puede –por carencia de conocimientos, asesoría o recursos– acudir al amparo, por ejemplo.

La aplicación del principio *pro persona*, en sus dos vertientes (selección normativa o interpretativa), por todas las autoridades del país (judiciales, administrativas, legislativas y autónomas de los tres órdenes de gobierno), busca fortalecer la exigibilidad de los derechos en México.



HACINAMIENTO PENITENCIARIO EN AMERICA LATINA: CAUSAS Y ESTRATEGIAS PARA SU REDUCCIÓN(*)

María Noel Rodríguez¹

Líder del equipo de reforma penitenciaria, Oficina Regional para Centroamérica y el Caribe, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.

INTRODUCCIÓN

El rápido crecimiento de la población privada de libertad constituye uno de los mayores desafíos que actualmente enfrentan los sistemas de justicia penal en América Latina y en el mundo.

Según el Centro Internacional de Estudios Penitenciarios (CIEP) más de 10.000.000 de personas se encuentran privadas de libertad (entre condenadas y en detención preventiva), de las cuales 1.400.000 se encuentran detenidas en América Latina. Casi la mitad del total de la población reclusa a nivel mundial se encuentra solo en tres países, Estados Unidos de América (2.240.000), China (1.640.000) y Rusia (680.000).²

Los índices de prisionización o encarcelamiento, (expresados por el número de personas privadas de libertad cada 100.000 habitantes), varían considerablemente de una región a otra y dentro de las mismas regiones. Por ejemplo Estados Unidos de América tiene el 4.6% de la población mundial y el 23% de los presos/as de todo el mundo (743/100.000), mientras que por el contrario, Canadá, tiene el 0.51% de la población mundial y el 0.4% de los presos/as (117/100.000).³

1 Trabajo final del Posgrado Derecho Penitenciario y Ejecución Penal. Universidad de Barcelona y UCI.

2 International Centre for Prison Studies. World Prison Population List (tenth edition). http://www.prisonstudies.org/sites/prisonstudies.org/files/resources/downloads/wpppl_10.pdf

3 International Center for Prison Studies. Notas orientativas sobre la reforma penitenciaria. 2004.

En América Latina se observa un generalizado aumento de las tasas de encarcelamiento durante los últimos veinte años. Muchos países duplicaron e incluso triplicaron sus tasas de encarcelamiento.⁴

Según la información actualizada por el CIEP⁵, la tasa media de encarcelamiento para América del Sur es de 202/100.000, para América Central 290/100.00, aumentando a 376/100.000 para los países del Caribe, siendo las Américas la región que presenta la mayor tasa de crecimiento de la población reclusa.

La situación antes referida provoca como principal consecuencia que la absoluta mayoría de los centros penales en América Latina se encuentren funcionando en situación de hacinamiento.

La sobrepoblación es una de las principales consecuencias de los altos índices de encarcelamiento y de la promoción de una política que fomenta el uso desmedido de la pena privativa de libertad, generando un terreno fértil para la crisis y el colapso de los sistemas penitenciarios.

El presente trabajo se propone como objetivo general abordar y conceptualizar el fenómeno del hacinamiento penitenciario como una de las variables que inciden negativamente en el funcionamiento de los sistemas penitenciarios de América Latina.

Como objetivos específicos, el trabajo pretende analizar las causas del hacinamiento y proponer eventuales estrategias que podrían diseñarse e implementarse para su reducción y control.

I. HACINAMIENTO: UNA CARACTERÍSTICA GENERALIZADA EN LOS SISTEMAS PENITENCIARIOS EN AMÉRICA LATINA

1. Concepto de hacinamiento

Para analizar el fenómeno del hacinamiento o sobrepoblación carcelaria se deben precisar algunos conceptos, para lo cual se tomarán como referencia las definiciones propuestas por el Instituto de las

4 CARRANZA, Elías (coordinador). *Cárcel y Justicia Penal en América Latina*. Ed. Siglo XXI, 2009.

5 International Centre for Prison Studies. *World Prison Population List* (tenth edition)

Naciones Unidas para la prevención del delito y el tratamiento del delincuente (ILANUD).⁶

Sobrepoblación penitenciaria es la situación en la que la densidad penitenciaria es mayor que 100, porque hay más personas presas que la capacidad establecida para una prisión o para la totalidad del sistema.

Densidad penitenciaria es la relación numérica entre la capacidad de una prisión o de un sistema penitenciario y el número de personas alojadas en él, que resulta de la fórmula: número de personas alojadas/ número de cupos disponibles x 100.

Sobrepoblación crítica es la situación en que la densidad penitenciaria es igual a 120 o más, adoptándose la definición utilizada por el Comité Europeo para los Problemas Criminales.⁷ Siguiendo la propuesta de ILANUD se utilizará la expresión hacinamiento como sinónimo de sobrepoblación crítica.

A nivel internacional no existe una definición de plaza o cupo penitenciario que permita la construcción del concepto de capacidad penitenciaria, y de allí la determinación de la densidad carcelaria. Los estándares de “tratamiento penitenciario” no se traducen en indicadores numéricos (ejemplo: mts² para alojamiento por recluso), sino que remiten a referencias mínimas (ejemplo: celdas o dormitorios en condiciones de higiene, ventilados, con superficie mínima, alumbrados, calefaccionados⁸) en base a las cuales cada sistema penitenciario construirá su propia conceptualización de plaza o cupo penitenciario.

La capacidad de alojamiento es medida de forma diferente por cada sistema penitenciario, lo que dificulta un análisis comparativo. Un indicador utilizado generalmente por los países es referir a la capacidad declarada al momento de la construcción de cada unidad

6 CARRANZA, Elías. *Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe, ¿Qué hacer?* www.anuariocdh.uchile.cl.

7 Comité Européen pour les Problemes Criminels. *Projet de rapport sur le surpeuplement des prisons et l'inflation carcerale, 1999* (cdpc plenary/doc 1999/18F, Add I-Rec CP Surpeuplement).

8 Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos. Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

penitenciaria, pero esta capacidad generalmente es modificada una vez que el centro comienza a operar, debido a la necesidad de alojar un mayor número de personas.

Algunos países han definido el concepto de plaza o cupo penitenciario utilizando algunos parámetros internacionales brindados por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) y el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura (CPT).⁹

La capacidad de alojamiento de los centros de privación de libertad debería formularse teniendo en cuenta criterios tales como: espacio real disponible por persona, ventilación, iluminación, acceso a los servicios sanitarios, número de horas que las personas privadas de libertad pasan en sus celdas y las posibilidades que tengan de realizar actividades laborales, deportivas, etc.

Sin embargo, la capacidad real de alojamiento es el espacio disponible para cada persona en la celda en la que se le mantiene recluida. La medida de este espacio resulta de la división del área total del dormitorio o celda entre el número de sus ocupantes. En este sentido, como mínimo, cada persona privada de libertad debería contar con espacio suficiente para dormir acostada, para caminar libremente dentro de la celda o dormitorio, y para acomodar sus efectos personales.¹⁰

El impacto de la sobrepoblación no depende solamente del espacio disponible por cada persona privada de libertad, sino también y fundamentalmente, del tiempo que la persona presa transcurra fuera de su celda o dormitorio, realizando diversas actividades.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), considerando la jurisprudencia europea y otros documentos del ámbito europeo, observó que 7 metros cuadrados por cada persona privada de libertad es una guía aproximada y deseable para una celda de detención.¹¹

9 El CPT considera 4 metros cuadrados por persona como requerimiento mínimo en un alojamiento compartido, y 6 metros cuadrados en alojamiento individual; el CICR 3.4 metros cuadrados en dormitorios colectivos y 5.4 metros cuadrados en celdas individuales.

10 Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). *Water, Hygiene and Habitat in prisons*, 2005.

11 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Análisis de la jurisprudencia en materia de integridad personal y privación de libertad*, 2010.

2. Dimensión del hacinamiento en el contexto latinoamericano

El hacinamiento constituye la principal característica de los sistemas penitenciarios en América Latina, y uno de los mayores desafíos que los Estados deben asumir, controlar y resolver para asegurar el respeto a los Derechos Humanos, y el seguro y eficiente funcionamiento de los centros penales.

De hecho, el hacinamiento ha sido reconocido como uno de los principales problemas de los sistemas penitenciarios, por los organismos regionales¹² e internacionales¹³, los tribunales nacionales¹⁴, y las administraciones penitenciarias y los Estados.¹⁵

La mayoría de los sistemas penitenciarios de América Latina tienen superada su capacidad de alojamiento, registrándose casos de sobrepoblación muy grave, lo que configura una flagrante violación a los Derechos Humanos de las personas privadas de libertad, un riesgo para la seguridad e integridad del personal penitenciario y un grave problema que afecta negativamente todas las funciones esenciales que deben prestarse en el ámbito penitenciario (salud, educación, seguridad, alimentación, clasificación).¹⁶

Según la información disponible casi la totalidad de los sistemas penitenciarios presentan situaciones de sobrepoblación crítica, con densidades iguales o superiores a 120, tal como surge del cuadro elaborado por ILANUD, en base a las informaciones proporcionadas por las autoridades penitenciarias de los países de la región.

12 En el ámbito del sistema interamericano de protección a los DDHH se destacan casos como el de Carandirú, Retén de Catia, las cárceles de Mendoza, la cárcel de Comayagua y San Pedro Sula, Pachito López, entre otros.

13 Informes del Relator sobre la tortura, del Comité contra la Tortura, del Subcomité para la prevención de la tortura, del Comité de DDHH, entre otros.

14 Ejemplos: el emblemático caso "Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus" en Argentina, varias resoluciones judiciales en Costa Rica y Colombia a través de las cuales se reconoce la gravedad del hacinamiento y se ordena el cierre de centros penales o el realojamiento de personas detenidas.

15 Varios Estados latinoamericanos han reconocido tanto en el ámbito regional e internacional la gravedad del fenómeno del hacinamiento (informes EPU, casos ante la Comisión y la Corte Interamericana de DDHH, informes a Comités y Relatores, etc).

16 CARRANZA, Elías (coordinador). *Justicia Penal y sobrepoblación penitenciaria*. Ed. Siglo XXI, 2001.

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
Perú	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
Paraguay	7.053	9.073	129
México	195.278	242.754	124
Uruguay	7.302	9.067	124
Venezuela *	16.609	19.047	115
Argentina*	58.211	58810	101

Eliás Carranza, ILANUD. Elaborado con información oficial proporcionada por las autoridades de cada país. Los datos de Argentina, Brasil, Chile, Guatemala, R. Dominicana y Uruguay son del 2011. El dato de Venezuela es 2007.

Debe tenerse en cuenta que las densidades informadas por los países de la región son los promedios del total de las unidades de los sistemas penitenciarios. Cuando se considera la situación concreta de algunas cárceles se encuentran casos de extrema gravedad, a veces con densidades realmente alarmantes.¹⁷

También sucede que no todos los países informan los presos y presas en delegaciones policiales, a las que se recurre ante el agravamiento del hacinamiento en los centros penitenciarios. Esta

17 CARRANZA, Eliás (coordinador). *Cárcel y Justicia Penal en América Latina y el Caribe*. Siglo XXI, 2009.

información, si fuere agregada al cálculo de la densidad penitenciaria, provocaría situaciones de hacinamiento aún más críticas.

El hacinamiento en las prisiones genera tensiones constantes entre las personas privadas de libertad, incrementa los niveles de violencia intracarcelaria, impide que se disponga de mínimas condiciones de habitabilidad, facilita la propagación de enfermedades, constituye un factor de riesgo para la ocurrencia de situaciones de emergencia, dificulta el acceso a las oportunidades de estudio, capacitación y trabajo y favorece la corrupción, convirtiéndose por ende en un obstáculo difícil de superar para el cumplimiento de los fines que la pena privativa de libertad se propone.

Con el crecimiento de la población penitenciaria, el número de presos y presas con necesidades especiales también sigue aumentando. Estos grupos incluyen a personas con necesidades especiales de atención a su salud mental, adictos a las drogas, extranjeros/as, minorías raciales y étnicas, reclusos/as con discapacidad, personas de la comunidad LGBTI (Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transgeneros e Intersex). Los requisitos de atención especial a estos grupos difícilmente se respetan en las cárceles, y menos aún en instalaciones que están superpobladas.¹⁸

3. El hacinamiento como violación de Derechos Humanos en sí mismo

El hacinamiento puede llegar a constituir una forma de trato cruel, inhumano y degradante en sí mismo, violatoria del derecho a la integridad personal y otros derechos humanos reconocidos internacionalmente.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido de manera constante a lo largo de su jurisprudencia que “la detención en condiciones de hacinamiento, con falta de ventilación y luz natural, sin cama para el reposo ni condiciones adecuadas de higiene en

18 UNODC. Opinión técnica consultiva Nro. 6. Disponible en: http://www.unodc.org/documents/ropan/TechnicalConsultativeOpinions2013/Opinion_6/OTC_006.pdf.

aislamiento e incomunicación o con restricciones al régimen de visitas constituye una violación a la integridad personal.”¹⁹

El hacinamiento carcelario es una violación sistemática de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad y por ende resolver esta problemática es una exigencia ineludible e imperiosa en un Estado de derecho, como consecuencia necesaria de la obligación de éste de brindar condiciones carcelarias dignas y evitar que el encierro se convierta en una pena o trato cruel, inhumano o degradante.²⁰

A esta descripción de la cárcel real, le antecede, como bien argumenta el Prof. Iñaki Rivera, una situación caracterizada por la “devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos, diseñada en las normas y delimitada por la jurisprudencia, lo que ha supuesto la construcción de un ciudadano de segunda categoría en comparación con aquel que vive en libertad.”²¹

II. FACTORES QUE CONTRIBUYEN AL HACINAMIENTO CARCELARIO

A efectos de analizar y priorizar los principales factores que contribuyen al hacinamiento carcelario, se tomará como referencia el documento de antecedentes del *Seminario sobre estrategias y mejores prácticas para prevenir el hacinamiento en los establecimientos penitenciarios del 12do. Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y justicia penal*.²²

A continuación se analizarán brevemente los factores que coadyuvan al hacinamiento en las instituciones penitenciarias:

19 Corte Interamericana de DDHH, Análisis de la jurisprudencia en materia de integridad personal y privación de libertad, 2010.

20 OBSERVATORIO DEL SISTEMA PENAL Y LOS DERECHOS HUMANOS DE LA UNIVERSIDAD DE BARCELONA. Privación de libertad y DDHH. La tortura y otras formas de violencia institucional en el Estado español, 2007.

21 RIVERA BEIRAS, Iñaki. *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. Tratamiento penitenciario y Derechos Fundamentales*. J. M. Bosch Editor S.A., 1994.

22 Documento de antecedentes del Seminario sobre estrategias y mejores prácticas para prevenir el hacinamiento en los establecimientos penitenciarios del 12do. Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y justicia penal, 2010. Disponible en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/CONF.213/16>.

1. Ineficiencia del proceso de justicia penal

El hacinamiento en las cárceles es con frecuencia el resultado de la demora en las investigaciones, el limitado uso de las disposiciones de puesta en libertad en espera de juicio, los escasos recursos disponibles y la ausencia o el uso restringido de procedimientos sumarios.²³

La falta de cooperación entre los organismos de la justicia penal tales como la policía, el ministerio público y los tribunales, agravada en algunos casos por el reducido intercambio de información, es otro factor fundamental. Una de las causas básicas de estos problemas es la ausencia de información confiable y actualizada sobre las personas reclusas en los establecimientos penitenciarios. Al no haber registros exactos, las autoridades penitenciarias no cuentan con suficiente información sobre la identidad de las personas detenidas y no pueden hacer un debido seguimiento de sus expedientes. En el caso de las personas detenidas preventivamente, la falta de información y registros, -incluida las fechas de las audiencias-, puede generar demoras considerables. La existencia de un sistema de expedientes completo, exacto y accesible es condición indispensable para una buena gestión penitenciaria.²⁴

2. Políticas de justicia penal punitivas y abuso del encarcelamiento

El ILANUD ha constatado, que el aumento de las tasas de encarcelamiento tiene dos explicaciones posibles, la primera: el aumento de la violencia y de la criminalidad y la segunda: la dependencia excesiva de la pena de prisión. En Latinoamérica, “ambos factores inciden en el crecimiento de las tasas de encierro, retroalimentándose entre sí. La criminalidad en la región es muy alta y en la mayoría de los países prevalecen políticas de mayor uso y mayor severidad de la justicia penal.”²⁵

De acuerdo al Prof. Iñaki Rivera “el constante aumento de la población reclusa no puede explicarse mediante el argumento del incremento de la criminalidad o las tasas de delito, sino que buscarse en el aumento desmesurado de la duración de las condenas, la

23 *Ibidem.*

24 *Ibidem.*

25 CARRANZA, Elías (coordinador). *Cárcel y Justicia penal en América Latina y el Caribe*. Siglo XXI, 2009.

utilización del sistema penal con fines disciplinarios para los pobres, en la criminalización de la alteridad, en la puesta en marcha de la industria del control del delito así como en las demandas sociales que abogan por mayor seguridad a través del incremento de la represión y la persecución penal”²⁶

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sostiene en su informe sobre *Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos*, “que más allá de lo debatible de la eficacia de las políticas que promueven el encarcelamiento como instrumento para la disminución de los niveles de violencia, éstas han generado un incremento de la población penitenciaria pero sin embargo la inmensa mayoría de los países de la región no cuentan con la infraestructura ni con los recursos humanos o técnicos necesarios para garantizar a las personas privadas de libertad un trato humano. Consecuentemente, dichos sistemas no están en condiciones de constituirse en herramientas efectivas para contribuir a la prevención de la violencia y el delito.”²⁷

En este mismo sentido, el Relator sobre la tortura de las Naciones Unidas en oportunidad de su visita a Uruguay, consideró que “la utilización de la prisión como medida habitual y no de último recurso no ha servido para reducir los índices de delincuencia ni para prevenir la reincidencia.”²⁸

Elías Carranza sostiene “que todos los países latinoamericanos han experimentado procesos mediante los cuales, ante la presión de la opinión pública y la alarma ciudadana, se han tipificado nuevos delitos, se han endurecido las penas y se han restringido beneficios penitenciarios. Un caso muy paradigmático, es el endurecimiento de las leyes de drogas, que centran su respuesta en el encarcelamiento. La implementación de estas leyes ha provocado un gran impacto en el tamaño de la población penitenciaria (en particular de las poblaciones femeninas) sin haber alcanzado el objetivo de reducir el mercado ilícito de drogas o disminuir el consumo.”²⁹

26 RIVERA BEIRAS, I. (2006), *La cuestión carcelaria. Historia, epistemología, derecho y política penitenciaria*. Buenos Aires, Editores del Puerto.

27 CIDH, Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos, 2009.

28 ONU, Relator Especial sobre la tortura. Informe de la misión a Uruguay, A/HRC/13/39/ Add.2, adoptado el 21 de diciembre de 2009.

29 CARRANZA, Elías (coordinador). *Cárcel y Justicia penal en América Latina y el Caribe*. Siglo XXI, 2009.

Por lo tanto se concluye que una de las causas más evidentes del exceso de personas alojadas en establecimientos carcelarios y el consecuente hacinamiento, es la ausencia de una política criminal coherente, respetuosa de las garantías penales y procesales y, sobre todo, acorde con los recursos disponibles para sustentarla.³⁰

3. Uso excesivo y abusivo de la detención preventiva

El uso desmedido y abusivo de la prisión preventiva también es causa fundamental del hacinamiento. La problemática de los presos y presas sin condena continúa siendo un problema endémico en América Latina. Hay casos en que la detención preventiva excede la duración de la condena que probablemente se dicte y en muchos países las personas presas sin condena representan una proporción muy elevada (algunos países latinoamericanos superan el 60%).³¹

Como sostiene la CIDH, “el uso no excepcional de la prisión preventiva como estrategia de política criminal, no sólo constituye una grave violación de los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales, sino que es una de las principales causas de la grave crisis de muchos de los sistemas penitenciarios de la región”.³²

El derecho internacional, vinculante y no vinculante, establece con precisión la necesidad de que los Estados recurran a la prisión preventiva como un último recurso.

En este sentido, el artículo 9.3 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos dispone: “[...] La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general [...]”.

Asimismo, la Regla 6.1 de las Reglas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad, (Reglas de Tokio) establece que: “En el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso, teniendo en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima.”

30 OBSERVATORIO DEL SISTEMA PENAL Y LOS DERECHOS HUMANOS DE LA UNIVERSIDAD DE BARCELONA. Privación de libertad y DDHH. La tortura y otras formas de violencia institucional en el Estado español, 2007.

31 CIDH, Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, 2013.

32 *Ibidem*.

Tal como establecen los *Principios y buenas prácticas para la protección de las personas privadas de libertad en las Américas*, aprobados por la CIDH en el año 2008, la privación preventiva de la libertad, como medida cautelar y no punitiva, debería obedecer a los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, en la medida estrictamente necesaria en una sociedad democrática, que sólo podrá proceder de acuerdo con los límites estrictamente necesarios para asegurar que no se impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni se eludirá la acción de la justicia, siempre que la autoridad competente fundamente y acredite la existencia, en el caso concreto, de los referidos requisitos.³³

Elías Carranza explica que producto de las reformas procesales penales implementadas durante las dos últimas décadas, casi todos los países han mostrado progresos en la reducción de los porcentajes de personas presas sin condena. Sin embargo, se observa que varios países luego de una reducción considerable de sus porcentajes, en el curso de los últimos años han comenzado a elevar esos guarismos nuevamente. Esto podría estar relacionado con el acelerado aumento de las tasas de encierro y el consiguiente procesamiento de muchas personas con prisión preventiva, así como también con las restricciones a los beneficios excarcelatorios y la reducida utilización de medidas no privativas de libertad.³⁴

4. Insuficiencia de las medidas y sanciones no privativas de libertad

En muchos países de América Latina, la legislación nacional prevé pocas medidas sustitutivas al encarcelamiento o si existen, los tribunales se resisten a utilizarlas. El escaso uso de medidas no privativas de libertad puede responder a una política de justicia penal punitiva, o puede relacionarse con la ausencia de una legislación adecuada, la falta de capacitación de los operadores del sistema de justicia penal, la

33 Principio II.2, Principios y buenas prácticas para la protección de las personas privadas de libertad en las Américas, aprobados por la CIDH, por resolución 01/08 de marzo de 2008.

34 CARRANZA, Elías (coordinador). *Cárcel y Justicia Penal en América Latina y el Caribe*. Siglo XXI, 2009.

insuficiencia de recursos para supervisar las medidas, o la inexistencia de directrices claras para el uso de medidas no privativas de libertad.³⁵

5. Cuestiones relativas al acceso a la justicia

La ausencia de un sistema de representación letrada adecuado y eficaz puede contribuir a aumentar el tamaño de la población penitenciaria. Las personas acusadas que carecen de representación pueden estar más expuestas a permanecer detenidas un mayor tiempo. La falta de representación letrada es también una de las causas de las demoras en el proceso de justicia penal. En muchas jurisdicciones, las personas pobres y vulnerables no tienen un acceso adecuado a la asistencia legal gratuita.³⁶

6. Ausencia o insuficiencia de programas de atención que faciliten la reintegración social

La ausencia, el escaso número o la ineficacia de los programas de reintegración (entendidos como oportunidades laborales, educativas, de capacitación laboral, de atención a las adicciones, etc) tanto intramuros como extramuros, pueden repercutir en las tasas de reincidencia y por ende provocar el aumento de las tasas de encarcelamiento y el hacinamiento en las prisiones.

La mayor parte de los presupuestos penitenciarios se destinan a mejorar la seguridad, el control y el orden, en detrimento de las prestaciones y servicios que deben brindarse a la población reclusa y de la contratación de personal técnico y especializado.³⁷

Es importante recordar, que los altos niveles de hacinamiento de las cárceles latinoamericanas, el uso excesivo de la pena privativa de libertad y la baja inversión de recursos en los sistemas penitenciarios han contribuido para un escenario de negación de derechos básicos de

35 Documento de antecedentes del Seminario sobre estrategias y mejores prácticas para prevenir el hacinamiento en los establecimientos penitenciarios del 12do. Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y justicia penal. Bahía, Brasil. 2010. Disponible en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/CONF.213/16>.

36 Ibidem.

37 UNODC. Opinión técnica consultiva Nro. 6. Disponible en: http://www.unodc.org/documents/ropan/TechnicalConsultativeOpinions2013/Opinion_6/OTC_006.pdf.

las personas privadas de libertad, incluso previo a la implementación de programas de reintegración social.³⁸

En este contexto, es necesario que los programas de reintegración social sean acompañados de la previa prestación de servicios básicos que garanticen el respeto de los estándares mínimos reconocidos internacionalmente a las personas privadas de libertad.

7. Ausencia o subutilización de programas de puesta en libertad

En muchas jurisdicciones existen escasas disposiciones para la puesta en libertad anticipada o la subutilización de estos mecanismos debido a la falta de recursos o la existencia de reglas rígidas que limitan su otorgamiento.³⁹

8. Insuficiencia de la infraestructura y la capacidad de las cárceles

En muchos países, los establecimientos penitenciarios necesitan reparación o renovación, ya que no están en condiciones de albergar adecuadamente a la población reclusa. La falta de inversión en la construcción o renovación de la infraestructura penitenciaria y las demoras en la edificación de nuevos establecimientos contribuyen al hacinamiento penitenciario y agravan sus efectos.⁴⁰

9. Otros factores

En muchos países, el problema del hacinamiento en las cárceles se ve agravado por el hecho de que los migrantes ilegales son detenidos con frecuencia antes de ser repatriados. En otros países, las cárceles se han convertido, indebidamente, en los únicos establecimientos disponibles para las personas con problemas de salud mental.⁴¹

38 PNUD. Informe de Desarrollo Humano. Disponible en: <http://www.latinamerica.undp.org/content/dam/rblac/img/IDH/IDH-AL%20Informe%20completo.pdf>, p. 124.

39 Documento de antecedentes del Seminario sobre estrategias y mejores prácticas para prevenir el hacinamiento en los establecimientos penitenciarios del 12do. Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y justicia penal. 2010. Disponible en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/CONF.213/16>.

40 *Ibídem*.

41 *Ibídem*.

Sobre el tema, la CorteIDH se ha pronunciado en su sentencia del caso Vélez Loor v. Panamá, argumentando que “[...] nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que – aún calificados como legales– puedan reputarse como incompatibles con el respeto de los derechos fundamentales de los individuos por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad.”⁴²

III. ESTRATEGIAS PARA REDUCIR EL HACINAMIENTO Y DISMINUIR SUS EFECTOS

Tal como ha sido analizado en el capítulo anterior, el hacinamiento carcelario es un fenómeno multicausal y los diversos factores que contribuyen a su existencia tienen un efecto acumulativo, por lo que se requiere una estrategia multidisciplinaria e integral para hacerle frente de manera eficaz, a través de medidas de corto, mediano y largo plazo.

El hacinamiento no se genera en el sistema penitenciario, sino que es el resultado de decisiones legislativas, de políticas de corte punitivo, de la presión social y la alarma pública. Es por ello que las soluciones no podrán encontrarse exclusivamente en el sistema penitenciario, por tratarse éste solamente de un segmento del sistema penal.

Las mejores prácticas para implementar estrategias que tiendan al control y reducción del hacinamiento, implican la labor integral de todo el sistema de justicia penal, mediante la cooperación y coordinación de todos los involucrados y responsables y la participación de las organizaciones de la sociedad civil.

Las estrategias elaboradas para reducir el hacinamiento deben ajustarse a las necesidades específicas de cada país, a los contextos históricos, jurídicos, económicos y culturales y responder a las necesidades de los grupos vulnerables.

Tomando como referencia, entre otras, el documento ya mencionado en oportunidad de analizar los factores que contribuyen al hacinamiento⁴³, se presentarán a continuación, algunas estrategias

42 CorteIDH. Caso Vélez Loor v. Panamá. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 23 de noviembre del 2010. Serie C Nº. 218. Parra. 165.

43 Documento de antecedentes del Seminario sobre estrategias y mejores prácticas para prevenir el hacinamiento en los establecimientos penitenciarios del 12do.

prioritarias que podrían implementarse para reducir el hacinamiento y disminuir sus efectos.

1. Políticas y programas integrales de justicia penal

Las estrategias de reducción del hacinamiento deben basarse en un enfoque integral y sostenido para mejorar el proceso de justicia penal.

Las políticas integrales para reducir el número de personas encarceladas pueden comprender tanto medidas de prevención del delito, como dispositivos que limiten el ámbito de acción del sistema de justicia penal, utilizando recursos tales como la descriminalización, despenalización o la intervención previa al juicio, mecanismos de justicia restaurativa, entre otros.⁴⁴

En el marco de una reforma integral de la justicia penal, es necesario implementar reformas a las leyes penales, procesales y de ejecución de las sanciones.

En lo que refiere a las leyes penales, la prisión sigue siendo la pena típica para todo tipo de delitos en América Latina, -en la legislación y en la práctica-, y es por ello que se requiere legislar y aplicar en mayor medida sanciones no privativas de libertad.

En materia procesal, debe fortalecerse y profundizarse la implementación del sistema acusatorio, favoreciendo el cumplimiento del principio de inocencia y la libertad durante el proceso e introducir instituciones tales como la suspensión del proceso a prueba, el principio de oportunidad y la conciliación.

Respecto de las leyes de ejecución penal, debe promoverse el control judicial de la ejecución de la pena, facilitando el acceso a la libertad condicional, al trabajo extramuros, regímenes de confianza y otros beneficios que contribuyen a reducir el hacinamiento.⁴⁵

Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y justicia penal, 2010. Disponible en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/CONF.213/16>

44 *Ibíd.*

45 CARRANZA, Elías (coordinador). *Justicia Penal y Sobrepoblación. Respuestas Posibles*. Ed. Siglo XXI, 2001.

2. Mejoramiento de la eficacia del proceso de justicia penal

Las estrategias que se adopten para mejorar la eficacia de los sistemas penales deben procurar reducir el tiempo que transcurre entre el inicio y el fin del proceso con sentencia definitiva, imponer plazos para la conclusión de la instrucción y el juicio, mejorar la administración judicial, crear sistemas efectivos de gestión de casos, racionalizar los procesos previos al juicio, establecer nuevos tribunales (incluyendo tribunales para delitos menores), asignar recursos suficientes, entre otras.

Para el desarrollo de estas estrategias es necesario un esfuerzo conjunto de todos los operadores del sistema penal, incluyendo policías, fiscales, jueces y personal penitenciario.⁴⁶

Asimismo los sistemas de justicia penal deberían contar con sistemas eficientes de gestión y análisis de la información judicial y penitenciaria.⁴⁷

3. Políticas integrales de imposición de penas

Al elaborar las políticas de imposición de penas debería tenerse en cuenta el costo que el encarcelamiento supone para la sociedad, en comparación con otras opciones.

Las políticas de imposición de penas podrían incluir la provisión de orientaciones no vinculantes a los tribunales sobre la discreción judicial, el establecimiento de límites máximos fijos y límites mínimos flexibles para las penas o la adopción de directrices jurídicamente vinculantes sobre la imposición de penas que establezcan prioridades en lo que respecta al uso del encarcelamiento y exijan a los tribunales determinen las penas teniendo en cuenta la capacidad disponible en las cárceles.⁴⁸

46 Documento de antecedentes del Seminario sobre estrategias y mejores prácticas para prevenir el hacinamiento en los establecimientos penitenciarios del 12do. Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y justicia penal, 2010. Disponible en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/CONF.213/16>.

47 CIDH. Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, 2014.

48 Documento de antecedentes del Seminario sobre estrategias y mejores prácticas para prevenir el hacinamiento en los establecimientos penitenciarios del 12do. Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y justicia penal, 2010. Disponible en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/CONF.213/16>.

4. Mayor empleo de medidas sustitutivas de la detención y el encarcelamiento

Encarcelar a individuos acusados o sentenciados por delitos menores es muy costoso, perjudica a la sociedad al fragmentar hogares y con frecuencia estimula a los responsables de delitos menores a cometer infracciones más graves.

La prisión ha demostrado históricamente ser ineficaz para resocializar, rehabilitar o readaptar a los infractores, y por el contrario ha mostrado su capacidad para degradar, criminalizar y estigmatizar a quienes encierra.⁴⁹

Las medidas alternativas son un sistema más eficaz y económico que la aplicación de penas privativas de libertad, favorecen la reintegración social, evitan el deterioro que la prisión provoca en quienes la padecen y reducen los costos para el Estado.

Es por ello, que una de las estrategias posibles para reducir el hacinamiento es la promoción del uso de medidas y penas alternativas a la privación de libertad como forma de enfrentar el actual uso desmedido del encarcelamiento.

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad, (conocidas como Reglas de Tokio), instrumento rector en la materia, proponen utilizar las medidas no privativas de libertad de acuerdo al principio de mínima intervención y establecen previsiones para la aplicación de medidas antes del juicio, durante el juicio y la sentencia y en la fase posterior a la sentencia.

Las Reglas de Tokio consagran que la prisión preventiva debería utilizarse como último recurso y las medidas sustitutivas deberían ser aplicadas lo antes posible.

Algunas de las medidas sustitutivas sugeridas por las Reglas de Tokio son: comparecer periódicamente ante la autoridad, fijar residencia y constituir domicilio, depositar una fianza, supervisión de un organismo especializado, etc.

La disposición 8.2 de las Reglas de Tokio enumera varias medidas no privativas de libertad que las autoridades pueden aplicar, entre

49 Autores como BARATTA, ZAFFARONI, BERGALLI y RIVERA son exponentes de altísimo nivel académico que demuestran el fracaso de la prevención especial positiva como fin de la ejecución de la pena privativa de libertad.

las cuales se destacan: sanciones verbales como la amonestación, reprensión y la advertencia, libertad condicional, restricción o privación de derechos o inhabilitaciones absolutas o relativas, sanciones económicas, suspensión de la sentencia o condena condicional, servicio a la comunidad, arresto nocturno o de fin de semana, libertad bajo palabra, suspensión de la ejecución de la pena bajo la vigilancia de un oficial de prueba.

La estrecha relación entre el consumo de drogas y la comisión de delitos constituye una de los principales problemas en muchos establecimientos penitenciarios, y como resultado de la “guerra contra las drogas” muchas personas, en particular mujeres, son encarceladas por delitos de micro tráfico o consumo de drogas.

En numerosos países⁵⁰, a pesar de que los consumidores de drogas constituyen una gran parte de la población reclusa, los sistemas penitenciarios carecen de adecuados programas de tratamiento y rehabilitación para las personas adictas a las drogas.⁵¹

Durante la última década han sido implementados en varios países los denominados tribunales de tratamiento de presos drogodependientes (*Drug Courts*), los que vienen siendo apoyados en América Latina por la Comisión Interamericana para el control del abuso de drogas (CICAD) de la Organización de Estados Americanos.⁵²

El encarcelamiento de personas vinculadas a las drogas, puede generar o intensificar la adicción a estas sustancias, y aumentar sus niveles de vulnerabilidad. Los tribunales de drogas permiten que las personas condenadas por delitos relacionados con su drogodependencia

50 Según el Informe de Desarrollo Humano de América Latina publicado por el PNUD en el año 2013, en países tan dispares como Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, México, Perú y Uruguay, la cantidad de personas encarceladas por delitos relacionados con drogas, incluida la posesión, es enorme y está en continuo crecimiento. Este problema tiene sus orígenes en el progresivo endurecimiento de las penas en materia de tráfico de drogas, que es desproporcionado respecto de la manera como se penalizan otros delitos graves.

51 MATTHEWS, Roger. Una propuesta realista de reforma para las prisiones de Latinoamérica, 2011. [http://www.politicacriminal.cl/Vol_06/n_12/Vol6N12A3.pdf].

52 http://www.cicad.oas.org/Main/Template.asp?File=/fortalecimiento_institucional/dtca/main_spa.asp.

sean tratadas fuera de los establecimientos penitenciarios y así asegurar su adecuado tratamiento.⁵³

Para poner en práctica medidas no privadas de libertad en el marco de una estrategia destinada a reducir el hacinamiento, es fundamental la asignación y disponibilidad de recursos adecuados y en este sentido, la sociedad civil puede desempeñar un papel crucial en el uso de estas medidas.⁵⁴

Ahora bien, al momento de plantear la necesidad de incrementar el uso de medidas alternativas como estrategia para reducir el hacinamiento, se debe tomar como precaución, que estudios demuestran que la introducción de alternativas puede no causar el efecto deseado y en lugar de que las nuevas medidas sean utilizadas en sustitución de la reclusión, se aplican a infractores/as que anteriormente no habrían ido a prisión. Así, la población reclusa permanece igual o aumenta y más personas quedan bajo el control penal. A este proceso se lo denomina “ampliación de la red de control penal”.⁵⁵

Para que los sustitutos penales constituyan una verdadera alternativa al encarcelamiento es necesario contar con una política criminal coherente. No puede impulsarse la sustitución de la pena de prisión y al mismo tiempo practicarse una criminalización indiscriminada y aumentar los guarismos de las penas, ante la presión pública o por la demagogia política de corte punitivo.

Si el objetivo es disminuir el uso del encarcelamiento para reducir el hacinamiento y mejorar las condiciones de detención de las personas privadas de libertad, la utilización de medidas alternativas es sólo un componente de una estrategia más amplia e integral.

53 Matthews, Roger. Una propuesta realista de reforma para las prisiones de Latinoamérica, 2011. [http://www.politicacriminal.cl/Vol_06/n_12/Vol6N12A3.pdf].

54 Documento de antecedentes del Seminario sobre estrategias y mejores prácticas para prevenir el hacinamiento en los establecimientos penitenciarios del 12do. Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y justicia penal. Bahía, Brasil. 2010. Disponible en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/CONF.213/16>.

55 Documento de antecedentes del Seminario sobre estrategias y mejores prácticas para prevenir el hacinamiento en los establecimientos penitenciarios del 12do. Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y justicia penal. Bahía, Brasil. 2010. Disponible en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/CONF.213/16>.

5. Fortalecimiento del acceso a la justicia y a los mecanismos de defensa pública

La disponibilidad de abogados defensores, de un sistema de defensa público efectivo, de acceso a representación jurídica y de información sobre la asistencia letrada, mejora considerablemente la administración de justicia y puede reducir el número y el tiempo de permanencia de personas en prisión.⁵⁶

Es fundamental fortalecer los sistemas de defensa pública oficial e independiente, teniendo en cuenta que la mayoría de las personas privadas de libertad carecen de recursos económicos para solventar los costos de una defensa privada.

El maestro Luigi Ferrajoli afirma que “es sobre el terreno de la defensa que se mide, más que sobre cualquier otro, la desigualdad de los ciudadanos frente a la ley penal. Que es la desigualdad más odiosa: porque se agrega a las desigualdades económicas y materiales; porque es un multiplicador de las connotaciones de clase de la justicia penal orientada sobre todo hacia la criminalidad de la calle y de la subsistencia y porque, finalmente, se traduce en una desigualdad respecto a las libertades fundamentales, y por ello, es una discriminación y un menoscabo de la dignidad del ciudadano.

Se entiende entonces, cómo la defensa pública, (...) representa una garantía fundamental del debido proceso, capaz de contrastar la total ineffectividad que tiene para los pobres el ejercicio del derecho de defensa, y de asegurar, de la mejor forma posible, la paridad entre defensa y acusación y, por tanto, ese derecho a someter a refutación la hipótesis del fiscal, que es la condición necesaria para fundar el carácter cognitivo del juicio.”⁵⁷

56 Documento de antecedentes del Seminario sobre estrategias y mejores prácticas para prevenir el hacinamiento en los establecimientos penitenciarios del 12do. Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y justicia penal. Bahía, Brasil. 2010. Disponible en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/CONF.213/16>.

57 Conferencia dictada por Luigi Ferrajoli en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires 23 de noviembre de 2005.

6. Elaboración o fortalecimiento de disposiciones sobre libertad anticipada

Una de las estrategias posibles para reducir el hacinamiento es la elaboración o fortalecimiento de disposiciones sobre libertad anticipada, y la adopción de medidas de urgencia para la liberación colectiva de personas en determinadas circunstancias.

Las Reglas de Tokio promueven la utilización de medidas sustitutivas posteriores a la sentencia, como ser permisos y centros de transición, la liberación con fines laborales o educativos, distintas formas de libertad condicional, la remisión y el indulto.

Las condiciones para la puesta en libertad anticipada podrían incluir: pago de una indemnización o reparación a la víctima, tratamiento de problemas relacionados con las drogas o el alcohol, participación en trabajos de educación, cumplimiento de órdenes de abstenerse de tomar contacto con determinadas personas o lugares, vigilancia electrónica, etc.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostiene que la adopción de medidas de efecto inmediato como los indultos presidenciales o la liberación colectiva de determinadas categorías de presos (por edad, condición de salud, levedad de los delitos), no representan soluciones sostenibles al hacinamiento, sin embargo reconoce que las mismas pueden ser necesarias en situaciones en las que se debe adoptar medidas urgentes de impacto inmediato.⁵⁸

El Centro Internacional de Estudios Penitenciarios sugiere dentro de las medidas para reducir el hacinamiento, mejorar los mecanismos de libertad condicional y anticipada, y como forma para solucionar el hacinamiento a corto plazo la utilización de amnistías y la revisión de la legalidad de la detención.⁵⁹

También la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) entiende que las excarcelaciones anticipadas tienen una considerable importancia práctica cuando se pretende reducir el

58 CIDH. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas. Disponible: <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/PPL2011esp.pdf>.

59 Centro Internacional de Estudios Penitenciarios. Notas orientativas para la reforma penitenciaria, 2004.

número de personas privadas de libertad y garantizar el uso mínimo del encarcelamiento.⁶⁰

7. Programas de atención a la población reclusa y liberada

Las estrategias para reducir el hacinamiento deberían incluir el aumento de actividades educativas, de capacitación laboral, programas de atención profesional, de reinserción en la comunidad y libertad vigilada, así como mecanismos de atención y apoyo a las personas que recuperan la libertad para asegurar una efectiva reintegración social.⁶¹

La finalidad de los programas de atención profesional debe ser el incremento de las oportunidades de inserción social, familiar y comunitaria de las personas que han cometido un delito, a partir de la atención de sus potencialidades, mediante una intervención interdisciplinaria, con la participación activa y responsable de la población reclusa.

El elemento esencial para contribuir a la reintegración de las personas privadas de libertad es el acceso a derechos. En este sentido, el tiempo del encarcelamiento debe ser utilizado para que los Estados concedan a estas personas el máximo posible de derechos (como a la salud, a la educación, etc.) con el objetivo de facilitar su retorno a la vida en libertad.⁶²

Como sostiene el Profesor Alessandro Baratta, “compensando situaciones de carencia y de privación frecuentemente características de la historia de vida de los detenidos antes de su ingreso a la carrera criminal, deben ser ofrecidos al detenido una serie de servicios que van desde la instrucción general y profesional hasta los servicios sanitarios

60 UNODC. Manual de principios básicos y prácticas prometedoras en la aplicación de medidas sustitutivas al encarcelamiento, 2010.

61 Siguiendo al Maestro Alessandro Baratta, se prefiere el concepto de reintegración (al de resocialización) el cual requiere la apertura de un proceso de comunicación e interacción entre la cárcel y la sociedad, en el que los ciudadanos reclusos en la cárcel se reconozcan en la sociedad externa y la sociedad externa se reconozca en la cárcel.

62 UNODC. Opinión técnica consultiva Nro. 6. Disponible en: http://www.unodc.org/documents/ropan/TechnicalConsultativeOpinions2013/Opinion_6/OTC_006.pdf.

y psicológicos, como una oportunidad de reintegración y no como un aspecto de la disciplina carcelaria.”⁶³

Una buena experiencia en América Latina es la utilización del instituto de la redención o conmutación de pena por trabajo y estudio, el cual motiva a la población reclusa a participar en actividades educativas y laborales, y tiene por objetivo reducir días de condena, impactando de esta manera en forma positiva en la tasa de hacinamiento.

Los programas deben preparar no solo a las personas privadas de libertad sino también a sus familias y a la comunidad para lograr un adecuado retorno a la vida en libertad. En este sentido una medida factible podría ser la realización de acuerdos con empresas privadas para la contratación de personas que hayan estado privadas de su libertad como forma de facilitar su inserción laboral.⁶⁴

Como argumenta el Profesor Eugenio Zaffaroni, “el segmento penitenciario requiere de un discurso posible ya que ha quedado huérfano en esta materia. Una interpretación de la “reforma” y la “readaptación”⁶⁵ como trato humano, lo menos deteriorante posible y que trate de reducir la vulnerabilidad penal de la persona, constituye un programa penitenciarmente realizable y jurídicamente compatible con las normas constitucionales, dotándolas de sentido pero sacándolas del marco originario de las ideologías ‘re’ que además de vetusto e irrealizable, es incompatible con el encuadre general de los Derechos Humanos.”⁶⁶

63 BARATTA, Alessandro. “Resocialización o control social”. Ponencia presentada en el seminario *Criminología crítica y sistema penal*. Lima: Comisión Andina Juristas y Comisión Episcopal de Acción Social, 1990.

64 La Ley 17897 prevé la obligatoriedad de contratar en todas las licitaciones de obras y servicios públicos, un mínimo equivalente al 5% del personal afectado a tareas de peones o similares, a personas liberadas que se encuentren registradas en la Bolsa de Trabajo del Patronato Nacional de Encarcelados y Liberados. (Uruguay, marzo de 2005).

65 Conceptos consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre derechos humanos, y en la mayoría de las Constituciones de los países latinoamericanos.

66 Conceptos consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre derechos humanos, y en la mayoría de las Constituciones de los países latinoamericanos.

8. Aumento de la capacidad de las cárceles

En relación a la estrategia de habilitar nuevas plazas penitenciarias para reducir el hacinamiento, una posición sostiene que construir cárceles no constituye una medida efectiva, ya que solo genera un círculo vicioso del cual la administración penitenciaria no podrá escapar. Esta línea de pensamiento cuenta dentro de sus principales sostenedores con Thomas Mathiesen.

Según este autor las prisiones no rehabilitan, no cumplen una función de prevención general, tampoco funcionan como incapacitación, y no sirven para cumplir el valor de justicia. Una vez construidas son irreversibles, además son insaciables, inhumanas, contradicen valores básicos y no ayudan a las víctimas.⁶⁷

En este mismo sentido también se pronuncia Roger Matthews, quien sostiene que “la construcción de nuevos establecimientos no puede plantearse como la única solución, ya que además de no reducir de manera significativa el hacinamiento, en la mayoría de las ocasiones solo contribuye a aumentar la población penitenciaria en términos absolutos a un costo económico desmesurado, habilitando a los tribunales para continuar enviando personas a prisión”.⁶⁸

Otra posición diametralmente opuesta, sostiene que deben construirse las cárceles necesarias para albergar a toda la población que sea necesario encerrar. Esta posición va de la mano con una política que extiende al máximo el uso de la pena de prisión. El país líder de esta posición es Estados Unidos de América, que tiene las tasas penitenciarias más altas del mundo.⁶⁹

Una posición sensata y de respeto al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es la que sostiene que debería encerrarse solamente el número de personas para las que existe capacidad instalada. La justicia no debería convertirse en un medio para cometer

67 MATHIESEN, Thomas, *Diez razones para no construir más cárceles*. Nueva doctrina penal, Nro. 1, 2005. Buenos Aires, Argentina.

68 MATTHEWS, Roger. Una propuesta realista de reforma para las prisiones de Latinoamérica, 2011. [http://www.politicacriminal.cl/Vol_06/n_12/Vol6N12A3.pdf]

69 CARRANZA, Elías (coordinador). *Justicia Penal y sobrepoblación penitenciaria. Respuestas posibles*. Ed. Siglo XXI, 2001.

actos ilícitos y contrarios a los derechos humanos, como es encerrar a personas en condiciones de hacinamiento.⁷⁰

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos reconoce que “la creación de nuevas plazas –sea por medio de la construcción de nuevas instalaciones o de la modernización y ampliación de otras– es una medida esencial para combatir el hacinamiento y adecuar los sistemas penitenciarios a necesidades presentes; sin embargo, esta sola medida no representa una solución sostenible en el tiempo”.⁷¹

Lo cierto es que en todos, o en casi todos los países de América Latina, se encuentran en ejecución planes de construcción carcelaria y es por ello que se hace necesario poder incidir, para que en caso de construirse, se haga respetando criterios arquitectónicos que no vulneren los derechos humanos. En este sentido ILANUD ha advertido que deben analizarse aspectos que refieren al tamaño de las prisiones (evitando las megacárceles), la distribución geográfica (evitando que las prisiones estén alejadas de los centros urbanos, circuitos judiciales y lugar de residencia de las personas privadas de libertad) y el nivel de seguridad (evitando las cárceles de máxima seguridad).⁷²

Cuando sea imprescindible construir nuevas cárceles, debe hacerse de acuerdo a las necesidades de cada sistema y cada país, respetando las recomendaciones internacionales en la materia y en el marco de una estrategia dirigida a reducir el número de personas que se envían a prisión, a fin de contar con una solución sostenible al crecimiento continuo y progresivo de la población penitenciaria.

Una medida posible, que no implica necesariamente la construcción de nuevas cárceles, es hacer un mejor uso del espacio disponible en el sistema penitenciario y en las unidades penales en particular, procurando generar espacios adicionales para el alojamiento o actividades productivas y recreativas, mejorando la calidad de habitabilidad de las áreas existentes y modificando la forma en que se

70 *Ibidem*.

71 CIDH. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas, 2011.

72 CARRANZA, Elías (coordinador). *Justicia Penal y sobrepoblación penitenciaria. Respuestas posibles*. Ed. Siglo XXI, 2001.

clasifican los sectores de una prisión a fin de flexibilizar el movimiento del personal y de las personas detenidas.⁷³

9. Determinar la capacidad máxima de los establecimientos de reclusión

Tal como se expuso anteriormente una alternativa acorde con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sería recluir solamente el número de personas para las que existe capacidad instalada.

A continuación se presentarán algunas iniciativas en ese sentido:

9.1 Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas adoptados por la CIDH.⁷⁴

Como medida contra el hacinamiento el principio XVII establece que la autoridad competente definirá la cantidad de plazas disponibles en cada lugar de privación de libertad conforme a los estándares vigentes en materia habitacional. Dicha información, así como la tasa de ocupación real de cada establecimiento, deberá ser pública, accesible y actualizada.

La ocupación de un establecimiento por encima del número de plazas establecido será prohibida por la ley y cuando de ello se produzca la vulneración de derechos humanos, ésta deberá ser considerada una pena o trato cruel, inhumano o degradante.

A efectos de hacer operativa esta medida, se establece que la ley deberá identificar los mecanismos para remediar de manera inmediata cualquier situación de alojamiento por encima del número de plazas establecido y los jueces competentes deberán adoptar soluciones adecuadas en ausencia de una regulación legal efectiva.

Aunque estos principios no constituyan una norma vinculante, las disposiciones en ellos contenidas deberían inspirar a los Estados para tomar medidas concretas para reducir y controlar el hacinamiento.

73 Centro Internacional de Estudios Penitenciarios. Notas orientativas sobre la reforma penitenciaria, 2004.

74 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Resolución 1/08 de marzo de 2008.

9.2 *Proyectos de ley de “Control del cupo penitenciario” en la República Argentina*

Se reseñarán en el presente ítem dos proyectos de ley de cupo penitenciario que fueron elaborados en la República Argentina, uno en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires y el otro en el ámbito federal.

El proyecto de la Provincia de Buenos Aires, propone la creación de una Comisión interinstitucional con la función de determinar el número total de plazas disponibles en cada unidad y sector del servicio penitenciario bonaerense, así como la cantidad de reclusos/as alojados en exceso de dicha capacidad.

El Ministerio de Justicia deberá establecer cuatrimestralmente, conforme a pautas preestablecidas (tiempo transcurrido en prisión preventiva, edad de la persona, estado de salud, conducta y características de la personalidad, aptitud para reinsertarse) una nómina de personas que se encuentren en condiciones de acceder a medidas de atenuación o alternativas consignando las medidas propuestas para cada caso. El Poder Judicial resolverá sobre la aplicación de las medidas propuestas.

El proyecto presentado en el ámbito federal, también prevé la constitución de una Comisión de control de cupo penitenciario de integración interinstitucional a efectos de determinar el número de plazas disponibles en cada unidad penitenciaria, comisaria, centro de detención para jóvenes y/o cualquier otro lugar destinado a la detención de personas privadas de libertad. El proyecto prevé la prohibición de alojar personas privadas de libertad en aquellas instituciones que excedan en un 10 % el cupo asignado por el Registro creado a tales efectos.

Lamentablemente estos dos proyectos, a pesar de su justificación y fundamentación, no han sido aprobados por los órganos legislativos correspondientes, pero sin duda constituyen un excelente antecedente y una forma de dar cumplimiento a los preceptos contenidos en los *Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad* de la CIDH antes señalados.

10. POLÍTICAS SOCIALES INTEGRALES

Como sostiene el Profesor Elías Carranza, “del acelerado aumento de las poblaciones penitenciarias en la región surge una conclusión

paradójica. Se suele escuchar que aumenta el delito porque la justicia penal es ineficaz, y se evalúa su ineficacia por el reducido número de personas encarceladas. Sin embargo, en respuesta al aumento del delito, o de la alarma social, o de ambas cosas, la justicia penal en los últimos años ha venido elevando aceleradamente las tasas de encierro. Si se tomara entonces la tasa de personas presas como indicador para medir la eficacia de la justicia penal, la conclusión sería que la justicia viene respondiendo “eficazmente”, en algunos casos con excesiva “eficacia”. A pesar de esto, la situación de la criminalidad permanece igual, o empeora.

Se podrían establecer políticas criminológicas centradas en multiplicar al máximo el funcionamiento de la justicia penal y no se lograría reducir el delito mientras no se corrijan los factores sociales que lo producen, mientras no se establezca, paralelamente a la justicia penal, más justicia social”.⁷⁵

La delincuencia es un problema social al que los sistemas de justicia penal sólo pueden dar una respuesta parcial. Para abordar la problemática penitenciaria y en particular el fenómeno del hacinamiento, se requieren estrategias encaminadas a instaurar una justicia social equitativa, reducir la inequidad en los ingresos y prevenir la marginación social, a fin de dar soluciones sostenibles y a largo plazo.⁷⁶

EL CASO PARTICULAR DE LAS MUJERES PRIVADAS DE LIBERTAD

El endurecimiento de las políticas de justicia penal ha provocado el incremento de mujeres encarceladas por delitos menores, especialmente por el micro tráfico de drogas. La mayoría de estas mujeres no deberían estar en la cárcel ya que han sido acusadas por delitos menores y no violentos y no suponen un riesgo para la sociedad. Muchas son encarceladas debido a su pobreza y la imposibilidad de pagar una fianza. Una gran parte de ellas, necesita tratamiento para

75 *Ibidem*.

76 Documento de antecedentes del Seminario sobre estrategias y mejores prácticas para prevenir el hacinamiento en los establecimientos penitenciarios del 12do. Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y justicia penal. Bahía, Brasil. 2010. Disponible en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/CONF.213/16>.

atender sus problemas mentales o adicción a las drogas, en lugar de ser aisladas de la sociedad⁷⁷.

A pesar de este incremento, las mujeres siguen constituyendo una pequeña minoría en todos los sistemas penitenciarios⁷⁸ y a la hora de atender los problemas que el encierro les genera, se advierte con facilidad que, además de sufrir los mismos que aquejan a los varones, padecen otros específicos propios de su condición de género, constituyendo un colectivo especialmente vulnerable debido al entorno que caracteriza su encarcelamiento y a la reproducción de los estereotipos sociales de género en el ámbito penitenciario.⁷⁹

Una de las principales consecuencias del bajo porcentaje de mujeres encarceladas es la invisibilidad de la problemática femenina en el funcionamiento de los sistemas penitenciarios, los que tienden a organizarse en base a las necesidades de los reclusos varones.

Reconociendo el particular impacto que el encarcelamiento provoca en las mujeres y en sus familias, las Reglas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de libertad para las mujeres delincuentes (conocidas como Reglas de Bangkok)⁸⁰, establecen una serie de medidas para prevenir el uso del encarcelamiento, tomando en cuenta sus antecedentes personales, el tipo de delitos que cometen y sus responsabilidades familiares.⁸¹

Las disposiciones de las Reglas de Bangkok referidas a medidas no privativas de libertad proporcionan una importante guía a los diseñadores de políticas, legisladores y autoridades del sistema penal y penitenciario sobre que disposiciones deben adoptarse tanto en la legislación como en la práctica, para reducir el encarcelamiento de

77 UNODC. Handbook for prison managers and policymakers on Women and Imprisonment, 2008.

78 Según la segunda edición de la "Lista de Encarcelamiento Femenino en el Mundo" publicado por el Centro Internacional de Estudios Penitenciarios en aproximadamente 80% de los países, la población penitenciaria femenina constituye de 2 a 9% de la población total de reclusos. [Disponible en: http://www.prisonstudies.org/images/news_events/wfil2ndedition.pdf].

79 UNODC. Opinión técnica consultiva Nro. 9. Disponible en: http://www.unodc.org/documents/ropan/TechnicalConsultativeOpinions2013/Opinion_9/Opinion_Tecnica_Consultiva_009-2013.pdf.

80 http://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/crimeprevention/65_229_Spanish.pdf

81 UNODC. Handbook on strategies to reduce overcrowding in prisons, 2013.

las mujeres, desde una perspectiva de género. Las Reglas hacen un llamado para considerar siempre el interés superior de los niños y niñas involucrados y para asegurar que existan alternativas que tomen en cuenta las necesidades específicas de las mujeres.

En cuanto a las mujeres embarazadas y madres con niños pequeños, la premisa fundamental contenida en las Reglas de Bangkok es que siempre que sea posible debe optarse por medidas no privativas de libertad.

El uso del arresto domiciliario o la suspensión de la condena para las mujeres embarazadas o madres con hijos pequeños es una práctica de amplia aplicación en América Latina.

Algunos ejemplos que se pueden compartir son: ley N°. 750/02 y 1142/07 que consagran la prisión domiciliaria para reclusas embarazadas o madres cabeza de familia con hijos/as menores o que sufrieren incapacidad permanente (Colombia), ley N°. 17.897/10, que habilita la prisión domiciliaria a mujeres en el último trimestre del embarazo y los tres primeros meses de lactancia (Uruguay), ley N°. 2298 que consagra la detención domiciliaria para mujeres embarazadas y hasta 90 días posteriores al parto (Bolivia), ley 26.472/09 que habilita el cumplimiento de la pena en detención domiciliaria a la mujer embarazada y a la madre de un niño menor de cinco años o con persona con discapacidad a su cargo (Argentina); artículos 108 y 109 del Código Penal que consagra el aplazamiento y sustitución de la ejecución de la pena por prisión domiciliaria de la mujer embarazada y hasta un año de edad del niño (Panamá).⁸²

En lo que refiere a los delitos relacionados con las drogas, y considerando el impacto que estos suponen en el encarcelamiento de las mujeres, algunas medidas que se han sugerido en materia legislativa y de política criminal son⁸³: a) revisar las penas de los delitos de tráfico de drogas, asegurando que existan diferencias entre las sentencias dictadas a los principales actores del narcotráfico, y las sentencias a pequeños transportistas como es el caso de las mujeres que se utilizan como “mulas”, b) despenalizar delitos no violentos, incluyendo

82 RODRÍGUEZ, María Noel, *Cárcel y justicia penal en América Latina y el Caribe*. Ed. Siglo XXI, 2009.

83 UNODC. *Manual para operadores de establecimientos penitenciarios y gestores de políticas para mujeres encarceladas*, 2008.

la posesión y consumo, c) establecer programas alternativos para atender el abuso de drogas (cortes de drogas), y sensibles al género, e) considerar al momento de la condena las atenuantes, ausencia de historial delictivo, responsabilidades de cuidado de otras personas y la situación particular de la mujer.⁸⁴

MEDIDAS URGENTES PARA REDUCIR EL HACINAMIENTO

En los sistemas penitenciarios donde el hacinamiento alcanza niveles muy altos, las autoridades podrían implementar medidas a corto plazo y en forma urgente para evitar una crisis sanitaria, mitigar el impacto del hacinamiento y procurar que las personas privadas de libertad estén en condiciones que no se vulnere su dignidad. Estas medidas no suponen la asignación de recursos extraordinarios y podrían implementarse sin mayores esfuerzos económicos.

Para la identificación de esas medidas se tomará como referencia el plan de acción propuesto por el *Handbook on strategies to reduce overcrowding in prisons*, elaborado por UNODC.⁸⁵

- Liberación de personas privadas de libertad, utilizando mecanismos como la amnistía, libertad por razones humanitarias, revisión de la legalidad de las detenciones, libertad anticipada, arresto domiciliario, etc.
- Asegurar que los dormitorios/celdas estén bien ventilados, proporcionar 10 a 15 litros de agua por día, acceso a agua potable, dieta balanceada en términos de calidad y cantidad, suficiente número de baños y acceso a la atención médica.
- Clasificar a la población reclusa con el criterio de evitar o reducir la violencia intracarcelaria, en procura de promover una convivencia pacífica.
- Aumentar el tiempo que los reclusos/as pasan fuera de sus celdas, en contacto con otras personas.
- Considerar la reclasificación de áreas de la prisión para asegurar que ese espacio se utilice creativamente y permitir mayores

84 Son buenos ejemplos la ley 9161 de Costa Rica que reduce la pena a mujeres que ingresan drogas a las cárceles (2013) y el indulto otorgado en Ecuador a las mujeres condenadas por micro tráfico (2008).

85 UNODC. *Handbook on strategies to reduce overcrowding in prisons*, 2013.

espacios de alojamiento, asegurando la clasificación que exigen las normas internacionales, considerando en particular los grupos que se encuentran en riesgo por su especial situación de vulnerabilidad.

- Maximizar el número de personas privadas de libertad que participan en programas educativos y laborales, utilizando las instalaciones en turnos rotativos.
- Asegurar el contacto con la familia, para mejorar el bienestar de la población reclusa y la calidad de la alimentación.
- Promover la cooperación de organizaciones sociales y facilitar su acceso a la prisión, a efectos de desarrollar actividades que apoyen a la población reclusa.
- Favorecer los mecanismos de monitoreo por organizaciones independientes y transparentar la gestión penitenciaria.
- Mejorar los canales de comunicación con las personas privadas de libertad.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El hacinamiento en las cárceles es un grave impedimento para la gestión segura y humana de los centros penitenciarios, para la reintegración de las personas privadas de libertad y para el cumplimiento de los Derechos Humanos.

El hacinamiento es efecto y causa a la vez. Es el efecto y consecuencia de todos los factores que fueron analizados en este trabajo, pero el hacinamiento también es causa, porque tal como fue reseñado, el hacinamiento en sí mismo constituye una pena adicional, genera violaciones a los derechos humanos y dificulta las prestaciones básicas que deben asegurarse a las personas privadas de libertad.

Hasta ahora las medidas adoptadas por los Estados para controlar y reducir el hacinamiento, no han dado resultados positivos ya que en lugar de atacar las causas que lo originan han atendido sólo sus efectos.

La ausencia de una política pública en materia penal ha llevado a que la situación de la prisión no sea abordada de manera integral. No es posible alcanzar soluciones satisfactorias interviniendo únicamente sobre uno de los subsistemas del sistema penal, el penitenciario, pues éste es solo un eslabón al final de la cadena del sistema penal.

Aunque la eficacia de las medidas para combatir el hacinamiento varíe según la situación concreta y el sistema de justicia penal de cada Estado, esas medidas deberían formar parte de una estrategia integral de prevención del delito y justicia penal, que incluya el diseño e implementación de una política pública en materia penal y penitenciaria, garantista y que respete los Derechos Humanos.⁸⁶

Cada Estado debería determinar el cupo máximo de la capacidad de sus prisiones y no debería adoptarse la decisión de aumentar el número de plazas en las cárceles sin previamente analizar las formas de reducir la demanda. Así mismo los Estados deberían promover la participación de las organizaciones de la sociedad civil en la aplicación de las medidas sustitutivas del encarcelamiento; alentar la implementación de medidas que faciliten la libertad anticipada, mecanismos como el arresto domiciliario y la conmutación de la pena y asegurar el uso limitado y excepcional de la pena privativa de libertad.

Los países de América Latina requieren una reforma integral para que dentro de los mecanismos constitucionales puedan mantener la dimensión y operatividad de sus sistemas penales dentro de límites racionales y para que no superen el número de personas presas que puedan custodiar en condiciones dignas.

Como sostiene el Prof. Iñaki Rivera, deben implementarse estrategias de transformación radical y reduccionista de la cárcel, con la participación democrática de los principales afectados (presos, familiares, organizaciones y operadores penitenciarios), a efectos de “liberarse de la necesidad de la cárcel”.⁸⁷

Tal como enseñó el Prof. Alessandro Baratta, “la reintegración social del condenado no puede perseguirse por medio de la pena carcelaria, sino que debe perseguirse a pesar de ella, o sea, buscando hacer menos negativas las condiciones de la vida en prisión. Para una

86 Documento de antecedentes del Seminario sobre estrategias y mejores prácticas para prevenir el hacinamiento en los establecimientos penitenciarios del 12do. Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y justicia penal. Bahía, Brasil. 2010. Disponible en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/CONF.213/16>.

87 Estrategias para una transformación radical y reduccionista de la cárcel. Power point del Prof. Iñaki Rivera. Posgrado Ejecución penal y derecho penitenciario, 2013-2014.

política de reintegración social el objetivo inmediato no es solamente una cárcel “mejor” sino también y sobre todo menos cárcel”.⁸⁸

Siguiendo la propuesta de Elías Carranza, las políticas públicas en materia de criminalidad y justicia penal deben ser verdaderamente integrales, y en línea con diversos documentos de las Naciones Unidas, para lograr bajos niveles de delito y buena justicia penal es imprescindible lograr buenos niveles de justicia social.

Según Carranza, una verdadera política pública en materia criminal y de justicia penal, debería incluir los siguientes componentes:⁸⁹

- a) Dosis prudentes de justicia penal, transparente y distribuida sin impunidad, con una razonable distribución de los recursos humanos y materiales según prioridades atendiendo la realidad de cada país e incluyendo un uso prudente de la prisión y una gestión penitenciaria adecuada al modelo de derechos y obligaciones de las Naciones Unidas⁹⁰;
- b) Dosis prudentes de prevención situacional del delito y prevención municipal, con participación de las comunidades;
- d) Control de variables específicas que elevan la frecuencia y los niveles de violencia del delito como armas de fuego y drogas;
- e) Dosis ya no prudentes, sino ilimitadas de política social democrática e inclusiva, que asegure una distribución del ingreso equitativa y sin poblaciones excluidas.

Como bien sostiene el Prof. Iñaki Rivera, y con el objetivo de finalizar este trabajo:

88 Estrategias para una transformación radical y reduccionista de la cárcel. Power point del Prof. Iñaki Rivera. Posgrado Ejecución penal y derecho penitenciario, 2013-2014.

89 CARRANZA, Elías. *Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe ¿Qué hacer?* Disponible en: <http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/20551/21723>.

90 Según Elías Carranza este modelo refiere al cúmulo de instrumentos internacionales que resumen el consenso respecto de lo que debe ser la justicia penal y el trato que deben recibir las personas presas. De acuerdo a este modelo, con excepción de las limitaciones que sean evidentemente necesarias por el hecho del encarcelamiento, todos los reclusos seguirán gozando de los derechos humanos y libertades fundamentales consagradas en los instrumentos internacionales.

Mientras el empleo de la privación de la libertad no sea superado, y mientras no se produzca un verdadero debate relativo a que políticas criminal y social ha de tener un Estado social y democrático de derecho, algo ha de hacerse con las miles de personas que padecen los negativos efectos de la cárcel. La “resistencia” también puede ser una forma lúcida de supervivencia que evite el riesgo de seguir produciendo discursos legitimadores de la cárcel.

(...)

La lucha –jurídica, social y política– encaminada a la promoción de los derechos fundamentales de los reclusos, aun cuando ha de partir del convencimiento de la imposibilidad de lograr una efectiva tutela de aquellos derechos en el interior de la institución de secuestro, puede suponer un escenario de representación permanente de un conflicto que, cuando menos, no puede permanecer en silencio.⁹¹

(*) Las opiniones de la autora no reflejan necesariamente la política o visión institucional de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.

BIBLIOGRAFÍA

BARATTA, Alessandro. “Resocialización o control social”. Ponencia presentada en el seminario *Criminología crítica y sistema penal*. Comisión Andina Juristas y Comisión Episcopal de Acción Social, Lima, 1990.

CARRANZA Elías (coordinador). *Justicia Penal y Sobrepoblación penitenciaria. Respuestas Posibles*. Editorial Siglo XXI. México, 2001.

CARRANZA Elías. *Cárcel y Justicia Penal en América Latina y el Caribe. Como implementar el modelo de derechos y obligaciones de las Naciones Unidas*. Editorial Siglo XXI. México, 2009.

CARRANZA, Elías. *Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe ¿Qué hacer?* Disponible en: <http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/20551/21723>.

91 RIVERA BEIRAS, Iñaki. (coordinador) Tratamiento penitenciario y Derechos Fundamentales. J.M. Bosch Editor S.A., 1994.

CENTRO INTERNACIONAL DE ESTUDIOS PENITENCIARIOS. Notas orientativas sobre la reforma penitenciaria. 2004. http://www.prisonstudies.org/research-publications?shs_term_node_tid_depth=29.

CENTRO INTERNACIONAL DE ESTUDIOS PENITENCIARIOS. World Prison Population List (tenth edition) y Lista de Encarcelamiento Femenino en el Mundo (second edition). http://www.prisonstudies.org/research-publications?shs_term_node_tid_depth=27.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos, 2009. <http://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/SEGURIDAD%20CIUDADANA%202009%20ESP.pdf>.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe sobre los derechos de las personas privadas de libertad en las Américas, 2011. <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/PPL2011esp.pdf>.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, 2014. <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/Informe-PP-2013-es.pdf>.

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (CICR), Water, Hygiene and Habitat in prisons, 2005.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Análisis de la jurisprudencia en materia de integridad personal y privación de libertad, 2010.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Vélez Loor v. Panamá. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 23 de noviembre del 2010, Serie C, N°. 218.

MATHIESEN, Thomas, *Diez razones para no construir más cárceles. Nueva doctrina penal*, Nro. 1. Buenos Aires, Argentina, 2005.

MATTHEWS, Roger. *Una propuesta realista de reforma para las prisiones de Latinoamérica*, 2011.

OBSERVATORIO DEL SISTEMA PENAL Y LOS DERECHOS HUMANOS DE LA UNIVERSIDAD DE BARCELONA. Privación de libertad y DDHH. La tortura y otras formas de violencia institucional en el Estado español, 2007.

PNUD. Informe de Desarrollo Humano. Disponible en: <http://www.latinamerica.undp.org/contentdam/rblac/img/IDH/IDH-L%20Informe%20completo.pdf>.

RIVERA BEIRAS, Iñaki. (Coordinador) *Tratamiento penitenciario y Derechos Fundamentales*. J.M. Bosch Editor S.A., 1994.

RIVERA BEIRAS, Iñaki. *La cuestión carcelaria. Historia, epistemología, derecho y política penitenciaria*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.

RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Estrategias para una transformación radical y reduccionista de la cárcel*. Power point para el Posgrado Ejecución penal y derecho penitenciario, 2013.

UNODC. Manual para operadores de establecimientos penitenciarios y gestores de políticas para mujeres encarceladas. Serie de Manuales de Justicia Penal. Nueva York, 2008.

UNODC. Documento de antecedentes del Seminario sobre estrategias y mejores prácticas para prevenir el hacinamiento en los establecimientos penitenciarios del 12do. Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y justicia penal. Bahía, Brasil. 2010. Disponible en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/CONF.213/16>.

UNODC. Handbook on strategies to reduce overcrowding in prisons. Criminal Justice Handbook Series. In cooperation with the International Committee of the Red Cross. New York, 2013.

UNODC. ROPAN. Opiniones técnicas consultivas. Disponibles en: <http://www.unodc.org/ropan/es/TCO/technical-consultative-opinions.html>.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Los objetivos del sistema penitenciario y las normas constitucionales". *El derecho penal hoy. Homenaje al profesor David Baigún*, 115-129. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1995.

ZAFFARONI, E., ALAGIA, A, *et al.* *Derecho Penal. Parte General.* Ediar, Buenos Aires, 2000.

ÍNDICE DE ABREVIACIONES

CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

CIEP: Centro Internacional de Estudios Penitenciarios.

CICAD: Comisión Interamericana para el control del abuso de drogas de la OEA.

CICR: Comité Internacional de la Cruz Roja.

CorteIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

CPT: Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes.

ILANUD: Instituto de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente.

UNODC: Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.



SOCIEDAD DE RIESGO Y RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Mayda Goite Pierre

Profesora Titular de Derecho penal y Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana; Presidenta de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales.

1. UNA NECESARIA INTRODUCCIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LA SOCIEDAD DE RIESGO

Escribir en la Serie Estudios en Ciencias Penales y Derechos Humanos, organizada por el destacado penalista brasileño César Barros Leal, Procurador del Estado de Ceará, Doctor en Derecho y Posdoctor en Derecho y Estudios Latinoamericanos, Presidente del Instituto Brasileño de Derechos Humanos, y la ilustre profesora Julieta Morales Sánchez, en homenaje a Antonio Sánchez Galindo, constituye para mí un reto y a la vez un compromiso, con los juristas brasileños y especialmente con los participantes en el V Curso Brasileño Interdisciplinario en Derechos Humanos: El Principio de Humanidad. La Salvaguardia de la Persona Humana, que se realizará en Fortaleza, Ceará, Brasil, del 05 al 16 de septiembre de 2016.

El siglo XXI nos ha traído una expresión significativa; vivimos en una sociedad de riesgo¹, lo repetimos todos los días como un slogan,

1 En 1999, Beck, en su obra *World Risk Society*, llama la atención al considerar que en las décadas venideras nos enfrentaríamos a profundas contradicciones y paradojas desconcertantes, donde experimentaríamos “esperanzas envueltas en desesperación”; ése es nuestro sentimiento actual, marcado por su mismo pensamiento, que deja al descubierto cómo cinco grandes procesos, a saber: la globalización, la individualización, la revolución de los géneros, el subempleo y los riesgos globales, marcan el reto a las sociedades que deben responder “simultáneamente” a todos esos desafíos; por supuesto, todos ellos tienen un reflejo en el Derecho y específicamente en el Derecho penal de nuestros días. Vid, ULRICH, Beck, *La sociedad de riesgo global*, traducción de Jesús Albores Rey, Madrid, Editorial Siglo XXI de España, edición de

parecido al que en su día enarboló la criminología crítica cuando, refiriéndose al positivismo jurídico, dijo: “Nada Anda” y los medios de comunicación replican cada día ese sentimiento de “peligro”, ofreciendo sustancia a lo que el profesor Zaffaroni denomina la criminología mediática². Ese panorama nos impacta y los procesos globalizantes dejan su impronta en el Derecho y fundamentalmente en el Derecho penal, donde vivir en el riesgo³ significa que los fenómenos delictivos han adquirido una dimensión diferente.

Sin embargo, en este preámbulo preferiría realizar tres escalas de análisis sobre ese *riesgo*; para ello tomaré por base a Beck en el fenómeno global del riesgo, a López Barja y Cornelius Prittwitz⁴, con algunos matices de Diez Ripollés⁵ para conjugar el riesgo con el Derecho penal y finalmente a Zaffaroni⁶, desde la perspectiva del riesgo y la Criminología.

No hay dudas de que los estudios de Beck⁷ han marcado una impronta en su filosofía global, con lo que él denomina los retos de la

2002. Editores S.A. pp. 34. Disponible en: <http://www.um.es/tic/LIBROS%20FCI-II/Beck%20Ulrich%20-%20La%20Sociedad%20Del%20Riesgo%20Global.pdf> Consultada el 4/3/2016, a las 16.30.

2 Vid, ZAFFARONI, Eugenio Raúl, La cuestión criminal, 3ra edición, Editorial Planeta Argentina, 2012, pp. 215 y ss, donde realiza un crítico análisis del papel de los medios en esa sensación de riesgo-peligro respecto al delito, que fue descubierta en el Siglo XIX de la mano de los sociólogos, siendo que en la actualidad su característica esencial está basada en el neopunitivismo de Estados Unidos que se expande por este mundo globalizado, donde se crea sigue siendo un mundo de personas decentes frente a una masa de criminales identificados a través de estereotipos.

3 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, “El moderno Derecho penal para una sociedad de riesgos”, Revista del Poder Judicial N° 48, cuarto trimestre, Madrid, 1997, p. 5.

4 PRITTWITZ, Cornelius, Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo, en Sociedad de riesgo y Derecho penal, Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2003. Disponible en: http://www.cienciaspenales.net/descargas/idp_docs/doctrinas/sociedad%20del%20riesgo%20y%20derecho%20penal.pdf Consultado el 7/2/2016, a las 21.00.

5 Diez Ripollés, José Luis, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2005, N°. 07-01, p. 01:1-01:37. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf> Consultado el 5/3/2016, a las 22.30.

6 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit; La cuestión (...), p. 218.

7 ULRICH, Beck, La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad, Barcelona, Editorial Paidós, 1986, pp. 25-26. Disponible en: <http://davidhuerta.typepad.com/files/beck-ulrich-la-sociedad-del-riesgo-hacia->

segunda modernidad y no la *postmodernidad*, como en algún momento se le quiso etiquetar a esta fase, toda vez que la existencia de un nuevo modelo económico social, de un orden global diferente distingue a la vida social y a la personal desde otro modelo, lo que implica un cambio en las reglas a seguir. Es importante dejar sentado, desde un principio, una idea esencial de su estudio sobre los riesgos, al establecer que en la modernidad avanzada, la producción social de riqueza va seguida por la producción social de riesgos. Y de esta manera, sostiene que la lógica del reparto de la riqueza que primaba en la sociedad industrial de clases es desplazada, dando lugar, en la modernidad desarrollada, a la lógica del reparto de los riesgos, con un efecto igualador⁸.

Es lógico que el primer punto de análisis surge de la mirada de los países occidentales hacia otro punto del hemisferio, siempre visto como el “Tercer mundo”, pero que ahora en este proceso de trasmutación tiene también elementos que aportar en eso que es la *interdependencia transnacional* que conforma lo global. Por eso, Beck considera que en la misma medida en la que se desvanece el mundo bipolar, pasamos de un mundo de enemigos, a un mundo de peligros y riesgos. ¿Qué es entonces el riesgo para él; *riesgo es el enfoque moderno de la previsión y el control de las consecuencias futuras de la acción humana, las diversas consecuencias no deseadas de la modernización radicalizada*⁹; ahora, no desde el punto de vista nacional, sino global, continúa afirmando que el concepto *de riesgo y de sociedad de riesgo combina lo que en otros tiempos era mutuamente excluyente: sociedad y naturaleza, ciencias sociales y ciencias de la materia, construcción discursiva del riesgo y materialidad de las amenazas*¹⁰; de ahí se desprende su carácter interdisciplinar.

Ése es el enfoque macro, pero nos estamos refiriendo a un problema general, que tiene aristas económicas y políticas que impactan la

una-nueva-modernidad.pdf

Consultado el 4/3/2016, a las 15.30. El sociólogo alemán en mayo de 1986, escribía el prefacio de su obra significando que la catástrofe de Chernobil ocurrido un mes antes, lo habían convencido que los riesgos no eran del “futuro”, y que tenían un gran impacto en las clases sociales pero aquejaban a todos: los riesgos de la modernización afectan más tarde o más temprano también a quienes los producen o se benefician de ellos., Por supuesto, nos encontramos ante una visión desde Norte; el Sur merece una relectura y sobre esto volveré al final.

8 Ídem, p. 29.

9 ULRICH, Beck, op. cit., p. 7.

10 Ídem.

esfera de lo social y con ello a todos los seres humanos, trayendo aparejado un sin número de *males*¹¹ que abre las grietas entre ricos y pobres y ello comporta un serio riesgo global; es muy difícil ante este panorama, poder tomar decisiones en condiciones de incertidumbre que presuponen por sí mismas un riesgo¹².

Es cierto: existe un *riesgo global*, que exige mayor responsabilidad de la ciencia que antes; que su impacto no es singular sino colectivo; que sus ataques generalizados provienen de fuentes disímiles; que las preguntas de Beck ¿qué es medio ambiente?, ¿qué es naturaleza?, ¿qué es tierra virgen?, ¿qué es “humano” en los seres humanos?¹³, no tienen aún respuesta y, por ello, el riesgo sigue creciendo, marcado

11 NA. Existe un considerable incremento de las personas que viven en condiciones de insalubridad, según la ONU, 1200 millones de personas carecen de agua potable y se incrementa la falta de servicios de salud, educacionales, 1500 millones de seres humanos sufre de desnutrición, no por falta de alimentos o sequía, sino por el aumento de la marginalización y la exclusión de los pobres.

Dice Zaffaroni comentando la obra de Paddy Hillaryard, Christina Pantazis, Steve Tomb y David Gordon de 2004, en el que se proponen ir más allá de la Criminología y titulada Tomando en serio el daño, que si bien el 11 de septiembre de 2001 murieron 3 045 personas en Nueva York, ese mismo día murieron también 24 000 mil personas de hambre en el mundo, 6 200 niños de diarrea y 2700 de sarampión. Vid, Zaffaroni, Eugenio Raúl, La cuestión (...), op. cit; p. 186.

12 No sería objetivo este análisis si dejara de señalar que, desde la perspectiva de Beck, no se desconoce la desigualdad social y también se reconoce la existencia de zonas de solapamiento entre ambas lógicas de reparto. En la llamada “sociedad del riesgo”, también existen las desigualdades y frecuentemente el reparto de los riesgos sigue el esquema de clases pero a la inversa: “las riquezas se acumulan arriba, los riesgos abajo”. Por otra parte, los riesgos producen nuevas desigualdades internacionales, entre el Tercer Mundo y los Estados Industrializados. Ulrich, Beck, La sociedad de (...), op. cit., p. 41.

13 Ulrich, Beck, op. cit, p. 10: el impacto financiero global es uno de los más poderosos y ello implica que: existe una interrelación entre dos conflictos, dos lógicas de distribución: la distribución de bienes y la distribución de males; los fundamentos del “cálculo del riesgo” han sido socavados: no es posible compensar financieramente daños como millones de desempleados y pobres; no tiene sentido asegurarse frente a una recesión global; la “explosividad social” de los riesgos financieros globales se está haciendo real: desencadena una dinámica de cambios culturales y políticos que socava las burocracias, desafía el dominio de las economías clásicas y del neoliberalismo y redibuja las fronteras y frentes de batalla de la política contemporánea; la institución del estado-nación se colapsa; el riesgo implica siempre el tema de la responsabilidad y la necesidad de “globalización” responsable se convierte en un tema público y político de alcance mundial; surgen nuevas opciones: proteccionismo nacional y regional, instituciones transnacionales y democratización.

por la consigna “primero yo” plagado de *individualismo, diversidad y escepticismo*¹⁴; de ahí lo complicado en la solución.

Mi segunda escala es vinculante: ¿cómo ese riesgo impacta al Derecho penal? La respuesta pudiera ser obvia: el fenómeno delictivo es de naturaleza social; si la sociedad está en riesgo, ello traerá entonces sus propios *riesgos criminales*; es exactamente así. Analicemos algunos postulados para marcar la tendencia.

La sociedad de nuestros días es interactiva en todos sus sistemas; lo individual sólo tiene cabida en ese entramado interconectado de tecnologías, factores sociales, económicos, políticos que marcan el rumbo y definen las posturas; entonces, si la delincuencia es un *factor*, será un componente más y estará sometida al mismo análisis del *riesgo global*; ésa es la idea primigenia de un Derecho penal para la sociedad de riesgo que estará obligado a buscar respuestas eficaces para este momento histórico; el Derecho penal ha de estar a la altura de las circunstancias y proporcionar medios precisos y que sean los adecuados desde esa visión de la sociedad de riesgos, nos apunta López Barja¹⁵; ello obliga a precisar que esos riesgos parten de la comprensión de que las normas por sí solas no son suficientes para ofrecer seguridad y para ello, apoyándose en Beck, se delimita el “origen y los efectos del riesgo” que tienen incidencia directa para determinar la línea de lo individual y lo colectivo en el Derecho penal. El riesgo, afiliándose a Beck, se debe a la suma de las acciones individuales de muchos individuos; aquí tenemos un problema importante para el Derecho penal: “la pluralidad de sujetos” y los “entes colectivos”.

Otro elemento importante es la determinación de los bienes jurídicos de la sociedad de riesgos que requieran protección penal; algunos son propios de esa nueva visión; otros estaban presentes pero invisibilizados; la invariante es también lo colectivo, dígase obligada protección al medio ambiente, la salud colectiva, los derechos humanos, la criminalidad organizada, entre otros. En ese camino, Cornelius¹⁶ considera, y yo lo acompaño en ese pensamiento, que existe un adelantamiento de las barreras entre el comportamiento impune y el punible y se proyecta una reducción de las exigencias para la

14 Ídem.

15 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, op. cit., p. 6.

16 PRITTWITZ, Cornelius, op. cit; p. 17.

reprochabilidad, lo que se expresa en el cambio de paradigma que va de la hostilidad para el bien jurídico a la peligrosidad para el mismo¹⁷.

Un resumen del impacto puede verse en López Barja, que asegura que, como consecuencia de este movimiento, categorías como la causalidad, la culpabilidad y la autoría, entendida en la forma tradicional, no siempre son eficaces. Incluso, casi puede decirse que son categorías que, en su desarrollo clásico, ya no sirven; diría yo que es excesivamente categórica esta afirmación y, por eso, me atrevo a seguir a Cornelius cuando dice que las críticas al Derecho penal no deben venir de la utilización automática de los conceptos de Beck, que innegablemente son útiles, pero la sociedad de riesgo global, económica, no implicaría necesariamente el diseño de un Derecho penal de riesgo¹⁸; para ello, reflexiona también desde la arista criminológica y el perfil criminal de éste fenómeno, que se diferencia diametralmente desde el punto de vista ético de la delincuencia tradicional y obliga entonces a definiciones propias, que no siempre van a significar una transformación absoluta del clásico Derecho penal y sentencia finalmente que, junto a la legitimación proveniente en primera línea de la prometida prevención de riesgos, mediante la dirección del comportamiento arriesgado, está en juego a largo plazo la preservación simbólica de la insegura sociedad de riesgo.

Cierro este segmento con los fundamentos que ofrece Diez Ripollés¹⁹, quien, sin adentrarse en la polémica de la necesidad o no de un Derecho penal de la sociedad de riesgo, presenta puntos concluyentes de la política criminal orientadora de este movimiento²⁰

17 Ídem.

18 Vid, polémica sobre la Escuela de Frankfurt en PRITTWITZ, Cornelius, op. cit., p. 32.

19 DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, op. cit., pp. 45 y ss.

20 *Ibíd.* p. 121. Incremento de la criminalización de comportamientos mediante la proliferación de nuevos bienes jurídicos de naturaleza colectiva. 2. Predominio de las estructuras típicas de simple actividad, ligadas a delitos de peligro o de lesión ideal del bien jurídico, en detrimento de las estructuras que exigen un resultado material lesivo: Dentro de esa tendencia, los delitos de peligro concreto ceden terreno frente a los de peligro abstracto, y se consolidan los delitos de acumulación y de obstaculización de funciones de control, lo que aproxima los comportamientos incriminados a los que son objeto de persecución por parte del derecho administrativo sancionador; se abre camino la fundamentación de la punición de comportamientos en base al principio de precaución, entendido como una alternativa más laxa que la exigencia de peligrosidad del comportamiento. 3. Anticipación del momento en que procede la intervención penal: Se penan abundantes ilícitos antes sólo administrativos, civiles o mercantiles, se

que a la larga resultará cuestionable por su propia esencia; es así que nos comenta que un grupo de penalistas²¹ considera que esa política criminal está asignando al Derecho penal una función meramente educadora, que no es otra cosa que un Derecho penal simbólico.

Mi tercera y última escala en esta necesaria introducción va de la mano del profesor Zaffaroni, quien es crítico manifiesto de la fuerza del poder punitivo y considera que el pretendido cambio de paradigma no es tan nuevo, sino que es la materialización de una filosofía ya arraigada del poder que ahora tiene un fundamento para socializarla devenido de los riesgos de la moderna sociedad; afirma que la selectividad, la reproducción de la violencia, el condicionamiento de mayores conductas lesivas, la corrupción institucional, la concentración de poder, la verticalización social y la destrucción de las relaciones horizontales o comunitarias *no son características coyunturales, sino estructurales del ejercicio de poder de todos los sistemas penales*²².

El pensamiento de Zaffaroni está imbuido de la certeza de que nuestros países de la periferia no tienen la misma percepción del riesgo, ni el mismo diseño conceptual de él que los países occidentales; por ello, no es posible importar a nuestros entornos filosofías que deslegitiman la base social y confunden la estrategia político criminal a seguir.

generaliza el castigo de actos preparatorios específicamente delimitados, se autonomiza la punición de la asociación delictiva, cuando no se integra ésta dentro de las modalidades de autoría y participación. 4. Significativas modificaciones en el sistema de imputación de responsabilidad y en el conjunto de garantías penales y procesales: Se admiten ciertas pérdidas en el principio de seguridad jurídica derivadas de la menor precisión en la descripción de los comportamientos típicos y del uso frecuente de la técnica de las leyes penales en blanco; se hace una interpretación generosa de la lesividad real o potencial de ciertos comportamientos, como en la punición de determinadas tenencias o en el castigo de apologías; se considera razonable una cierta flexibilización de los requisitos de la causalidad o de la culpabilidad; se aproximan, hasta llegar a veces a neutralizarse, las diferencias entre autoría y participación, entre tentativa y consumación; se revaloriza el principio de disponibilidad del proceso, mediante la acreditación del principio de oportunidad procesal y de las conformidades entre las partes; la agilidad y celeridad del procedimiento son objetivos lo suficientemente importantes como para conducir a una significativa reducción de las posibilidades de defensa del acusado.

21 Menciona a Cerezo Mir, Mendoza Buergo y Hassemmer, entre otros.

22 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, En busca de las penas perdidas, Deslegitimación y dogmática jurídico penal, 2da impresión Buenos Aires, 1998, p. 29.

La criminología de los años 80 del pasado siglo de los países occidentales se desarrollaba en los marcos de un poder punitivo propio de un *estado de bienestar* y de una sociedad de consumo; sin embargo, en Latinoamérica, la mayoría de los países vivían en *estados gendarmes* con dictaduras y políticos corruptos y una clase media con discreto avance económico²³, cuyo “riesgo” estaba compuesto por los pobres, inmigrantes y adolescentes de barrios precarios; la criminología de occidente justificaba ello con la frase *bueno son países en vías de desarrollo*. Hoy parecería que tenemos problemas comunes y que la globalización nos golpea por igual; sin embargo, el pensamiento se va diversificando y va reconociendo distintos planos de observación para Latinoamérica; según López Cerezo y Luján²⁴ la problemática de la distribución del riesgo está lejos de sustituir a la problemática de la distribución de la riqueza, si bien es cierto que los peligros ya no se circunscriben a un lugar geográfico, una clase social o incluso a la generación presente; también es cierto que, al mismo tiempo que los riesgos se globalizan, la distribución de la riqueza y del conocimiento es cada vez más inequitativa. Y es por eso que para América Latina el análisis de la sociedad del riesgo, a la luz de las desigualdades sociales y su propia dinámica, presenta hoy un interés especial.

Por ello, vale la pena detenerse a mirar a la Latinoamérica de hoy, donde las dictaduras fueron rebasadas por el ideario incluyente²⁵ y donde algunas economías emergentes, verbigracia Brasil, son más sólidas que algunas europeas, donde gobiernos de corte social abogan por el “buen vivir”; sí hay riesgos comunes, a saber: el medio ambiente, la salud colectiva, pero los estados occidentales miran hacia aquí, incluso con aires de emigración; entonces la confrontación al delito no puede ser la misma.

Eso no significa que los vientos del Derecho penal de riesgo no han llegado a estas playas; todo lo contrario, de la mano de sus asesores,

23 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, La cuestión (...) op. cit., pp. 176 y ss.

24 LÓPEZ CERESO, José A. y Luján, José Luis, LUJÁN, Ciencia y política del riesgo, (“Ciencia y Tecnología”), Alianza Editorial, 2000, Madrid, p. 24.

25 NA Cualquier análisis de nuestra región no puede estar ajeno a lo que ha significado el acceso al poder en los finales del Siglo XX y principios del XXI de gobiernos sociales, de la mano de mandatarios con una fuerte vocación social. Los Kirchner en Argentina, Evo en Bolivia, Correa en Ecuador, Chávez en Venezuela y Mujica en Uruguay.

se incorporan a las leyes penales²⁶ los mismos fundamentos antes analizados, sin someter a crítica real sus postulados y su conveniencia; de ahí el fracaso de muchos sistemas reformados en los últimos tiempos. Por ello, Zaffaroni se hace algunas interrogantes: ¿Por qué prende la criminología mediática?; ¿qué es este neopunitivismo brutal?, ¿a qué se debe esta agresividad intraespecífica que se pone de manifiesto en este momento del poder?²⁷. ¿No existirá una confusión entre *miedo y riesgo*? Termina él señalando que se trata de buscar una manera de gobernar mediante la administración de los miedos e invoca a Jonathan Simon, profesor en Berkeley que, en el 2007, publicó *Governing through crime, How the war on crime transformed American Democracy, cuando comenta cómo se ha ido construyendo la transformación institucional y social que desemboca en el autoritarismo penal actual, que el miedo y el riesgo van cambiando. En época de Nixon en los Estados Unidos, el miedo dominante era el cáncer, lo que fue evolucionado hasta llegar al terrorismo.*

Termino considerando la real existencia de una sociedad de riesgo global, con base económica que sacude todos los ámbitos de la vida social, cultural, política que irremediablemente es creadora de fuentes de riesgos que necesitamos enfrentar; igual que Zaffaroni y Cornelius, no estoy segura que el diseño de un Derecho penal de riesgo o Derecho penal de la globalización -que signifique una ruptura con las bases conceptuales del Derecho penal-, sea la solución; sin embargo, estoy convencida que es necesaria una modernización de algunas instituciones y un replanteo político criminal; en ese camino transcurrirá el análisis de la responsabilidad penal de las personas jurídicas que desarrollo a continuación.

2. PANORAMA ACTUAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO PENAL. DE LA DISCUSIÓN DOGMÁTICA A LAS RECOMENDACIONES “GLOBALES”. LA RESPUESTA LEGISLATIVA

Pudiera decir, casi sin temor a equivocarme, que la institución que más ha movido el pensamiento de la dogmática penal en el reciente Siglo

26 Una rápida mirada a Leyes especiales como las del Terrorismo aprobadas en Guatemala, Honduras y el Salvador, países que nunca han padecido de ese fenómeno delictivo, son una muestra de la traslación del riesgo.

27 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, La cuestión (...), op. cit., p. 182.

XXI es la “persona jurídica”; la fuerza que impuso el aforismo *societas delinquere not potest*, caló hondo en el ideario de responsabilidad penal individual, la cual sirvió de cimiento para edificar la Teoría del delito y de la responsabilidad, la construcción conceptual de la “acción típica”, la “culpabilidad”, la “personalidad de las penas”. Sus “fines” fueron dibujados con sabiduría, entereza y depuradas técnicas; los clásicos penalistas y sus seguidores durante años proporcionaban formas y retocaban el “edificio” conceptual que, con algunos aires renovadores, trataba de mantener la teoría a tono con la realidad y su evolución; mucha tinta ha corrido y mucha inteligencia se ha volcado en este empeño. Sólo en algunos momentos, allá por los años 50 del pasado siglo, se abrió un pequeño espacio para transformar el apotegma²⁸; y a finales de siglo, se habían sumado algunas voces autorizadas, que presentaban alternativas dogmáticas bien pensadas²⁹.

Hoy el panorama es diferente; no se ha logrado consenso, es cierto, pero la balanza se inclina: primero, al reconocimiento de la pérdida de liderazgo del adagio *societas delinquere not potest*; segundo, razones de política criminal obligan a esa transformación ante los “riesgos” de quedar indefensos frente un tipo de criminalidad diferente; tercero el Derecho penal tiene que ofrecer alternativas en este nuevo “escenario global” que desde los instrumentos internacionales recomienda, sugiere, invita al cambio de postura; de ahí el debate político criminal³⁰.

28 GOITE PIERRE, Mayda, “La persona jurídica como sujeto activo en el Derecho penal económico. Del mito a la realidad”, En: Memorias en Homenaje al Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni, Guatemala, 2011, presento un análisis de los Congresos sobre Derecho penal económico y tomo como punto de partida el del Cairo de 1948 y la postura dogmática de algunos penalistas, enfrascados en dar cuerpo a la posible responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero casi masacrados intelectualmente.

29 Vid, por todos, ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, “Conveniencia político criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*”, en Cuadernos de política criminal, N.º. 11 1980. “Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas, en Cuadernos de política criminal N.º. 53,1994,Vigenciadel principio *societas delinquere non potest* en el moderno Derecho penal, en HURTADO DEL ROSAL, Simons, “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

30 DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, “La Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española”, en Revista para el análisis del Derecho. InDret, 2012. Disponible en: [file:///C:/Users/USAC/Downloads/260787-351638-1-SM%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/USAC/Downloads/260787-351638-1-SM%20(1).pdf) Consultada el: 3/6/2015, a las 21.00. considera que el debate político-criminal contemporáneo

La sociedad de riesgo, como hemos visto, trajo aparejado un fenómeno delictivo de corte colectivo, que permite encubrir en su diseño organizacional al responsable individual y, aun cuando éste se pusiera al descubierto, la ausencia de respuesta sobre el “ente colectivo” facilita la reproducción del delito; por ello, es menester crear mecanismos que propicien tomar acciones concretas que frenen esa recaída. Ese argumento es la base de la discusión que se concreta en el hecho de que la producción delictiva de este siglo tiene como protagonistas a las grandes asociaciones económicas (asociaciones, sociedades de todo tipo, trasnacionales, consorcios económicos) y que su propia actividad puede generar “riesgos” que se construyen como bienes jurídicos a proteger medio ambiente, economía, salud, seguridad social.

Ese panorama ha sido catalizador para que la comunidad internacional se pronuncie en numerosas Convenciones y Recomendaciones a los Estados³¹, llamando la atención sobre la necesidad de prever mecanismos que enfrenten, combatan y prevengan

sobre las personas jurídicas como sujeto activo del delito se construye sobre el consenso de que los colectivos societarios deben ser objeto de atención específica por parte del Derecho penal: Se han convertido en un sujeto autónomo, cotidiano y protagonista en las interacciones sociales de las sociedades capitalistas avanzadas, por lo que están presentes en la comisión de delitos muy diversos.

31 OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, “Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos”, Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el mes de noviembre del 2000. Disponible en:

<http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>, OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”, aprobada por resolución N°. 58/4 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de fecha 31 de octubre de 2003, suscripta en Mérida, México, el 10 de diciembre del mismo año. Disponible en: http://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf, DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL, Organización de los Estados Americanos, Washington DC, “Convención Interamericana contra la Corrupción” de la OEA, de 1996. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/siprojweb2/sidie/imagesContenido/TICIContraCorrupcion.pdf>,

Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las transacciones Comerciales Internacionales” suscripta en París en 1997, en el ámbito de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE). Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_arg_ley25319.doc,

las acciones delictivas que se comentan en las agrupaciones, tanto por ellas mismas como por quienes las integran, por el convencimiento de que el derecho se encontraba incapaz de afrontar los avances tecnológicos, financieros y económicos, utilizados por las personas físicas que se mueven en el seno de las personas jurídicas; de esa forma, los compromisos internacionales asumidos por los Estados fueron cerrando el círculo que empujaba los diseños legislativos.

¿Cómo reacciona la dogmática? Ya comentamos que los debates no han sido pacíficos y aunque hoy se aprecia un giro copernicano en los discursos penales al menos para aceptar u ofrecer contenido a la responsabilidad de las personas jurídicas³², siguen posiciones atrincheradas en mantener el pensamiento clásico³³; ello no quiere decir

Recomendaciones contra el Lavado de Dinero y el Financiamiento del terrorismo del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI-GAFISU). Disponible en:

<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Spanish.pdf> y Las Recomendaciones del Consejo de Europa (Comité de Ministros) de 1988, La Convención para la protección penal del medio ambiente del Consejo de Europa. Consultadas todas: 24/11/2015, a las 22.00.

32 El mayor número de autores que incorporo son de España por el acercamiento a nuestro contexto, Vid ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel, “Bases para una teoría de la imputación de la persona jurídica”, en Cuadernos de Política Criminal, N° 81, 2003; CARBONELL MATEU, Juan Carlos, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: Reflexiones en torno a su “dogmática” y al Sistema de la reforma de 2010”, en Cuadernos de Política Criminal. N°. 101, 2010; MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en ANALES DE DERECHO Número 29, 2011. Disponible en: <http://revistas.um.es/analesderecho/article/viewFile/153501/135381> Consultado el 27/11/2015, a las 21.00, HURTADO POZO, José. “Responsabilidad penal de la empresa en el Derecho Penal Suizo”. Disponible en:

http://portal.uexternado.edu.co/pdf/5_derechoPenalyCriminologia/numero86-87/joseHurtadoPozo2.pdf Consultado el 18/12/2015, a las 20.10. y TIEDEMANN, Klaus. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”. Disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1996_07.pdf Consultado el 18/6/2015, a las 20.40.

33 Per omnia, GRACIA MARTÍN, Luis, “La doctrina de la responsabilidad “penal” de las personas jurídicas: clímax y paroxismo del constructivismo jurídico arbitrario de la hostilidad entre las palabras y las cosas y del desprecio del saber jurídico que convierte bibliotecas enteras en basura”. Disponible en:

http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/responsabilidad_penal/23092014/dp-rp-responsabilidad_penal_LGracia.pdf Consultado el 5/12/2015, a las 14.00. En un rabioso artículo en contra de la responsabilidad penal de las personas jurídica, acusa al legislador español de decidir a partir del 2010 a favor del “extraviado y disparatado constructo de una conceptualmente imposible responsabilidad penal

que exista aceptación unánime en las reglas o modelos de atribución, que es otra arista, pero el consenso atraviesa por su reconocimiento. Para Heine, el problema estriba en que el control retrospectivo de las conductas individuales, en el que se mueve el Derecho penal clásico, es el control de las disfunciones sociales³⁴.

Es por ello que se ensayan diversos modelos de responsabilidad, donde parece ser que el de la responsabilidad propia u originaria³⁵ de la persona jurídica es, sin dudas, el que está tomando una mayor presencia en los diseños legislativos; sin embargo, no es el único; Heine³⁶ considera que van por tres caminos, aunque lo importante, reitero, es presentar una alternativa en la legislación³⁷.

de las personas jurídicas”, esto nos da la medida que voces autorizadas en el Derecho penal aún se encuentran fervorosamente en contra.

34 GÜNTER, Heine, “La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales”, Disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1996_04.pdf Consultado el 28/11/2015, a las 21.00.

35 ROBLES PLANA, Ricardo, “¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la Ley austríaca de responsabilidad por hechos delictivos en Revista para el análisis del Derecho”, InDret, abril del 2006, p. 39. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/344.pdf> Consultado el 29/11/2015, a las 23.10. El autor revisa los distintos modelos que se proponen hoy y hace alusión pensamiento de Bacigalupo, Zulgadia y Bajo Fernández.

36 Los criterios, establecidos en todo el mundo para atribuir una responsabilidad a las empresas, se pueden resumir en tres modelos. En el primero (el acto del órgano como falta de la empresa), el hilo conductor es la clásica teoría de la identificación: una corporación debe ser identificada con las personas que de manera activa son responsables por ella. En el segundo (organización deficiente de la corporación), se pone en relación a un determinado desarreglo social (por ejemplo, un delito económico o un acto de enriquecimiento de la empresa) con una organización deficiente de la corporación. A diferencia del primero, no es necesario que se verifique si el acto es obra de un representante de la empresa. Pero, si deben presentarse deficiencias en su organización. En el tercero (principio de causalidad), se renuncia completamente a la prueba de tales errores. Aún más, es suficiente comprobar la organización compleja de una empresa para poder imputarle (como causante) determinados desordenes sociales; por ejemplo la infracción de determinados valores límites fijados por el Estado. Los límites entre un modelo y otro no son rígidos.

37 Passim, BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en España. Breve análisis del alcance del artículo 31 bis del Código Penal, tras las reformas operadas por las leyes orgánicas 5/2010, de 22 de junio, y 1/2015, de 30 de marzo”, En: Globalización, Delincuencia organizada, Expansionismo penal y Derecho penal económico en el siglo XXI. Libro Homenaje al Profesor Dr. Juan María Terradillos Basoco. Coordinadora: Dra. Mayda Goite Pierre, pp. 259 - 291. Disponible

Los sistemas de penas también son desdibujados entre los propios de un sistema penal como las multas y los que tienen su naturaleza en el Derecho administrativo y dependen de los modelos adoptados: Los países anglosajones han marcado el paso en la historia³⁸ y en la actualidad Francia, Holanda, Noruega, Finlandia, Bélgica, Suiza y recientemente España, en el año 2015, prevén penas del sistema del Derecho penal. En Latinoamérica, Chile³⁹ y Cuba, con su formulación directa, no dejan espacio a la duda, aunque las leyes especiales de Lavado de Dinero y Blanqueo de capitales en Guatemala⁴⁰ incorporaron algunas sanciones a las personas jurídicas.

Países con sanciones administrativas, Alemania, Portugal y Argentina, aunque esta última en leyes especiales como las del Régimen

en: <http://vlex.com/vid/responsabilidad-penal-personas-juridicas-577044386> y también en: <http://www.lex.uh.cu/node/44> Consultado el 2/2/2016, a las 15.30. Donde se describen los modelos que se introducen en la legislación española, tras estas reformas legislativas.

38 La idea de la responsabilidad penal de la persona jurídica es una creación jurisprudencial que data del inicio del siglo XIX. En las primeras decisiones, los tribunales ingleses sólo la admitían como excepción al principio de irresponsabilidad para delitos omisivos culposos (*non feasance*) y comisivos dolosos (*mis feasance*). Posteriormente, por intervención legislativa, fue reconocida la responsabilidad penal de la persona jurídica en el *Interpretation Act* (1889), por medio de un dispositivo general que ha pasado a considerar el término persona como comprensivo también del ente colectivo. Esa especie de responsabilidad fue aplicada, inicialmente, a las *regulatory offences* (*public welfare offences*), infracciones castigadas con sanciones menos severas y de forma objetiva (independientemente de culpa). A partir de 1940, considerablemente ampliada, alcanzó a crímenes de cualquier naturaleza. La persona jurídica puede ser responsabilizada por toda infracción penal que su condición le permita realizar, fundamentalmente en el campo de los delitos referentes a las actividades económicas, de seguridad en el trabajo, de contaminación atmosférica y de protección al consumidor.

39 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, Ley N° 20.393, de 2 de diciembre de 2009, que establece "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho". Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_chl_ley20393.pdf Consultada el 23/2/2016, a las 20.15. Chile introduce, mediante esta Ley, la responsabilidad penal de las personas jurídicas con un modelo derivado de la llamada responsabilidad por "defecto de organización".

40 CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, DECRETO NÚMERO 67-2001, "Ley contra el lavado de dinero u otros activos". Disponible en: https://www.oas.org/juridico/mla/sp/gtm/sp_gtm-mla-leg-lavado_dinero.pdf Consultado el 4/12/2015, a las 13.00.

cambiario, el Sistema Aduanero y el Tributario, imponen sanciones penales a las personas jurídicas y, en caso de Brasil, en la Ley especial de crímenes ambientales de 1998.

Del catálogo de delitos susceptibles de ser cometidos por personas jurídicas, existen también dos modelos: uno de carácter general que establece la responsabilidad sin hacer mención a las figuras delictivas, entendiéndose entonces que todo tipo penal puede ser cometido por una persona jurídica, lo que no me parece adecuado, ya que existen figuras que por su propia naturaleza estarían excluidas de esa posibilidad; y el segundo modelo pasa por utilizar el principio de excepcionalidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ya que sólo es posible exigirla en aquellas figuras delictivas que expresamente la hayan previsto. Considero que esta última es la correcta por dos razones: la primera, precisar el delito en correspondencia con el debate político-criminal inclinado a la necesidad de responsabilidad societaria: delitos contra bienes jurídicos económicos, delitos relacionados con la delincuencia organizada, el medio ambiente y todos aquellos que tengan un riesgo colectivo importante; y la segunda, enviar un mensaje de prevención general respecto a esos tipos penales, de manera que los entes colectivos desde su propia regulación se encuentren interesados en disminuir el riesgo de su comisión.

Finalmente, todo ello demuestra que los “riesgos” fueron capaces de generar un debate político criminal que hizo “tambalearse” la doctrina asentada y modificar el derecho positivo.

3. CUBA DIECIOCHO AÑOS DESPUÉS DEL DECRETO LEY 175 DE 1997. ¿QUÉ HA CAMBIADO?

Han transcurrido dieciocho años desde la aprobación del Decreto Ley 175 de 1997⁴¹ que introdujo nuevamente⁴² la responsabilidad de las

41 CONSEJO DE ESTADO DE LA REPÚBLICA DE CUBA, Decreto-Ley N°. 175 de 1997, Publicado en la Gaceta Oficial extraordinaria N°. 6 de 26 de junio de 1997. Disponible en: <http://ufdc.ufl.edu/UF00015178/00074> Consultado el 26/11/2015, a las 22.00. En su artículo 3 modifica el Capítulo I del Título V del Libro I del Código penal, que en lo sucesivo se denomina “Personas penalmente responsable”, así se daba cobertura a la responsabilidad de las personas naturales y a las jurídicas.

42 El Código de Defensa Social aprobado en 1936 y vigente desde 1938, declaró que en Derecho penal cubano la responsabilidad se exigiría a personas naturales y jurídicas, cfr, GOITE PIERRE, Mayda, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en

personas jurídicas en la sistemática penal cubana, considerando que las transformaciones que se iban operando en las relaciones económicas en el país aconsejaban tal decisión⁴³; sabio fue el legislador cubano en ese momento que se adelanta a la previsión global de los riesgos del delito económico; siempre que comento este asunto, enfatizo en la idea que el Decreto Ley es anterior a la Convención de Palermo⁴⁴, la cual, en su artículo 10, les demanda a los Estados que evalúen algún mecanismo de respuesta para los entes colectivos, frente a la innegable presencia de éstos en la vida económica y en la comisión de hechos delictivos.

Si bien el legislador cubano se adelantó de manera temprana al retomar la institución, ya preciamos, como respuesta al fenómeno delictivo que se avecinaba, que era útil, sin embargo, la manera en la que se diseñan los defectos que posiblemente hicieran inviable su aplicación⁴⁵. La propia redacción del artículo 16 no estaba en correspondencia con las normativas vigentes para la conformación de las sociedades, asociaciones y personas jurídicas que se podía penalizar; el sistema de penas no era adecuado, no se había tomado en cuenta la necesidad de modificar algunos postulados del Código que tenían como destinatarios a la persona individual, como los artículos 27 (fines de la pena), 47 (adecuación) 52 y 53 (atenuantes y agravantes) y la responsabilidad civil derivada del delito, entre otros. Fundamentalmente cuestionaba el sistema de penas del artículo 28, inciso 4, porque se hacía depender de la prevista en la parte especial para los delitos cometidos por las personas físicas y, además, ello podía contravenir el principio de la proporcionalidad la pena.

Perspectivas del Derecho cubano actual, Editorial Reus, Tomo I, Volumen II, Madrid, 2006, pp. 301 y ss.

43 El segundo POR CUANTO del Decreto Ley señalaba que: El proceso de reformas que viene desarrollándose en la legislación económica, financiera y mercantil de nuestro país, determina la inmediata necesidad de modificar algunos de los preceptos de Código penal y de adicionar otros, a fin de alcanzar la adecuada complementación de los objetivos procurados por esos cambios legislativos, mediante la previsión de normas que sancionan aquellos actos ilícitos que ocasionen o puedan ocasionar elevados perjuicios al desenvolvimiento correcto de las nuevas relaciones instituidas en la esfera aludida.

44 OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, "Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada...", cit; pp. 11-12.

45 GOITE PIERRE, Mayda, "La Responsabilidad penal de las personas jurídicas", en Revista (...), op. cit; pp. 17 y ss.

Finalmente, otro aspecto cuestionado fue la ausencia de un pronunciamiento sobre los tipos penales que pudieran ser cometidos por las personas jurídicas con los inconvenientes que ello producía,⁴⁶ toda vez que se había preferido utilizar la fórmula general, sin especificar las figuras delictivas, aunque el POR CUANTO antes señalado daba la impresión de que la modificación se producía a tenor de los cambios relacionados con las instituciones económicas y financieras; aun si este fuera el mensaje quedaba limitado por dos razones; la primera porque la descripción de esas conductas en nuestro Código aún están necesitadas de una reevaluación; una simple mirada al catálogo de delitos previstos en el Título V, relacionados con la Economía, deja ver que allí no están contenidas todas las infracciones que impactan el sistema económico cubano y, por otra parte, a lo largo del trabajo, hemos enfatizado en un grupo de figuras penales, que pueden ser cometidas por los entes colectivos y que no son únicamente las económicas.

Por otra parte, la ausencia de un proceso penal que se ajustara a las exigencias de las personas jurídicas es también un elemento importante en el análisis⁴⁷.

¿Qué produjo todo este desliz legislativo? Efectivamente, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en sede cubana, fue una institución “simbólica”. El loable propósito del legislador del 97 no se vio materializado en la práctica.

¿En qué momento nos encontramos? Cuba ha tomado el rumbo de la “actualización de su modelo económico y social”⁴⁸, con

46 Ídem, pp. 321-327.

47 Desde el punto de vista procesal tampoco se tomaron las precisiones necesarias para el enjuiciamiento de las personas jurídicas, Passím, MEJÍAS RODRÍGUEZ, Carlos Alberto, “El proceso penal contra las personas jurídicas. Fundamentos jurídicos y propuestas de aplicación. Especial atención a la etapa inicial e intermedia”, En: Globalización, Delincuencia organizada, Expansionismo penal y Derecho penal económico en el siglo XXI, Serie Ciencias Penales y Criminológicas, N^o. 5, junio de 2015, pp. 316-346. Disponible en: <http://vlex.com/vid/proceso-penal-personas-juridicas-577044394> Consultada el 23/11/2015, a las 13.40.

48 NA: De la mano de los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución cubana, aprobados en el VI Congreso del Partido, entre el 16 y el 19 de abril del año 2011, Cuba ha emprendido un importante proceso de transformaciones económicas que redundará en bienestar de toda la sociedad y de la preservación de las conquistas sociales logradas durante estos años de Revolución, ello requiere de una mirada renovadora en todos los ámbitos y las leyes juegan un papel trascendental

transformaciones importantes en el quehacer de la economía cubana, que buscan ser más eficientes, permitiendo la entrada de otros actores en el área económica con el propósito de dinamizarla; si es así, será necesario desde la arista del Derecho penal, que es lo que me convoca en estas elucubraciones teóricas pensar en las propuestas y diseños que acompañen esos objetivos.

Ya se han dictado algunas normas legales en lo penal⁴⁹ o fuera de él⁵⁰ que requieren repensar en las personas jurídicas lo que, unido a las razones de política criminal expuestas con anterioridad y que marcan el panorama de este mundo globalizado y con riesgos “globales”, las que junto a nuestras condiciones de “apertura” económica avizoran que este tema es de importancia capital⁵¹.

en el ese proceso, de ahí el reto de tomar las decisiones más adecuadas buscando un objetivo común y donde sea posible “cambiar todo lo que deba ser cambiado”. Disponible en: http://www.cubadebate.cu/wp-content/uploads/2011/05/tabloide_debate_lineamientos.pdf Consultado el 12/12/2015, a las 22.00.

49 Vid, CONSEJO DE ESTADO DE LA REPÚBLICA DE CUBA, Decreto Ley N°. 316 de 5 de diciembre de 2013, Gaceta Oficial extraordinaria N°. 44 de 19 de diciembre del 2013. Disponible en: <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/95573/112574/F-344928011/CUB95573.pdf> Consultado el 12/12/2015, a las 21.00. En este Decreto Ley se establecen modificaciones al Código Penal, referentes al Lavado de Activos y a la Ley contra Actos de terrorismos, dos materias en la que la persona jurídica puede tener un rol importante. La Ley No 20. 393 del 2009, aprobada en Chile, la que traigo a colación por pertenecer a nuestro entorno latinoamericano y, además, porque rompió de manera raigal con su tradición de desconocer la responsabilidad de las personas jurídicas en materia penal, es significativo que adoptara como técnica la de especificar los delitos, concretándolos en tres: Lavado de dinero, Financiamiento del Terrorismo y Soborno o Cohecho activo, tanto de empleados públicos nacionales, como de funcionarios públicos extranjeros, es un catálogo muy restringido pero marca la idea de prioridad inicial.

50 ASAMBLEA NACIONAL DEL PODER POPULAR, Ley de la Inversión Extranjera, N°. 118, de 29 de marzo de 2014, Gaceta Oficial Extraordinaria N°. 20, de 16 de abril de 2014. Disponible en: http://www.cubadebate.cu/wp-content/uploads/2014/04/GO_X_20_2014_gaceta-ley-de-inversion-extranjera.pdf Consultado el 6/12/2015 a las 23.00. Esta Ley ofrece una oportunidad a los inversores extranjeros para asentar en el país sus negocios, los que se materializaran a través de personas jurídicas con diferentes diseños, según los autorizados por las leyes cubanas, las que a su vez pueden en su quehacer diario, involucrarse en figuras delictivas, para las que es menester tener respuesta legal.

51 Ya en estos momentos en nuestro país la presencia del delito económico y figuras asociadas a las estructuras societaria es una realidad, lo que unido a los compromisos internacionales que hemos asumido en el combate contra las drogas y todas las manifestaciones que propicien un posible lavado de activos nos marcan el desafío.

Entonces, estoy obligada a realizar algunas recomendaciones para el cambio legislativo, además de las ya expuestas *supra* y que se han incorporado en este vertiginoso movimiento legislativo que experimenta la persona jurídica:

1. Es conveniente mantener el enfoque de un modelo de responsabilidad *autónoma*⁵² u *originaria*⁵³ que se considera de una

Passím, TORRES AGUIRRE, Armando, "La internacionalización del lavado de activos, Su regulación jurídico-penal en Cuba", En: Globalización, Delincuencia organizada, Expansionismo penal y Derecho penal económico en el siglo XXI, Serie Ciencias Penales y Criminológicas, N.º. 5, junio de 2015, pp. 399-431. Disponible en: <http://vlex.com/vid/internacionalizacion-lavado-activos-regulacion-577044406> Consultada el 26/11/2015, a las 13.30.

52 Se reconoce un modelo de responsabilidad derivada mediante la cual se hace recaer sobre la persona jurídica la responsabilidad penal de una persona natural, hace dieciséis años la denominé responsabilidad propia indirecta. Vid, GOITE PIERRE; Mayda, "La Responsabilidad penal de las personas jurídicas", en Revista (...), op. cit; p. 41.

53 Ídem, me afilié a la doctrina que la denominaba responsabilidad propia o directa y que, aunque en lo esencial tiene similares fundamentos, se han añadido otros presupuestos interesantes que la complementan. Sin embargo, el diseño de modelo varía en su denominación aun cuando puedan tener puntos de coincidencia en los distintos enfoques, a saber, el Profesor, MORILLAS CUEVA, Lorenzo, op., cit, p. 6, los modelos se distinguen en modelo de responsabilidad directa y cumulativa de las personas jurídicas, en el que dicha responsabilidad es compatible, por ser autónoma o paralela, con la de la persona física; b) responsabilidad subsidiaria, que únicamente se concreta cuando no existe o no puede deducirse la de una persona física; para BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, "La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española", Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXIII 2013, pp. 230-231, los modelos son la heteroresponsabilidad y la autorresponsabilidad. El primero presupone que el delito es obra de la persona física, pero este mismo delito se transfiere también a la persona jurídica (responsabilidad vicarial o por transferencia), el profesor Argentino CESANO, José Daniel, "Problemas de responsabilidad penal de la empresa". En el sitio de internet DERECHO PENAL del profesor José Hurtado Pozo, Disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_58.pdf Consultado el 19/12/2015, a las 15.00, comenta que existen tres modelos que pueden estar interrelacionados en un mismo diseño legislativo que son responsabilidad: a) acumulativa, b) especial; y, c) condicionada; finalmente de la obra de GÜNTER, Heine, op. cit., p.12, se pueden resumir en tres modelos. En el primero (el acto del órgano como falta de la empresa): una corporación debe ser identificada con las personas que de manera activa son responsables por ella, en el segundo (organización deficiente de la corporación), se pone en relación un determinado desarreglo social con una organización deficiente de la corporación, en el tercero (principio de causalidad), es suficiente comprobar la organización compleja de una empresa para poder imputarle (como causante) determinados desordenes sociales. La variedad de opciones nos muestra una gama de

“conexión” entre el hecho prohibido y las características de la entidad, sin tomar en cuenta la responsabilidad o no de una persona natural, que ha inspirado siempre la proyección cubana del artículo 16 del Código penal (...) cuando sean perpetrados por su representación o por acuerdos de sus asociados, sin perjuicio de la *responsabilidad penal individual* (...)

2. La última opción de clasificación tratada en la cita de Heine nos introduce en una concepción que se viene manejando desde hace un tiempo de la mano del profesor Tiedemann⁵⁴ y que hoy tiene una presencia importante en los diseños legislativos: el “*defecto de organización*” como fundamento para prever la responsabilidad de las personas jurídicas, en la cual se requiere que el ente colectivo en su conformación favorezca o no impida la realización de hechos delictivos, sin prever los controles suficientes. Esta opción⁵⁵ también tiene la perspectiva de llamar la atención en las personas jurídicas de la necesidad de su autocontrol o del establecimiento de medidas útiles desde su propio diseño para contrarrestar la acción delictiva, que puede operar como un elemento de prevención; por ello, considero que se dé una mirada a su diseño es una variante útil en Cuba y propongo los siguientes elementos para la formulación de responsabilidad penal en ese camino:

- El incumplimiento por parte de la entidad, de sus deberes de “*dirección y supervisión*”, lo que obligaría a crear en las entidades un modelo de organización, administración y supervisión para

pensamientos teóricos con sus propios fundamentos, lo que nos lleva a considerar, que lo más aconsejable es en cada legislación introducir aquella que se aparte menos de su sistema, si es que ello es posible en esta institución.

54 TIEDEMANN, Klaus, “Responsabilidad penal de personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en Derecho comparado”, en *La reforma de la Justicia Penal* (Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann), coord. por Gómez Colomer/González-Cussac, Castelló de la Plana, 1997, p. 27.

55 Vid, HERNÁNDEZ BASULTO, Héctor, “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”, en *Política Criminal*, Vol. 5, N^o. 9, Julio de 2010, pp. 207-236. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A5.pdf Consultada el 22/1/2016, a las 16.20. Dice que desde el punto de vista político criminal el modelo de responsabilidad por “defecto de organización” es una estrategia de control del delito por vía de autorregulación forzada, a través de programas de cumplimiento que son de utilidad como medios de prevención, que es en definitiva la finalidad última del Derecho penal, así la empresa está obligada a velar que sus acciones no den lugar a delitos.

prevenir delitos, lo cual significaría introducir un modelo de “prevención de delitos”. Esta fórmula obliga a que las personas jurídicas se conviertan en “garantes de vigilancia” *so pena* de ser enjuiciada por los delitos que prevenga la legislación sino toma las diligencias efectivas. El modelo de prevención debe ser además *idóneo* para contrarrestar los delitos.

- El principal estímulo que deja la introducción de una fórmula de esta naturaleza para las personas jurídicas es que, si se comprueba que ha sido capaz de tomar todas las medidas organizativas y de control, puede estar *exenta* de punibilidad por la presencia de una excusa legal absolutoria⁵⁶, o ser beneficiada con la *atenuación de la pena* si no se lograron los resultados; se comprueba, empero, que hubo un acercamiento preventivo con resultados parciales para la contención del delito.

3. Es menester, además de *lege ferenda*, que el legislador cubano introduzca también las circunstancias atenuantes y agravantes que puedan ser útiles en la determinación de la proporcionalidad de las penas imponibles; algunas de ellas pudieran ser:

Como atenuantes:

- Gestionar la reparación del daño causado o impedido y sus consecuencias perjudiciales;
- Colaborar sustancialmente al esclarecimiento de los hechos;
- Poner el hecho punible en conocimiento de las autoridades o aportar antecedentes para establecerlo;
- Adoptar, antes del comienzo del juicio, medidas eficaces para prevenir la reiteración de la misma clase de delitos objeto de la investigación.

Como agravantes, ante la inconveniencia de hablar de reincidencia o multirreincidencia, la propuesta puede ser:

- Haya sido condenada la persona jurídica por el mismo delito en un período anterior (a saber tres, cinco o más años)

56 NA: El Código Penal chileno y la actual modificación introducida por la Ley orgánica 1 de 2015 de España prevén esta posibilidad, que tiene una visión de prevención importante y de estímulo al control administrativo eficaz de las personas jurídicas por ellas mismas.

4. La conclusión “ya no hay polémica, ahora hay resignación”

Parece que el consenso va por reconocer que el Derecho penal debe responder de forma coordinada y adecuada a todos los retos que la existencia de agrupaciones y organizaciones colectivas de personas plantea a nuestra sociedad, en un mundo globalizado, donde el delito parte de los “riesgos” asociados al mismo desarrollo social y económico, lo cual obliga a dar una mirada diferente a las infracciones penales y a sus sujetos; creo, además, que de ello existe un convencimiento casi unánime. El Derecho penal de doble vía “colectiva e individual” permite alcanzar mayor efectividad en el enfrentamiento, por lo que los “reparos” sobre la responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho penal han bajado de tono.

La propia persona jurídica puede jugar un importante papel preventivo de la comisión de las figuras delictivas, si se le “invita” a participar en su enfrentamiento con medidas eficaces desde “adentro”; ello permitiría que la “prevención” siga siendo la finalidad del Derecho penal.

Ojalá el legislador cubano tome en cuenta alguna de estas propuestas y acompañe el noble empeño de nuestra sociedad en “actualización” para servir de manera correcta con la política criminal que se ha diseñado, así como la voluntad de enfrentar con decisión los desafíos de la sociedad de riesgo económica y grupal que marcan el panorama del fenómeno delictivo en el país.

5. BIBLIOGRAFÍA

Obras generales

ACALE SÁNCHEZ, María, “Medición de la Respuesta Punitiva y Estado y Derecho. Especial Referencia al Tratamiento Penológico del Delincuente Imputable Peligroso”, *Monografía asociada a Revista ARANZADI de Derecho y Proceso penal*, Número 24, Pamplona, España, 2010.

BARATTA Alessandro, *Criminología y Sistema Penal*, Compilación In memoriam, Dirección: Carlos Alberto Elbert, Coordinadora: Laura Belloqui, Editoriales Euros Editores S.R.L., Buenos Aires y B de F Ltda en Montevideo, 2004.

BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas en España. Breve análisis del alcance del artículo 31 *bis* del Código Penal, tras las reformas operadas por las leyes orgánicas 5/2010, de 22 de junio, y 1/2015, de 30 de marzo", En: *Globalización, Delincuencia organizada, Expansionismo penal y Derecho penal económico en el siglo XXI. Libro Homenaje al Profesor Dr. Juan María Terradillos Basoco*. Coordinadora: Dra. Mayda Goite Pierre, pp. 259 - 291. Disponible en: <http://vlex.com/vid/responsabilidad-penal-personas-juridicas-577044386> y también en: <http://www.lex.uh.cu/node/44>.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*, Segunda Edición, adaptada al Código Penal de 1995, Tirant lo Blanch, 1996.

_____ "Reflexiones sobre el abuso del Derecho penal y la banalización de la legalidad", Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam. Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, Ediciones Universidad, Salamanca, Cuenca, 2001.

COSTA, Gino, "La Situación de la Seguridad Ciudadana en América Latina". *Latin America Working Group. Inter-american dialogue*, 2012. Disponible en: <http://www.keele.thedialogue.org/PublicationFiles/GinoCostaSpanishFINAL.PDF>.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Sexta Edición, traducción de ANDRÉS IBÁÑEZ, PERFECTO, y otros, Editorial Trotta, Madrid, 2004.

GOITE PIERRE, Mayda, "El sistema de penas aplicables a las personas jurídicas", En: *Las consecuencias jurídicas derivadas del delito y una mirada a las personas jurídicas desde Cuba y España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012. Coordinadora: Dra. Mayda Goite Pierre. Disponible en: <http://issuu.com/tirantloblanch/docs/35d06bd3e77cdc39328a8cc6d0a78d0c> y también en: <http://www.lex.uh.cu/sites/default/files/Mayda%20Goite%20Pierre.-%20LAS%20CONSECUENCIAS%20JURIDICAS%20DEL%20DELITO%20-%20sin%20portada.pdf>.

_____ "De nuevo sobre la Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ahora desde la mirada de una sociedad de riesgo dieciséis años después", en GOITE PIERRE, Mayda, En: *Globalización,*

Delincuencia organizada, Expansionismo penal y Derecho penal económico en el siglo XXI. Libro Homenaje al Prof. Dr. Juan María Terradillos Basoco, Coordinadora: Dra. Mayda Goite Pierre, p. 297. Disponible en: <http://vlex.com/vid/nuevo-responsabilidad-penal-personas-577044390> y también en: <http://www.lex.uh.cu/node/44>.

____ *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ediciones universitarias, Minerva, Cochabamba, Bolivia, 2001.

____ “La persona jurídica como sujeto activo en el Derecho penal económico. Del mito a la realidad”, En: *Memorias en Homenaje al Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni*, Guatemala, 2011.

____ “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, En: *Perspectivas del Derecho cubano actual*, Editorial Reus, Tomo I, Volumen II, Madrid, 2006, “*La persona jurídica como sujeto activo en el Derecho penal económico. Del mito a la realidad*”, En: *Memorias en Homenaje al Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni*, Guatemala, 2011.

____ y Arnel, MEDINA CUENCA, “El delito de lavado de activos: necesario análisis desde una dimensión plural”, en: *El lavado de dinero en el siglo XXI. Una visión desde los Instrumentos Jurídicos Internacionales, desde la doctrina y las leyes en América Latina y España*, Editorial de la Universidad de Sinaloa, México, 2015.

____ y ALARCÓN BORGES, Ramón, “La utilización de las normas penales en blanco en el enfrentamiento a la criminalidad organizada contemporánea”, *Temas de Derecho y Proceso penal, desde una perspectiva jurídico penal contemporánea en el enfrentamiento a la criminalidad organizada*. Coordinadora: Mayda Goite Pierre, Editorial Lex, 2013, Barcelona. Disponible en: <http://vlex.com/source/temas-derecho-proceso-penal-12247>.

GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo, *Derecho Penal Mexicano*, Quinta Edición, Editorial Porrúa, México D. F. 1999.

GRACIA MARTÍN, Luis, “La doctrina de la responsabilidad “penal” de las personas jurídicas: clímax y paroxismo del constructivismo jurídico arbitrario de la hostilidad entre las palabras y las cosas y del desprecio del saber jurídico que convierte bibliotecas enteras en basura”. Disponible en: http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/

responsabilidad_penal/23092014/dp-rp-responsabilidad_penal_LGracia.pdf.

HURTADO DEL ROSAL, Simons, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

_____*La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

HURTADO POZO, José. “Responsabilidad penal de la empresa en el Derecho Penal Suizo”. Disponible en: http://portal.uexternado.edu.co/pdf/5_derechoPenalyCriminologia/numero86-87/joseHurtadoPozo2.pdf.

JAKOBS, Günther, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en JAKOBS, G.-CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Thomson-Civitas, Navarra, 2006.

JAKOBS, Günther y Manuel, CANCIO MELIA, “Derecho Penal del Enemigo”, Editorial Civitas, Madrid, 2003.

MEDINA CUENCA, Arnel, *Comentarios al Código Penal, Concordado y actualizado, Ley N°. 62 de 1987*, en *Comentarios a las leyes penales cubanas*, Editorial vLex.com, Barcelona, 2014. Disponible en: <http://vlex.com/vid/540344370>.

MEJÍAS RODRÍGUEZ, Carlos Alberto, “El proceso penal contra las personas jurídicas. Fundamentos jurídicos y propuestas de aplicación. Especial atención a la etapa inicial e intermedia”, En: *Globalización, Delincuencia organizada, Expansionismo penal y Derecho penal económico en el siglo XXI*, Serie Ciencias Penales y Criminológicas, N°. 5, junio de 2015, Coordinadora: Dra. Mayda GOITE PIERRE, pp. 316-346. Disponible en: <http://vlex.com/vid/proceso-penal-personas-juridicas-577044394>.

_____*“La pena y otras consecuencias jurídicas en delitos económicos”*, Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico, 2013. Disponible en: <http://www.ciidpe.com.ar/area1/penas%20y%20consecuencias.pdf>.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal, Ley Penal*, Editorial DYKINSON, S.L., Madrid, 2010.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, 7ma. Edición, Tirant lo Blanch, Valencia. 2007.

MURRIA, Marta y Carlos, GONZÁLEZ MURCIANO, *La seguridad ciudadana: instrumentos de análisis*, Área de Seguridad, Institut d' Estudis Regionals i Metropolitans de Barcelona, Universitat, 1999.

LÓPEZ CERESO, José A. y Luján, José Luis, LUJÁN, *Ciencia y política del riesgo*, ("Ciencia y Tecnología"), Alianza Editorial, 2000, Madrid.

LUZON PEÑA, Diego Manuel, *Curso de Derecho Penal. Parte General I. El "ius puniendi" (la potestad unitiva)*, Editorial Universitas S.A., 1996.

PRITTWITZ, Cornelius, *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo, en Sociedad de riesgo y Derecho penal*, Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2003. Disponible en: http://www.cienciaspenales.net/descargas/idp_docs/doctrinas/sociedad%20del%20riesgo%20y%20derecho%20penal.pdf.

SALAZAR, Katya y ARTEAGA, Leonor, Presentación del Libro: Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada. Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú, Fundación para el debido proceso, DLPF, 2013, Washington, D.C. 20036. Disponible en: <http://www.idl.org.pe/sites/default/files/publicaciones/pdfs/Estudio%20independencia%20judicial%20insuficiente,%20prision%20preventiva%20deformada.pdf>.

SAVENIJE, Win, "Definición y categorización de las pandillas. Anexo. IV. Informe. El Salvador", Secretaria General de la Organización de los Estados Americanos, Departamento de Seguridad Pública, Washington DC, junio, 2007. Disponible en: <https://www.oas.org/dsp/documentos/pandillas/AnexoIV.El%20Salvador.pdf>.

TIEDEMANN, Klaus. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas". Disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1996_07.pdf.

TIEDEMANN, Klaus, "Responsabilidad penal de personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en Derecho comparado", en *La reforma de la Justicia Penal (Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)*, Coordinado por Gómez Colomer/González-Cussac, Castelló de la Plana, 1997.

TERRADILLOS BASOCO, Juan, "Sistema penal y criminalidad internacional", en Nieto Martín (Coord.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*. In *Memoriam*, vol. I, Cuenca, 2001.

____ "La Constitución penal. Los derechos de la libertad", Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla La Mancha, 2003. Disponible en: http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/terradillos-constitucionpenal.pdf.

TORRES AGUIRRE, Armando, "La internacionalización del lavado de activos, Su regulación jurídico-penal en Cuba", En: *Globalización, Delincuencia organizada, Expansionismo penal y Derecho penal económico en el siglo XXI*, Serie Ciencias Penales y Criminológicas, Nº. 5, junio de 2015, pp. 399-431. Disponible en: <http://vlex.com/vid/internacionalizacion-lavado-activos-regulacion-577044406>.

ULTRICH, Beck, *La sociedad de riesgo global*, Traducción de Jesús Albores Rey, Madrid, Editorial Siglo XXI de España, edición de 2002. Editores S. A. Disponible en: <http://www.um.es/tic/LIBROS%20FCI-II/Beck%20Ulrich%20-%20La%20Sociedad%20Del%20Riesgo%20Global.pdf>.

____ *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Editorial Paidós, 1986. Disponible en: <http://davidhuerta.typepad.com/files/beck-ulrich-la-sociedad-del-riesgo-hacia-una-nueva-modernidad.pdf>.

VELÁSQUEZ V, Fernando, *Globalización y Derecho Penal*, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá. Disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_34.pdf.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *La cuestión criminal*, Editorial Planeta, Buenos Aires, 2012.

____ “Globalización y Crimen Organizado”, Conferencia de clausura de la primera Conferencia Mundial de Derecho Penal, organizada por la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP) en Guadalajara, Jalisco, México, pronunciada el 22 de noviembre de 2007. Disponible en: http://www.alfonsozambiano.com/doctrina_penal/globalizacion_crimen_organizado.pdf.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *En busca de las penas perdidas, Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, 2da impresión Buenos Aires, 1998.

____ ALAGIA, Eugenio y SLOKAR, Alejandro, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2006.

Publicaciones periódicas

ÁLVAREZ TERÁN, Roberto, “Principio de oportunidad en delitos de corrupción pública en Bolivia. Fundamentos teóricos para su aplicación y políticos para su prohibición”, *Boletín de la Escuela de Posgrado Estado de Derecho y Buen Gobierno, Universidad de Salamanca, Año 2011, Núm. 1, Vol. I*. Disponible en: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/E2C0E4307DE92801052578C3006FE350/\\$FILE/14_Alvarez_BoliviaCorrupcion.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/E2C0E4307DE92801052578C3006FE350/$FILE/14_Alvarez_BoliviaCorrupcion.pdf).

BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española”, *Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXIII*, 2013.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: Reflexiones en torno a su “dogmática” y al Sistema de la reforma de 2010”, *Cuadernos de Política Criminal, N°. 101*, 2010.

CESANO, José Daniel, “Problemas de responsabilidad penal de la empresa”. En el sitio de internet: DERECHO PENAL del profesor José Hurtado Pozo, Disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_58.pdf.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2005, N°. 07-01. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>.

_____ “La Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española”, En: *Revista para el análisis del Derecho, InDret*, 2012. Disponible en: [file:///C:/Users/USAC/Downloads/260787-351638-1-SM%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/USAC/Downloads/260787-351638-1-SM%20(1).pdf).

GALEANO, Eduardo, “El sacrificio de la justicia en los altares del orden”, Conferencia pronunciada en el Auditorio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, el día 21 de junio de 1996), *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, Diciembre de 1997, Año 12, N°. 14. Disponible en: <http://www.cienciaspenales.org/index.php?page=revistas>.

GOITE PIERRE, Mayda, “La Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Revista Cubana de Derecho*. N°. 14, III época, La Habana, 1999. Disponible en: <http://vlex.com/vid/responsabilidad-personas-juridicas-47205945>.

_____ y Arnel, MEDINA CUENCA, “Migraciones, globalización y tráfico y trata de seres humanos, analizados desde una perspectiva cubana”, *Revista Mundi Migratorios*, Vol. II, N°. 2., 2014, p. 66. Disponible en: <http://www.anuariocemi.uh.cu/index.php/AC/article/view/37>.

GÜNTER, Heine, “La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales”, Disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1996_04.pdf.

HERNÁNDEZ BASULTO, Héctor, “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”, en *Política Criminal*, Vol. 5, N°. 9, julio de 2010. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A5.pdf.

JAVIER RUA, Ramiro, “El Derecho penal del enemigo en la legislación relativa a los maras en EEUU y El Salvador”, *Revista Crítica Penal y Poder*, N°. 3. 2012, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos Universidad de Barcelona.

MEDINA CUENCA, Arnel, “El expansionismo del Derecho penal y su expresión en el incremento de las penas en el Siglo XXI”, *Revista Cubana de Derecho* N°. 38. Julio - diciembre, IV Época, Editorial UNIJURIS, La

Habana, 2011. Disponible en: <http://vlex.com/vid/expansionismo-penal-incremento-penas-345011750>.

MEJÍAS RODRÍGUEZ, Carlos Alberto, "Retos y desafíos del derecho penal y la criminología en América Latina", *Revista IUS*, vol.8, n°.34, Puebla jul. /dic. 2014. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1870-21472014000200002&script=sci_arttext.

MENDOZA ESCAMILLA, Viridiana, "Las 50 ciudades más violentas del mundo en 2014", *Revista Forbes, México*, 25 de enero de 2015. Disponible en: <http://www.forbes.com.mx/las-50-ciudades-mas-violentas-del-mundo>.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo, "La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas" en *ANALES DE DERECHO* Número 29, 2011. Disponible en: <http://revistas.um.es/analesderecho/article/viewFile/153501/135381>.

____ "La función de la pena en el Estado Social y Democrático de Derecho", *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia. Universidad de Almería, España*, 2014. Disponible en: http://www.ual.es/revistas/RevistaInternacionaldeDoctrinayJurisprudencia/pdfs/2013-12/articulos_discurso-investigadura.pdf.

____ "Reflexiones sobre el Derecho penal del futuro", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N°. 4. 22 de abril de 2002. Disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-06.html

LARA Amat y LEÓN, Joan, "El conflicto social en la globalización neoliberal y el neoconservadurismo: entre las nuevas guerras y el populismo punitivo", *Revista Crítica Penal y Poder*, Barcelona, núm. 4, 2013, P. 132. Disponible en: <http://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/download/5462/7549>.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, "El moderno Derecho penal para una sociedad de riesgos" en *Revista del Poder Judicial No 48 cuarto trimestre*. Madrid. 1997.

PARMA, Carlos, El "enemigo" del Derecho Penal del Enemigo, en: *Ámbito Jurídico.com.br*. Disponible en: <http://www.ambito-juridico>.

com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1097.

PISARELLO, Gerardo, Globalización, Constitucionalismo y Derecho, en: Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez (Compiladores), Estado Constitucional y Globalización, Porrúa, México, 2001.

RIVERO EVÍA, Jorge, "El Derecho Penal del enemigo: ¿Derecho Penal de la globalización?". Disponible en: <http://www.derecho.uady.mx/tohil/rev25/derechopenal.pdf>.

ROBLES PLANA, Ricardo, "¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la Ley austríaca de responsabilidad por hechos delictivos en Revista para el análisis del Derecho", *InDret*, abril del 2006, p. 39. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/344.pdf>.

ROJAS ARAVENA, Francisco, "Violencia en América Latina. Debilidad estatal, inequidad y crimen organizado inhiben el desarrollo humano", *Revista Pensamiento Iberoamericano* N°. 2. Disponible en: <http://www.pensamientoiberoamericano.org/xnumeros/2/pdf/pensamientoIberoamericano-51.pdf>.

ROXIN, Claus, "¿Tiene futuro el Derecho Penal?", *Revista del Poder Judicial*, 3ra época, N°. 49, Editor: Consejo General del Poder Judicial, 1998.

JAVIER RUA, Ramiro, "El Derecho penal del enemigo en la legislación relativa a los maras en EEUU y El Salvador", *Revista Crítica Penal y Poder*, N°. 3. 2012. Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos Universidad de Barcelona, p. 61. Disponible en: <http://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/3480/6726>.

SANZ MULAS, Nieves, "De las libertades del Marqués de Beccaria al todo vale de Günther Jakobs, El fantasma del enemigo en la legislación penal española", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. N°.14, 2012 p. 10. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc14-10.pdf>.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "¿Es posible una contribución penal eficaz a la prevención de los crímenes contra la humanidad?", *Revista*

de la Asociación Americana de Juristas, Septiembre de 2010, Editada en Buenos Aires Argentina.

ZUGALDÍA, ESPINAR, José Miguel, “Conveniencia político criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*”, En: *Cuadernos de política criminal*, No 11, 1980.

____ “Bases para una teoría de la imputación de la persona jurídica”, en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 81, 2003.

Documentos de Organismos Nacionales e Internacionales

Bancos Centrales y Contraloría General de República de Panamá, “Informe Crimen y Violencia en Centroamérica”, Banco Mundial 2011. Disponible en: http://csis.org/files/attachments/120618_Granera_Presentation_1.pdf.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “Documentos Oficiales del Consejo Económico y social, 2013, Suplemento N°. 10A (E/2013/30/Add.1). Disponible en: https://www.unodc.org/documents/organized-crime/UNODC_CCPCJ_EG.1_2014/Draft_Resolution_II_S.pdf.

INSTITUTO NACIONAL DEMOCRÁTICO, Programa regional de Seguridad Pública en América Central, *Seguridad ciudadana en Centroamérica, Situación política actual*. Disponible en: <https://www.ndi.org/seguridad-ciudadana-en-centroamerica>.

MINISTERIO DE GOBERNACIÓN DE NICARAGUA, Seguridad Ciudadana en Centroamérica”, Washington DC, junio de 2012, Fuente: Comisión de Jefes de Policía de México, Centroamérica, El Caribe y Colombia. Disponible en: http://csis.org/files/attachments/120618_Granera_Presentation_1.pdf.

CUBA DEBATE, “Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución cubana”, aprobados en el VI Congreso del Partido, entre el 16 y el 19 de abril del año 2011, Disponible en: http://www.cubadebate.cu/wp-content/uploads/2011/05/tabloide_debate_lineamientos.pdf.

OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, "437.000 personas asesinadas en todo el mundo en 2012, según un nuevo estudio de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC)". Disponible en: https://www.unodc.org/documents/gsh/pdfs/GSH_Press_release_-_SP.pdf.

____ "Estudio mundial sobre el homicidio 2013", Resumen Ejecutivo, p.7. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/gsh/pdfs/GLOBAL_HOMICIDE_Report_ExSum_spanish.pdf.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, United Nations, "Global Study on Homicide 2013", March 2014, pp. 125-127. Available in: http://www.unodc.org/documents/gsh/pdfs/2014_GLOBAL_HOMICIDE_BOOK_web.pdf.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS), La dimensión económica e interpersonal de la violencia. Departamento de prevención del delito y la violencia, Génova, 2004, p.18. Disponible en: <http://www.ophi.org.uk/wp-content/uploads/seguridad.pdf?79d835>.

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD), *Informe Sobre Desarrollo Humano 2013. El ascenso del Sur: Progreso humano en un mundo diverso*, UN Plaza, Nueva York, NY 10017, Estados Unidos, 2013. Disponible en: <http://www.undp.org/content/dam/undp/library/corporate/HDR/2013GlobalHDR/Spanish/HDR2013%20Report%20Spanish.pdf>.

____ Informe Regional de Desarrollo Humano 2013-2014. Seguridad Ciudadana con rostro humano: diagnóstico y propuestas para América Latina. UN Plaza, Nueva York, NY 10017, Estados Unidos. Disponible en: <http://www.latinamerica.undp.org/content/dam/rblac/img/IDH/IDH-AL%20Informe%20completo.pdf>.

____ Informe sobre Desarrollo Humano 2014. Sostener el Progreso Humano: reducir vulnerabilidades y construir resiliencia. Disponible en: <http://www.undp.org/content/dam/undp/library/corporate/HDR/2014HDR/HDR-2014-Summary-Spanish.pdf>.

Recomendaciones contra el Lavado de Dinero y el Financiamiento del terrorismo del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI-

GAFISU). Disponible en: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Spanish.pdf>.

Recomendación N°. R (88) 18, del Consejo de Europa, del Comité de Ministros de los Estados miembros relativa a la responsabilidad de las empresas con personalidad jurídica por las infracciones cometidas en el ejercicio de sus actividades, de 20 de octubre de 1988.

____Seguridad Ciudadana con rostro humano: diagnóstico y propuestas para América Latina, 2013-2014, Disponible en: <http://www.latinamerica.undp.org/content/dam/rblac/img/IDH/IDH-AL%20Informe%20completo.pdf>.

____Informe Regional de Desarrollo Humano 2013-2014. Seguridad Ciudadana con rostro humano: diagnóstico y propuestas para América Latina. UN Plaza, Nueva York, NY 10017, Estados Unidos, p. 3. Disponible en: <http://www.latinamerica.undp.org/content/dam/rblac/img/IDH/IDH-AL%20Informe%20completo.pdf>.

____ Informe sobre Desarrollo Humano 2014. Sostener el Progreso Humano: reducir vulnerabilidades y construir resiliencia. Disponible en: <http://www.undp.org/content/dam/undp/library/corporate/HDR/2014HDR/HDR-2014-Summary-Spanish.pdf>.

____ Panorama general. Informe sobre Desarrollo Humano 2015. Trabajo al servicio del desarrollo humano. Disponible en: http://hdr.undp.org/sites/default/files/2015_human_development_report_overview_-_es.pdf.

SEGURIDAD, JUSTICIA Y PAZ, Consejo Ciudadano para la Seguridad Pública y la Justicia Penal, A. C. “Listado de las 50 ciudades más violentas del mundo en 2014”. Disponible en: http://www.seguridadjusticiaypaz.org.mx/lib/Prensa/2015_01_20_seguridad_justicia_y_paz-50_ciudades_violentas_2014.pdf.

Fuentes Legales Internacionales y Regionales

DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL, Organización de los Estados Americanos, Washington DC, “Convención Interamericana contra la Corrupción” de la OEA, de 1996. Disponible

en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sijprojweb2/sidie/images/Contenido/TICIContraCorrupcion.pdf>.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (IIDH), “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)”, En: *Instrumentos Generales de Derechos Humanos*, junio de 2005, San José de Costa Rica, p. 32. Disponible en: http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/PaginaExterna.aspx?url=/BibliotecaWeb/Varios/Documentos.Interno/BD_1345057820/Instrumentos%20Internacionales%20Proteccion%20DDHH.pdf

MEDINA CUENCA, Arnel, *Instrumentos Jurídicos adoptados por la Comunidad internacional, relacionados con los principios limitativos del ius puniendi*, la delincuencia organizada, el tráfico y la trata de personas, Editorial Lex, 2014, Barcelona. Disponible en: <http://vlex.com/source/instrumentos-juridicos-adoptados-por-la-comunidad-internacional-12180>.

MENDOZA ESCAMILLA, Viridiana, “Las 50 ciudades más violentas del mundo en 2014”, *Revista Forbes*, 25 de enero de 2015. Disponible en: <http://www.forbes.com.mx/las-50-ciudades-mas-violentas-del-mundo>.

NACIONES UNIDAS, Oficina contra la Droga y el Delito, Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, de 20 de diciembre de 1988, Nueva York. Disponible en: https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf.

____ “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”, de fecha 31 de octubre de 2003, suscripta en Mérida, México, el 10 de diciembre del mismo año, Naciones Unidas, Nueva York, 2004. Disponible en: http://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf.

____ “Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos”, Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el mes de noviembre del 2000. Disponible en: <http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES PARA LOS DERECHOS HUMANOS para los Derechos Humanos, “Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio)”, Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990. Disponible en: http://www2.ohchr.org/spanish/law/reglas_tokio.htm.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA), Convención Interamericana contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y Otros Materiales Relacionados (CIFTA), 13 de noviembre de 1997. Esta convención ha sido ratificada por la gran mayoría de los países de las Américas, con excepción de República Dominicana, Estados Unidos y Canadá. En el caso caribeño, Surinam, San Vicente y las Granadinas, Jamaica, Guyana y Dominica tampoco la han ratificado. Disponible en: http://www.oas.org/36AG/espanol/doc_referencia/Convencion_CIFTA.pdf consultada el 5/5/2015.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICO, (OCDE), “Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las transacciones Comerciales Internacionales”, suscripta en París en 1997. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_arg_ley25319.doc.

Fuentes Nacionales

Cuba

ASAMBLEA NACIONAL DEL PODER POPULAR, Constitución de la República de Cuba, Gaceta Oficial Extraordinaria N°3, de 31 de enero de 2003. Disponible en: http://www.parlamentocubano.cu/index.php?option=com_content&view=article&id=1418&Itemid=84.

_____. Ley de la Inversión Extranjera, N°. 118, de 29 de marzo de 2014, Gaceta Oficial Extraordinaria N°. 20, de 16 de abril de 2014. Disponible en: http://www.cubadebate.cu/wp-content/uploads/2014/04/GO_X_20_2014_gaceta-ley-de-inversion-extranjera.pdf.

CONSEJO DE ESTADO DE LA REPÚBLICA DE CUBA, Decreto-Ley N°. 175 de 1997, Publicado en la Gaceta Oficial extraordinaria

Nº. 6 de 26 de junio de 1997. Disponible en: <http://ufdc.ufl.edu/UF00015178/00074>.

_____. Decreto-Ley Nº. 310. Gaceta Oficial de la República de Cuba. Nº.18. Extraordinaria de 25 de junio de 2013. Disponible en: http://www.gacetaoficial.cu/pdf/GO_X_018_2013.rar.

_____. Decreto-Ley Nº. 316, de 7 de diciembre de 2013, Modificativo del Código Penal y de la Ley contra Actos de Terrorismo, Gaceta Oficial Extraordinaria Nº.44 de 19 de diciembre de 2013. Disponible en: http://www.gacetaoficial.cu/pdf/GO_X_044_2013.rar.

MINISTERIO DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE CUBA, Código Penal cubano, Ley No 62 de 1987, Actualizado, Colección Jurídica, La Habana, 1999.

MEDINACUENCA, Arnel, “Comentarios al Código Penal. Concordado y actualizado. Ley Nº. 62 de 1987”, En: *Comentarios a las leyes penales cubanas*, Editorial vLex.com, Barcelona, 2014, p. 3-199. Disponible en: <http://vlex.com/vid/540344378>.

RIVERO GARCÍA, Danilo y María Caridad, BERTOT YERO, *Código Penal de la República de Cuba. Ley Nº. 62/87 (Anotado con las Disposiciones del CGTSP)*, Ediciones ONBC, La Habana, 2013.

Chile

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, Ley Nº 20.393, de 2 de diciembre de 2009, que establece “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho”. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_chl_ley20393.pdf.

Ecuador

ASAMBLEA NACIONAL REPÚBLICA DEL ECUADOR, Código Orgánico Integral Penal, Suplemento Registro Oficial Nº. 180, 10 de febrero de 2014. Disponible en: http://escuela.funcionjudicial.gob.ec/evaluacionjudicial/coip/documentos/Codigo_Organico_Integral_Penal.pdf.

Guatemala

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, Constitución Política de la República de Guatemala, Reformada por Acuerdo legislativo N°. 18-93 del 17 de noviembre de 1993. Disponible en: <http://www.ine.gob.gt/archivos/informacionpublica/ConstitucionPolitica dela Republica de Guatemala.pdf>.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, Código Penal de Guatemala, Decreto N°. 17-73, de cinco de julio de 1973. Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Guatemala.pdf.

___ Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar Decreto N°. 97 - 96. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0145>.

___ DECRETO NÚMERO 67-2001, “Ley contra el lavado de dinero u otros activos”. Disponible en: https://www.oas.org/juridico/mla/sp/gtm/sp_gtm-mla-leg-lavado_dinero.pdf.

LA PENITENCIARÍA EN AMÉRICA LATINA: ANHELO ESTANCADO (O EL RECORRIDO POR UNA RUINA CIRCULAR)

Michael Reed Hurtado

Yale University, MacMillan Center, Faculty Fellow/Senior Lecturer (2014-2015);
Yale Law School, Research Scholar (2015-2016).

Creo que pocos hombres son capaces de estimar la inmensa cantidad de tortura y dolor que este espantoso castigo, prolongado por años, produce a los que lo padecen... Yo sostengo que esta lenta y diaria intervención sobre los misterios de la mente, debe ser inmensurablemente peor que cualquier tortura sobre el cuerpo. (...) Aquellos que han padecido este castigo deben regresar a la sociedad nuevamente, moralmente insanos y enfermos.

Charles Dickens sobre la penitenciaría en EE.UU., 1850¹

El examen del pasado y el presente de la prisión en América Latina puede experimentarse como un recorrido interminable por una ruina circular. Cada giro trae una nueva promesa que siempre se derruye. Con cada rotación, se erige una nueva institución o una construcción que prometen ser las precisas para superar la ruina, pero, en la medida en que avanza la traslación, el tiempo termina por carcomer cualquier promesa; la decrepitud, eventualmente, se vuelve a apoderar del panorama. Es un recorrido de no futuro que se repite de manera rotativa, con más o menos porno-miseria, con más o menos quimera, pero siempre termina con la caída. La prisión en América Latina es una ruina circular, por ahora sin salida.

1 Charles Dickens, *American Notes*, Londres, Mac Donald and Sons, 1850, p. 129 y 142. Traducción del autor.

Este breve ensayo recupera la esencia de la historia de la penitenciaría en América Latina, como reflejo actual de la institución de la prisión en la región. Utiliza la imagen del pasado como un macabro recordatorio de que llevamos casi dos siglos experimentando lo mismo y viviendo de un cambio prometido que nunca llega. Al igual que en el resto del mundo, la penitenciaría se instituyó en América Latina como una medida humanitaria, salvadora y civilizadora. Se gestó en contraposición a castigos inhumanos – sin olvidar que, para esos tiempos, muchos de los habitantes no eran considerados humanos o, al menos, no tan humanos como los especímenes masculinos blancos. Criticar la penitenciaría era criticar la modernidad y la civilización. La penitenciaría nació revestida de humanidad, pero ingeniada para castigar y controlar. Esta paradoja la dota, aún hoy, de una esencia refractaria a la crítica externa; y la satura de la ambivalencia que facilita su desenvolvimiento cíclico ruinoso.

El ensayo está organizado en tres partes. La primera brinda una sinopsis de la introducción de la penitenciaría en América Latina, con el fin de resaltar tres rasgos de su comienzo que siguen marcando la evolución de la institución, al margen de los drásticos cambios que tanto las sociedades como las técnicas del castigo han experimentado. La segunda parte presenta dos dilemas actuales del uso de la prisión resocializadora que pueden ser rastreados a la fase inaugural de la peculiar institución de la penitenciaría. Finalmente, a manera de conclusión, en la tercera parte se presentan algunas consideraciones que buscan trazar una salida de la ruina circular.

1. CIEN AÑOS DE DELIRIO PENITENCIARIO (1830 A 1930)

Como emulación tardía del proceso de civilización europeo y norteamericano, la penitenciaría hizo su aparición en el mundo latinoamericano en la segunda mitad del siglo XIX. El rechazo a la pena de muerte y a castigos físicos (considerados bárbaros) generó el espacio cultural para que esta irrumpiera en las jóvenes repúblicas americanas. En la mayoría de las naciones, la penitenciaría fue más discurso que realidad: cumplió una función simbólica que permitía acoger las formas civilizadas y demostrar poder sobre las poblaciones. Para los gobernantes que buscaban recuperarse de la inestabilidad y la violencia de las guerras, la penitenciaría ofrecía un medio idóneo de expresión y promesa de poder (supuestamente) pulcro. Con

claras diferencias de grado en las distintas realidades nacionales, el estado nación no se había consolidado y la penitenciaría (o su promesa) brindaba una manera de demostrar la fuerza de un gobierno central. Dados los cambios económicos (y su impacto sobre naciones preindustriales), particularmente evidentes en los cambios en las relaciones de producción como en el incremento de migraciones y crecimiento urbano, la penitenciaría brindó el discurso, primero, y el artefacto, después, para controlar el creciente desorden urbano y social (marcado en cada país por rasgos particulares). La prometedora institución no solo venía de la mano de la civilización y la modernidad, era expresión directa de esa modernidad. La penitenciaría (real o imaginada) fue expresión esencial del modernismo hispanoamericano. Veamos como tres rasgos que marcaron el origen de esa institución siguen determinando la dinámica carcelaria en Latinoamérica.

1.1 Privatización del castigo: lejos de la civilización, el camino (oculto) a la barbarie

Uno de los procesos sociales más significativos en el establecimiento de la penitenciaría fue la privatización de los sucesos perturbadores, como expresión social de un corte con la barbarie. La pugna entre civilización y barbarie ambientó el auge de la penitenciaría. Esta institución de secuestro institucional apuntaba a que el castigo se alejara de la vista pública. Además de prometer intervenciones humanas atemperadas, la penitenciaría se presentaba como una alternativa para evitar el goce con el espectáculo obscuro y por lo tanto era muestra por se de cultura y civilización².

Como parte del proceso de modernización, junto con otros sucesos perturbadores, se consideró que el castigo no debía hacer parte del espectáculo. Ciertos aspectos de la vida fueron desvanecidos de la escena pública para ocultarse tras bambalinas. “La violencia no desaparece de la sociedad; por el contrario, se acumula detrás del escenario - en cuarteles, arsenales y cárceles del Estado - lista para ser

2 Uno de los mejores reflejos de esta transformación en el comportamiento social, en relación con el castigo, lo representa Franz Kafka en su cuento “En la colonia penitenciaria” de 1929. En la obra, ante los ojos de un visitante extranjero, se evidencian los conflictos sociales y la pérdida de interés popular por la operación de la máquina que literalmente imprimía la sentencia sobre el cuerpo del acusado.

usada en caso de emergencia y ejerciendo una amenaza omnipresente para los posibles infractores de las normas y las prohibiciones”³.

Detrás de la idea de la prisión reformadora, se escondieron (y se siguen ocultando) otras formas de represión y control, censurables, pero dotadas de feroz efectividad para defender los intereses de los gobernantes y, por lo tanto, preservadas. Así, en medio de pomposos discursos que evocaban la modernidad, un amplio sector de la élite que defendía castigos modernos y civilizados mantenía el secreto interés de no abandonar los castigos (bárbaros) contra de los menos humanos⁴. Como recuerdan, Salvatore y Aguirre, “el restablecimiento de un sistema basado en el derecho después de las revueltas de independencia exigía la consolidación de las viejas formas de castigo, no tanto su crítica”⁵. La introducción de la penitenciaría camuflaba esas otras formas bárbaras de castigo y, a su vez, entregaba legitimidad a los gobernantes. Esta incongruencia fue particularmente evidente en Brasil y Argentina, en relación con las personas negras e inmigrantes, respectivamente. Las formas paralelas de castigo, algunas subrepticias, siguen vigentes (aunque con cambios) en todos los países de América Latina: de la mano de la prisión resocializadora coexisten formas de castigo espeluznantes como la tortura y la ejecución de seres humanos considerados “desechables”.

Esas formas brutas y bárbaras de castigo que eran reprobadas públicamente sirvieron de sustento y justificación para la institución de la prisión reformadora. Rechazando la barbarie evidente, la prisión reformadora se constituyó en promesa de civilización y evidencia de modernidad. La penitenciaría era demostración de que el castigo se podía ejercer según los principios de autoridad y racionalidad, ambos elementos básicos de la modernidad.

El desvanecimiento y el ocultamiento del castigo siguen siendo características fundamentales de la prisión contemporánea. El proceso

3 David Garland, *Punishment and Modern Society: A Study in Social Theory* (Chicago: University of Chicago Press 1990) p. 223 (con base en el trabajo de Norbert Elias). Traducción del autor.

4 Ricardo D. Salvatore y Carlos Aguirre, “The Birth of the Penitentiary in Latin America: Toward an Interpretive Social History of Prisons” en Ricardo D. Salvatore y Carlos Aguirre (eds.), *The Birth of the Penitentiary in Latin America: Essays on Criminology, Prison Reform, and Social Control, 1830-1940* (Austin, Texas: University of Texas Press 1996) 1-43, p. 19.

5 Id.

de privatización del sufrimiento humano sostiene los mitos (y las mentiras) de la prisión resocializadora de la actualidad. La sociedad se lava las manos mediante el encierro de los delincuentes, mediante la “sublimación” de lo que pasa detrás de los muros. En palabras de David Garland:

La agresión y la hostilidad implícitas en el castigo se ocultan y niegan con las rutinas administrativas de profesionales desapasionados quienes dicen “administrar instituciones” en vez de encargarse de impartir dolor y sufrimiento. De manera similar, el lenguaje del castigo se ha despojado de su significado manifiesto de brutalidad para reformularse en términos eufemísticos: las prisiones se han convertido en “instituciones de rehabilitación”, los guardias en “custodios” y los presos en “internos”, todo lo cual tiende a sublimar una actividad más bien desagradable y a hacerla más tolerable para las sensibilidades públicas y profesionales.⁶

Así, lo que acontece en la prisión moderna se encuentra alejado del escrutinio público. Las sociedades reconocen la existencia de las prisiones pero se apartan o desconocen (conscientemente) el acto del castigo. Garland se refiere a un “olvido motivado”, el cual permite que las rutinas y las prácticas ejercitadas “entre muros” sean desconocidas⁷. Este proceso de privatización del castigo tiene rasgos neológicos que conducen a que la prisión sea cada vez más “refractaria (...) a cualquier tipo de injerencia externa a ella misma”⁸.

La sociedad actual experimenta la prisión y el sufrimiento que enclaustra con gran ambivalencia: entre el miedo y la fascinación⁹. Se reconoce la prisión como un lugar de sufrimiento, pero se corta cualquier proceso de simpatía o empatía con quienes lo padecen. “La mueca del dolor o el grito de agonía anuncian el acto de violencia y lo hacen visible, mientras que la angustia mental y el deterioro paulatino de un preso son mucho más difíciles de observar y más fáciles de

6 Garland (1990), *supra* nota 3, p. 235.

7 Id., p. 240.

8 Borja Mappelli Cafferena, “Ejecución y proceso penal” en AA.VV., *Jornadas sobre sistema penitenciario y derechos humanos* (Buenos Aires: Editores del Puerto 1997), p. 61.

9 Garland (1990), *supra* nota 3, p. 238.

olvidar”¹⁰. Esta ambivalencia emocional hace parte de la relación social actual con la cárcel. Día tras día el hacinamiento carcome el cuerpo y el espíritu de miles de hombres y mujeres presos. Día tras día el Estado mantiene en edificios decrepitos a miles de humanos como vacas rumbo al matadero. El espacio ardiente de sitios que cáusticamente se llaman Bellavista y Villahermosa¹¹ destruye minuto a minuto la humanidad de jóvenes que se vuelven viejos en el encierro. Segundo tras segundo, la vida de un preso transcurre bajo peligro de enfermedad o de muerte. Pero esos son problemas de los encerrados... Los presos están detrás de los muros: contenidos y aislados. Sus gritos de desespero no se oyen. Algunos pensarán: que griten, se lo merecen. Todo transcurre detrás de los muros; la sociedad se encuentra refugiada.

Así, la vida en prisión acontece bajo un manto de opacidad y hermetismo que se tendió hace años, eliminada de una sociedad que, cómodamente, no se inmiscuye en el suministro del castigo.

1.2 La promesa de la prisión moderna, bien organizada y humanizada

La promesa de la prisión moderna, bien organizada y humanizada es vieja y está anquilosada. Desde 1879, el ministro de gobierno en Uruguay ordenó que todos los presos fueran tratados “con toda la consideración e igualdad que se merecían,” puesto que la prisión no era un lugar para “mortificar al delincuente”¹². La combinación de castigo con regeneración moral necesitaba un lugar bien organizado, limpio, estructurado, disciplinado y reglado: la penitenciaría. Ese mismo lema, sigue siendo utilizado hoy por el mundo humanitario y de derechos humanos en todos los países latinoamericanos para defender el trato mínimo en la prisión y vender la idea de que es posible una prisión humana y bien organizada. La promesa es falsa hoy, como lo fue en el siglo XIX.

La penitenciaría se extendió en América Latina como parte de un proceso de mímica y transposición de lo acontecido en EE.UU. y Europa. A partir de los modelos de Filadelfia, Auburn y el reformatorio

10 Id., p. 243.

11 Bellavista es una cárcel en Medellín, Colombia, y Villahermosa es una cárcel de hombres en Cali, Colombia. Ambos penales se encuentran hacinados, dominados por formas de ultraviolencia, y en estado de ruina.

12 Salvatore y Aguirre *en* Salvatore y Aguirre (eds.) *supra* nota 4, p. 12.

de Elmira (Conferencia de Cincinnati de 1870), la imagen de la cárcel bien organizada y la fabricación de un lugar de purificación echó a andar por las nacientes repúblicas de América Latina¹³. Precediendo el auge de la criminología positivista europea, este dispositivo de castigo bien organizado e inspirado en fervientes valores religiosos extendió sus garras e instauró el ideal de orden y disciplina que hasta hoy sigue tiñendo la institución de la prisión.

La penitenciaría se tornó una muestra simbólica de buen gobierno y de progreso nacional. Este sentimiento se refleja claramente en la retórica que rodeó la inauguración de la institución en todo el continente. A manera de ejemplo, considérese el discurso del establecimiento de la penitenciaría en México en 1900:

Se organiza un grupo humano, una sociedad, por rudimentaria que sea su estructura, y surge de su seno el delito, cuyos orígenes, si volvemos la vista hacia el pasado, parecen confundirse con los del hombre mismo, como si el hombre y el delito fueran dos seres unidos por la naturaleza con férrea é indestructible cadena.

(...)

Al lado de la función propiamente punitiva del Estado surge su función preventiva, más eficaz y poderosa, aunque menos aparente. (...) A las transformaciones del delito, que en general, de violento pasa á artero, y que cambia de rumbo y de forma a cada variación de las condiciones sociales, tiene que corresponder una modificación de las instituciones preventivas y represivas, para que la defensa sea siempre adecuada y proporcional al ataque. Y las variaciones deben ser tan prontas cuanto profundas al pasar el estado social por períodos de rápida evolución, cuando se rompe el equilibrio social y se cambian los usos y costumbres, como acontece hoy en las sociedades modernas (...).

En tales circunstancias se inaugura esta Penitenciaría. (...)

La parte material y visible de esta obra, y más aun en el espíritu que ha de vivificarla para que sea una institución social y no solamente un edificio, fructifica los esfuerzos de más de medio siglo y muchas generaciones le han dado

13 Id., p. 7.

su contingente, aunque no lo vemos aquí materialmente, porque haya quedado esparcido, sea en otros puntos del espacio, en proyectos, en iniciativas o disposiciones legales que la agitación política impidió realizar. Ella marcará una etapa en la historia de las instituciones represivas de nuestro país (...) ¹⁴.

Y esa etapa histórica de las instituciones represivas se extendió... La simbología se repitió en los distintos países en la medida en que la (prometedora) institución iba siendo acogida en toda la región. A partir del plan de construir casas de corrección en Brasil (1832), el consenso político en México de crear un sistema penitenciario (1848), la puesta en marcha del encierro filadélfico en la Penitenciaría de Santiago (1849), o la inauguración de la Penitenciaría en Buenos Aires (1876), una interminable cadena de políticos (algunos déspotas otros demócratas), y reformistas (religiosos, científicos y una buena dosis de charlatanes) proclamaron tener la fórmula para la prisión moderna, bien organizada ¹⁵. Lo cierto es que de manera reiterada la promesa se elevó y poco después se derrumbó.

Por ejemplo, en Perú, las promesas y el empeño de los reformistas después de promovida e inaugurada en 1862 la Penitenciaría de Lima se derrumbaron con el tiempo. Aguirre lo refleja de la siguiente manera:

La penitenciaría de Lima falló en cumplir sus metas, la reforma penitenciaria no llegó a todo el sistema carcelario, y las condiciones de vida de las prisiones no mejoraron. Asimismo, el propósito de contar con una institución controlada, disciplinada y rigurosamente administrada con el fin de afianzar la disciplina, el cumplimiento de la ley y el orden fue arrasado por la capacidad persistente de los presos de crear sus propias reglas, de manipular las debilidades del sistema, y de estructurar procedimientos

14 Discurso pronunciado en la inauguración de la Penitenciaría del Distrito Federal, el 29 de septiembre de 1900, por el Sr. Lic. Miguel S. Macedo, Director Presidente del Establecimiento. En: Víctor M. Castillo, Manuel Mercado (Jr.) e Ismael Pizarro Suarez, *Revista de Legislación y Jurisprudencia* (México: Imprenta del Gobierno Federal, en el Ex Arzobispado, julio a diciembre 1900) pp. 341-346.

15 Ver, en general, todos los trabajos contenidos en Salvatore y Aguirre (eds.) *supra* nota 4 exponiendo la historia de la penitenciaría en Argentina, Brasil, Chile, Puerto Rico, México y Costa Rica.

informales entre ellos, y con los guardias, empleados y autoridades carcelarias.¹⁶

En los países que adoptaron el modelo tardíamente, como Colombia y Cuba, el ideal ya había perdido credibilidad. No obstante, la institución se adoptó como figura simbólica de la prisión ordenada, mediante un marco normativo. En Colombia, la letra muerta del Código de 1934 implantaba orden, disciplina y medios suficientes para garantizar buenas condiciones de vida en las prisiones¹⁷.

El ideal de una prisión bien ordenada “por el derecho” resultó ser una marca indeleble y perdurable, que sigue inspirando el quehacer de reformistas y carceleros, por igual, en todos los países latinoamericanos. Empero, antes como hoy, la prisión es, por esencia, un espacio sin derecho y violento. Es un lugar que está más allá de las normas o, mejor dicho, es un lugar a dónde las normas no llegan. La ley existe pero todos saben que no se pueden cumplir. La cárcel siempre ha sido y siempre será más dinámica que norma.

A manera de ejemplo, se puede examinar el caso colombiano. Los diversos códigos penitenciarios (1934, 1964 y 1993, incluyendo la de 2014) han cumplido una función más simbólica que material en la organización de la prisión. Sin embargo, el patrón que preocupa es cómo las administraciones del sistema penitenciario pretenden negar la realidad de la prisión – desorganizada y violenta – y construir una visión imaginaria – organizada y armoniosa – sobre la base de expedición de verdades formales contenidas en expresiones normativas.

El problema radica en que el orden y el control al interior de las prisiones no se establecen en función de la existencia de una norma sino a través de su implementación efectiva (que implica un mínimo nivel de aceptación de la autoridad por parte de los gobernados). La creencia ciega en las normas puede tener distintos orígenes, algunos tendientes a la ingenuidad (o inocencia), otros provenientes de la perversidad. El escenario de mayor preocupación es uno producido por normas y otras figuras discursivas que procuran servir de telón de fondo a una realidad que ni siquiera tocan. En estos casos, el doctrinario (o ideólogo)

16 Carlos Aguirre, “The Lima Penitentiary and the Modernization of Criminal Justice in Nineteenth-Century Peru” en Salvatore y Aguirre (eds.) *supra* nota 4, p. 45.

17 Colombia, Decreto-Ley 1405 de 1934 “sobre régimen carcelario y penitenciario”, Diario Oficial, Año, LXX, N°. 22633, 13 de julio de 1934, arts. 16, 17, 90, 91, 92 y 101.

busca, a través de una “construcción discursiva de hechos sociales”¹⁸ – por ejemplo, la adopción del mejor código penitenciario del mundo¹⁹ –, “producir una falsa conciencia en los actores y en el público”²⁰ – por ejemplo de que las cárceles colombianas están organizadas. En estos casos, las normas y cualquier figura discursiva que se emplee para buscarlo pierden, inclusive, su función simbólica y pasan a ser piezas de un plan de manipulación y de legitimación de “operaciones ocultas y subrepticias”²¹.

La misma emoción acompañó el anuncio de la introducción de una nueva cultura penitenciaria en Colombia a partir de finales de la década de 1990 que traería orden y disciplina a las cárceles del país. La anticipación entre presos, custodios y el público en general con el anuncio de “cárceles de verdad” era gigante.²² La nueva cultura penitenciaria prometía la cárcel “que nos merecemos”, regida con orden y disciplina, y acompañada con certificaciones ISO de calidad – como corresponde en la época del *management Business-style*. Años más tarde, la cárcel insignia de la nueva cultura penitenciaria colombiana es una estructura decrepita, olvidada y escondida, mejor conocida como “La Tramacúa”. En la más reciente declaratoria del estado de cosas inconstitucional en las prisiones colombianas, la Corte Constitucional consideró que el ícono de orden de antaño se había transformado en una reclusión de sufrimiento y dolor en la cual se violan sistemáticamente

18 Alessandro Baratta, “Política criminal: entre la política de seguridad y la política social” en Elias Carranza (ed.) *Delito y seguridad de los habitantes* (México: Siglo XXI Editores, 1997), p. 82.

19 El director general del instituto penitenciario colombiano en 2013 sostuvo esta apreciación de manera reiterada en la prensa colombiana; entre tanto, las cárceles ardían y los presos se podrían. No obstante, la discusión pública giró en torno al marco normativo, no a la realidad carcelaria. Véase Michael Reed Hurtado, “El mejor código del mundo”, *El Colombiano*, 31 de marzo de 2013, disponible en: http://www.elcolombiano.com/el_mejor_codigo_del_mundo-LEEC_235718; y Michael Reed Hurtado, “INPEC: ¿síntoma o causa?”, *El Colombiano*, 2 de noviembre de 2014, disponible en: http://www.elcolombiano.com/inpec_sintoma_o_causa-CFEC_317858.

20 Baratta, *supra* nota 18, p. 82.

21 Id.

22 Camilo Bernal Sarmiento and M. Reed Hurtado, “De La Modelo a Coleman (o de cómo las cárceles en Colombia se volvieron de verdad): Un comentario exploratorio sobre las relaciones entre la sociedad, la política y la prisión en Colombia” en Cielo Mariño Rojas (ed.), *Análisis de las políticas públicas en torno a la prisión* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia 2007), pp. 17-66.

los derechos humanos²³. En realidad: lo fue desde el inicio; con el tiempo, los espejismos desaparecieron y la ruina fue evidente.

Con el paralelo no insinúo que la institución de la prisión no varía a través del tiempo y los espacios. Las sociedades en las cuales se desata la institución del castigo han cambiado muchísimo, como lo ha hecho la manifestación de la prisión en las diversas realidades nacionales. No obstante, el discurso que rodea la cárcel y la experiencia de la prisión responden a ciclos que evidencian similitud con el pasado: sean brotes humanitarios o de nuevas creencias en la promesa reformadora, o brotes de endurecimiento y de reclamos de justos merecidos para los delincuentes. Al igual que en la fase introducción en América Latina – desde los primeros brotes en Brasil en 1834 y en Chile en 1843 hasta su asimilación tardía en Colombia en 1934 o Cuba 1939 – la evolución actual de la institución continúa demostrando el patrón de desarrollo a partir de “pequeños brotes entusiasmo y activismo, usualmente seguidos de periodos de pesimismo e indiferencia”²⁴.

Es detectable actualmente en América Latina, cierto brote de entusiasmo con la institución de la prisión, eficiente, bien administrada y ordenada. Aparecen nuevos modelos, formas administrativas y tecnologías que dicen poseer la fórmula para “la prisión que necesitamos”. La historia advierte que esa promesa ya se presentó y predica su próximo fracaso. Los nuevos reformadores – y ciertos hombres de negocios – prometen que esta vez sí se tiene la respuesta. A casi dos siglos del inicio de la prisión en América Latina y después de varios ciclos con rasgos similares, el recorrido futuro más probable será una nueva iteración de la ruina circular.

1.3 El ideal reformador o rehabilitador

Hacia el público de las repúblicas nacientes en América Latina, el ideal de regeneración moral fue muy parecido al expresado en el Norte. Como describe David Rothman: “La prisión no era ni más ni menos que ‘un gran teatro para la prueba de nuevos planes de higiene y educación’”²⁵. Fue tal su promesa, que la nueva institución era incluso

23 Corte Constitucional de Colombia, T-388 de 2013, declarando el estado de cosas inconstitucional.

24 Salvatore y Aguirre *en* Salvatore y Aguirre (eds.) *supra* nota 4, p. 9.

25 David J. Rothman, “Perfecting the Prison: United States, 1789-1865” *en* Norval Morris y David J. Rothman (eds.), *The Oxford History of the Prison: The Practice of Punishment in*

modelo para la familia y el colegio. “O como un sacerdote penitenciario enunció: ‘si nos pusieran a todos en el régimen penitenciario, durante dos o tres generaciones, el mundo, en últimas estaría mejor’”²⁶. La penitenciaría hizo su aparición como remedio para “el problema social”; la prisión actual sigue vendiendo la desgastada receta.

En América Latina, “(l)a prisión se convirtió en un programa de higiene social diseñado para controlar la clase urbana trabajadora y los jornaleros pobres. Este fue un programa que incluía hogares para madres en situación de pobreza extrema, capacitación ‘científica’ para policías, y un ejército de maestros y trabajadores sociales que inspeccionaban las condiciones sanitarias. (...) El estado era concebido como una madre guardiana amorosa que velaba por la salud física y moral de su gente”²⁷. La penitenciaría se extendió en el marco de una concepción orgánica de la sociedad y repleta de analogías médicas: los problemas eran asimilados como parásitos – enfermedad, malnutrición, pobreza, niños abandonados y criminales – que infestaban el cuerpo social y requerían una intervención integral de la policía, la prisión y la salud²⁸. Este enfoque se ve ampliamente reflejado en el discurso de los científicos bajo el Porfiriato en México y en la noción del tratamiento adoptado en Costa Rica entre 1880 y 1930²⁹.

Al final del ciclo en los países pioneros (Chile, Brasil y Argentina), más o menos por 1920, la institución ya había fracasado. Por ejemplo en Argentina, con excepción de la Colonia agrícola de Marco Paz y, hasta ese momento, la Penitenciaría nacional y la penitenciaría de Córdoba, la promesa se desplomó. Afirmaba Carranza en 1915: las cárceles “son lugares de dolor... sitios de fermentaciones insanas. Hacinamiento, promiscuidad, y la falta de higiene, trabajo, disciplina, instrucción y organización (eran) sus características comunes”³⁰.

Los guardias y las autoridades necesariamente se tornaron cínicos con el ideal reformista:

Western Society (Nueva York, Oxford University Press 1995): 100- 116, 106.

26 Id.

27 Salvatore y Aguirre *en* Salvatore y Aguirre (eds.) *supra* nota 4, p. 26.

28 Id.

29 Id., pp. 25-27.

30 Adolfo S. Carranza, “Cárceles argentinas y chilenas”, *Revista Argentina de Ciencias Políticas*, n.º. 57-59 (1915): 10 *citado en* Salvatore y Aguirre *en* Salvatore y Aguirre (eds.) *supra* nota 4, p. 12.

Con la concentración de personas violentas y peligrosas, las autoridades tenían el incentivo, y a su modo de ver la justificación, de incrementar de manera reiterada la disciplina. En la medida en que los políticos comenzaron a comprender la complejidad de la administración de la población carcelaria, se vieron satisfechos en que la operación se volviera esencialmente de custodia.³¹

Así terminó la primera ola de la promesa reformadora. En países como Colombia y Cuba, que adoptaron el modelo reformador a mediados de la década de 1930, el ideal nació muerto. Adoptaron el paradigma, sencillamente, para no quedarse atrás en el salto retórico.

Un nuevo brote de reformismo llegaría en las décadas de 1950 y 1960, con un renovado discurso resocializador, medicalizado y psicologista. Este también fracasaría.

En la actualidad las ideologías “re” (reforma, regeneración, readaptación, resocialización, rehabilitación, reintegración, etc.) siguen calificando el régimen penitenciario latinoamericano. La historia normativa evidencia que, de manera insistente, mediante algún tipo de “tratamiento”, se ha pretende normalizar o regularizar a las personas sometidas al encierro. Aunque “la confianza de los expertos en la posibilidad de usar la cárcel como lugar y medio de resocialización se ha perdido casi del todo”³², las elaboraciones nacionales alrededor de la prisión continúan insistiendo en la fallida concepción.

Del trabajo y la educación se pasó a una amalgama de intervenciones sobre el individuo que, considerado como un desviado, puede ser corregido o tratado. Bajo ninguno de los marcos normativos se ha logrado el propósito planteado. El fin resocializador, en el mejor de los casos, ha servido para limpiar conciencias (con intenciones humanistas)³³.

La insistencia en el propósito resocializador se puede ver nítidamente en la evolución del régimen normativo colombiano. En 1934, el marco normativo nacional acometió la tarea de la “regeneración moral y social de los penados y los detenidos”, en ese entonces, mediante el trabajo (obligatorio)³⁴. El espíritu reformista de la década de 1960 poco afectó

31 Rothman, *supra* nota 25, p. 113.

32 Alessandro Baratta, “Resocialización o control social”, ponencia presentada en el seminario “Criminología crítica y sistema penal”, Lima, septiembre 1990, *mimeo*, p. 1.

33 *Id.*, p. 2.

34 Decreto-Ley 1405 de 1934 “sobre régimen carcelario y penitenciario”, Diario Oficial, Año, LXX, N°. 22633, 13 de julio de 1934, art. 127.

esa concepción. La reforma de 1964 adicionó la educación al trabajo como “la base de la regeneración moral y social de los reclusos”³⁵. La reforma al régimen de 1993 - orientada, supuestamente, por los modelos italiano y español - incorporó, con espíritu correccionalista y “científico”, el concepto de “tratamiento penitenciario” como el medio para “alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal, mediante el examen de su personalidad y a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano y solidario”³⁶. En la última reforma normativa (de 2014) el tratamiento importa aún más complejidad; en la práctica, sigue siendo una quimera. Dice el artículo respectivo: “El tratamiento del sistema progresivo será realizado por medio de grupos inter-disciplinarios, de acuerdo con las necesidades propias del tratamiento penitenciario. Estos serán integrados por abogados, psiquiatras, psicólogos, pedagogos, trabajadores sociales, médicos, terapeutas, antropólogos, sociólogos, criminólogos, penitenciaristas y miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia”³⁷. Multidisciplinario, multifacético, humano, solidario y hasta científico, el tratamiento penitenciario es una farsa.

Las cárceles están hacinadas, son extremadamente violentas y dañan a los seres humanos. El ideal reformador es burla frente a las condiciones de vida de los hombres y mujeres contenidos en las bodegas humanas que hoy llamamos centros carcelarios y penitenciarios. El problema hoy, como hace muchas décadas, es que “la retórica del programa de reforma continuó encubriendo la prisión con un manto de legitimidad mucho después de que la realidad de reforma hubiese desaparecido”³⁸.

Múltiples estudios empíricos ratifican que la prisión ha fracasado en lograr la resocialización que predicán los regímenes

35 Decreto 1317 de 1964, “por el cual se reforma y adicional el Decreto-Ley 1405 de 1934 (Código Carcelario), y se dictan otras disposiciones”, Diario Oficial, Año CI, N°. 31446, 26 de agosto de 1964, artículos 55 y 187.

36 Ley 65 de 1993, “por la cual se expide el Código Carcelario y Penitenciario”, art. 10.

37 Colombia, Ley 1709 de 2014, por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones, art. 87.

38 Rothman, *supra* nota 25, p. 113.

penitenciarios de muchos países³⁹. Los estudios clásicos de Donald Clemmer y Gresham M. Sykes, publicados a finales de la década de los 50, pusieron en evidencia el daño de la prisión, y los procesos complementarios de “desculturización” (desadaptación para vivir en libertad) y de “culturización” o “prisionización” (costumbres y modelos de la subcultura carcelaria)⁴⁰. Se ha confirmado que el proceso de prisionización – experimentado por presos y por los operadores del sistema – genera graves deterioros físicos y psíquicos en las personas⁴¹.

Sencillamente, la resocialización no se puede lograr en un lugar aislado de la sociedad y bajo un paradigma que no acepta la diversidad ni la disidencia, sino que promueve una manera normal de ser y pensar. Como ha recordado Elías NEUMAN, pretender resocializar a una persona encerrándola, es casi como querer enseñarle a jugar al fútbol en un ascensor⁴². No obstante, ahí, nos hemos quedado suspendidos, en ese ascensor, detenido hace décadas, vociferando el discurso reformador.

2. CONDENADOS POR EL PASADO O CULPABLES DEL OLVIDO: DILEMAS ACTUALES, NO TAN NUEVOS

Esta segunda parte se estructura de manera inversa a la inicial: primero expone el presente y luego revela el reflejo del pasado de la penitenciaría latinoamericana. La intención es obvia: los problemas actuales no son nuevos y la prisión moderna no es más que la imagen especular del engendro penitenciario que se extendió por América

39 Roberto Bergalli, “Resocialización y medidas alternativas” en Asociación Catalana de Juristes Demócrates, *Política penitenciaria y doctrina oficial*, 1991, p. 17-36; y César Manzanos Bilbao, César, “Reproducción de lo carcelario: el caso de las ideologías resocializadoras” en AA.VV., *Tratamiento penitenciario y derecho fundamentales* (Barcelona: José María Bosch Ed. 1994) pp. 121-139.

40 Véase Donald Clemmer, “Prisonization” en D. Clemmer, *The Prison Community* (Nueva York: Holt, Rinehart and Winston, Inc. 1958), pp. 298-304; y Gresham M. Sykes, “The Pains of Imprisonment” en G. M. Sykes, *The Society of Captives: A Study of a Maximum Security Prison* (Princeton: Princeton University Press 1958), pp. 63-78.

41 Thomas Mathiesen, *Juicio a la prisión. Una evaluación crítica*, traducción de A. Zamuner, (Buenos Aires: Buenos Aires Editar 2003); y Raúl Zaffaroni, “Los objetivos del sistema penitenciario y las normas constitucionales” en AA.VV., *Jornadas sobre sistema penitenciario y derechos humanos*, (Buenos Aires: Editores del Puerto 1997) p. 189.

42 Elías Neuman, “La prisión como control social en el neoliberalismo” (2004), p. 10. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/inst/evacad/eventos/2004/0902/mesa4/117s.pdf>.

Latina a finales del siglo XIX. A continuación se presentan dos rasgos dominantes de la dinámica penitenciaria de la región.

2.1 La construcción de una clase criminal

La prisión y las condiciones de vida otorgadas a los presos son consecuencia directa de las políticas de control de la conflictividad social y del delito que se adoptan en los distintos contextos nacionales. Su configuración – y, por extensión, la del sistema penitenciario – está calificada por la falta de previsión y por acciones coyunturales que determinan una respuesta punitiva drástica y sin controles. El efecto de esas decisiones sobre la vida en prisión es considerada sólo de manera residual. Así, se produce la relegación (o el olvido) de la prisión y, por lo tanto, de las personas embodegadas.

Ante la ausencia de una política pública penal coherente y consistente con los principios garantistas del Estado social de derecho, se instaura una lógica reactiva en la respuesta a la conflictividad social que tiende a la inflación penal y, como corolario, a la inflación de la población carcelaria. El régimen penal opera bajo crisis permanente, lo cual conduce a un espiral punitivo que parece no tener salida. Zaffaroni advierte que este modelo reactivo responde, en parte, a un recurso ideológico – que él nombra como la *emergencia continua* y que sirve como mecanismo de instalación de las estructuras punitivas del Estado, y para su perpetuación y su extensión o crecimiento⁴³. Plantea que la *emergencia continua* se deriva del brote interminable de conductas que requieren atención prioritaria y una respuesta punitiva⁴⁴. La *emergencia continua* se alimenta del sentimiento colectivo de inseguridad (real o aparente) que lleva a la respuesta reactiva frente a la conducta de turno: las riñas, las lesiones, el hurto, el vandalismo, el secuestro, el homicidio, la conducción de vehículos bajo la influencia del alcohol, la violencia intrafamiliar, etcétera. La *emergencia continua* da lugar a una especie de paranoia colectiva que permite la instalación de un discurso punitivo que se aparta de las metas programadas y planificadas con el fin de responder a la coyuntura⁴⁵.

43 Raul Zaffaroni, “Naturaleza y necesidad de los consejos de política criminal” en Elías Carranza (Coord.), *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria: respuestas posibles* (México: Siglo XXI Editores 2001) pp. 85-101.

44 Id., pp. 86-88.

45 Id.

La respuesta a estas coyunturas y el distanciamiento de una lógica de gestión planificada conducen necesariamente a una especie de caos sistémico. La falta de una respuesta integral a la conflictividad social y la ausencia de evaluación programática del funcionamiento del sistema penal han llevado a la incrustación de una situación de crisis que, paradójicamente, se instala como perpetua. Obviamente, este tipo de actuación soslaya el principio de *ultima ratio* del sistema penal.

La inflación o la regresividad penal lleva a que, de manera creciente, se incluyan más conductas en el sistema penal y se acrecientan los castigos respectivos. De manera colateral, aumenta la población carcelaria, y lo seguirá haciendo de manera progresiva, salvo que se tome una decisión consciente y racional para superar esta tendencia⁴⁶. Como consecuencia de la selectividad del proceso penal⁴⁷, la mayoría de las personas privadas de libertad afronta altos niveles de

46 Este crecimiento puede llegar a límites desmesurados y generar situaciones de "maxiencarcelamiento". Véase, en general, David Garland (ed.), *Mass Imprisonment: Social Causes and Consequences* (Londres: Sage Publications 2001); Nils Christie, "Control de la delincuencia en Europa y Estados Unidos: Ejemplos que no deben seguirse" en E. Carranza (Coord.), *supra* nota 43, pp. 128-149; y Loïc Wacquant, "Penalización de la miseria y proyecto político neoliberal" en Archipiélago N°. 55, marzo a abril de 2003, pp. 61-74.

47 La selección está inmersa en la lógica del sistema penal de cualquier país. La selección hace parte del proceso de creación de normas penales y de su aplicación. Zaffaroni recuerda que "(l)a selectividad de todos los sistemas penales no es un mero dato coyuntural, sino un carácter estructural e inevitable (modificable en su grado, pero no suprimible)". Zaffaroni (1997), *supra* nota 41, p. 188. El enfoque del estudio de la selección en relación con sistemas penales nacionales y crímenes ordinarios tiene un enfoque distinto al dado en el ámbito internacional, pero su efecto es el mismo: hay elementos del sistema que determinan la selección de unos crímenes sobre otros, o que favorecen a unas personas sobre otras como sujetos procesales de las causas penales. El proceso selectivo se produce tanto en el momento de la creación de las normas, como en la aplicación de las mismas. Los criterios y los mecanismos de selección del sistema penal han sido ampliamente documentados. A manera de ejemplo, véase Emiro Sandoval Huertas, *Sistema penal y criminología crítica* (Bogotá: Editorial Temis 1994). Sandoval Huertas describe y analiza el proceso de selección tanto positiva como negativa dentro del ámbito de acción del sistema penal. Este autor analiza la selección mediante once criterios y mecanismos de selección que operan en la etapa de la creación de las normas. *Id.*, pp 29-66. Estas son, selección mediante: "el interés jurídico tutelado"; "la descripción de la conducta"; las "formas privilegiadas de justificación"; "la definición y las consecuencias de la inimputabilidad"; el actual contenido del "principio de culpabilidad"; las "presunciones de responsabilidad"; los "procedimientos especiales"; las regulaciones de la "captura" y de la "detención

vulnerabilidad social y económica (y discriminación), tanto antes de la prisión como durante su encarcelamiento⁴⁸.

Los criterios de selección pueden estar expresados de manera explícita, por ejemplo, en documentos de política institucional; sin embargo, lo más común es que no estén determinados de manera normativa, sino que respondan a factores sociales, institucionales y culturales imperantes (por ejemplo, la disponibilidad de recursos, los patrones de prejuicio y discriminación, la cohesión y la solidaridad sociales, los niveles de segregación de ciertos grupos sociales, la confianza depositada en las instituciones penales, las actitudes punitivas del conjunto de la sociedad, etcétera). Además de generar la concentración de personas socialmente débiles en prisión, la traza una línea entre los ciudadanos modelo y los “indeseables”. El resultado estructural es la selección de un sector vulnerable de la población y su contención en bodegas humanas⁴⁹:

Hoy la cárcel produce, reclutando sobre todo en las zonas más bajas de la sociedad, un sector de marginalidad social particularmente cualificado por la intervención estigmatizante del sistema punitivo del Estado y por las relaciones de aquellos procesos que, al nivel de la interacción social y de la opinión pública, son activados por la pena y concurren a realizar el efecto marginante y reductor.⁵⁰

La creación de esta sub-clase de personas encerradas y aisladas de la sociedad es reflejo del propósito inicial del uso de la penitenciaría como dispositivo para la clasificación de las clases bajas y el control los

preventiva”; las “clases y medidas de penas”; las “circunstancias agravantes modificadoras”; y las “causas que extinguen la punibilidad”.

48 Véase, entre otros, Massimo Pavarini, “La negociabilidad de la pena: entre la parsimonia y el despilfarro represivo”, *mimeo*, octubre de 2003, traducción de Luis Fernando Niño y Adriana García Netto; y Zaffaroni (1997), *supra* nota 41, pp. 181-194.

49 Véase Katherine Beckett y Bruce Western, “Governing Social Marginality: Welfare, incarceration and the transformation of state policy”, en D. Garland (ed.) (2001), *supra* nota 46, pp. 35-50. Los autores ilustran como el complejo de política social y penal se utiliza para gobernar o administrar la marginalidad social. En el mismo sentido, véase, L. Wacquant, *supra* nota 46.

50 Alessandro Baratta, “Observaciones sobre las funciones de la cárcel en la producción de las relaciones sociales de desigualdad” en Nuevo Foro Penal, N°. 15, Jul.-Sept. 1982, Bogotá, Editorial Temis Librería, pp. 737-749, p. 742.

desviados (claramente, no expresado a finales de siglo en esos términos). El esquema de antaño fue trazado en torno a la religión, pero asimilado rápidamente por la “ciencia” (particularmente la criminología y la medicina que justificaron la institución de la penitenciaría). De igual forma, la configuración social evolucionó del estado *laissez faire* al estado de bienestar, dando lugar a las correspondientes justificaciones del secuestro institucional de cierto tipo de personas. El cambio de las mentalidades y las sensibilidades a través del tiempo (y de acuerdo a los términos de moda) facilitaron el tránsito de prejuicios raciales a taxonomías jerarquizadas de clases peligrosas. Aun considerando los profundos cambios sociales que han experimentado las sociedades latinoamericanas, la prisión sigue siendo el reflejo de un burdo ejercicio de higiene social iniciado a finales del siglo XIX. Del encierro de vagos, maleantes, inmigrantes, analfabetas, “mujeres públicas” y pobres, pasamos al encierro de pandilleros, ladrones, refugiados, destechados y prostitutas, y siempre (siempre) los pobres. Del encarcelamiento de “la mala vida”⁵¹ al encarcelamiento de “la vida loca”⁵²... Si bien hoy fastidian las expresiones de los criminólogos de antaño – tales como Veiga, Moyano, Lancellotti o Ingenieros – el lenguaje técnico de hoy, revestido de derecho y de derechos, encubre las mismas preocupaciones y genera el mismo secuestro institucional para los mismos, hoy con nombres aún más civilizados: una clase criminal, una sub-clase, la mala vida.

2.2 Derechos declarados, derechos devaluados

El referente normativo de la prisión en los distintos países de América Latina está lleno de derechos. El reconocimiento formal de derechos es pleno; su materialización, sin embargo, es ínfima. Tanto detenidos como carceleros conocen los derechos y la ley, pero la vida y la práctica penitenciarias están lejos del “deber ser” reflejado en las leyes, las constituciones y los tratados. El desfase es tan grande que la ley y los derechos se conciben como algo impracticable, pero increíblemente el mundo de la prisión se describe en clave de derechos de los presos. Al menos dos procesos contribuyen a esta incongruencia: por un lado,

51 Ricardo D. Salvatore, “Penitentiaries, Visions of Class and Export Economies: Brazil and Argentina Compared” en Salvatore y Aguirre, pp. 194-223, 197.

52 Expresión utilizada por los jóvenes pandilleros centroamericanos para reflejar sus vidas.

la reificación de los derechos; y por el otro, la administrativización de la prisión.

En primer lugar, la invocación constante de los derechos conduce a su reificación, la cosificación de los derechos. Este proceso se deriva de la ambigüedad del contenido de los derechos y, a su vez, de la apreciación ilusoria de esos derechos; juntas conducen a una especie confusión o mezcolanza entre la declaración de tener derecho a algo con la existencia de ese algo, por ejemplo la dignidad.

Fruto de la formulación reiterada de los reclamos de los presos en clave de derechos se produce una concreción falsa de los mismos, atribuyéndole un contenido determinado a conceptos legales que son abstractos, por naturaleza. El paradigma de derechos pretende proteger necesidades humanas y promover la solidaridad social, no obstante – y, particularmente, en ámbitos de carencia, desorden y discriminación extrema, como la prisión – ese paradigma termina abstrayéndose del contexto específico de necesidad y desorganización, y generando el ejercicio de derechos in abstracto. Los efectos de la reificación de los derechos son la anulación de la agenda política de los presos y la sustitución de sus demandas por el reclamo mediatizado del “ejercicio de un derecho,” que siempre tendrá un trámite.

El resultado es el reconocimiento formal y la glorificación del marco de los derechos, pero pocos avances en su realización. En contextos de prolongación o generalización de reclamos, la reificación conduce a manifestaciones de estancamiento, frustración, adaptación por otros medios e, inclusive, estados de anomia social. De aquí que el derecho otorgue reconocimiento pero no materialice cambios. Así, la prisión moderna está llena de derechos pero los detenidos se pudren con sus derechos.

El segundo proceso que contribuye a la devaluación de los derechos de los presos es la administrativización de la vida en prisión⁵³. La manera como la autoridad penitenciaria asume la regulación de la vida en prisión consolida márgenes gigantescos de discrecionalidad administrativa en la toma de decisiones por parte de las autoridades. Así, al margen de que los presos tengan (formalmente) derechos,

53 Véase, en general, Iñaki Rivera Beiras, *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría* (Barcelona: José María Bosch Ed. 1997), pp. 233-273.

se erigen relaciones no jurídicas entre la autoridad y los detenidos, plagadas por la discrecionalidad y la arbitrariedad. En vez de ponderar derechos, la autoridad penitenciaria se ampara en el estado de crisis y de necesidad que impera en la prisión⁵⁴. Recurriendo al régimen de sujeción especial – el preso sometido a la autoridad – se extingue la calidad de ciudadano o ciudadana de la persona o, al menos, se genera una de clase de segunda, con derechos devaluados⁵⁵.

A través de la administrativización se burla el debido proceso en la ejecución penal y se excluye a la prisión del manto de los preceptos básicos del Estado de derecho. La administrativización se ha convertido en el fetiche predilecto de las autoridades penitenciarias en la región latinoamericana, por el margen de discrecionalidad y señorío que otorga a los alcaides. Así, en la práctica, es común que las autoridades penitenciarias equiparen la administración de una cárcel con la administración de una finca. Además de la grotesca igualación con la administración de bestias en una hacienda, la analogía refleja lo que está imbricado en el proceso de administrativización de la prisión.

Aunque la retórica moderna está llena de derechos de los presos, incluyendo el debido proceso, las medidas privativas de libertad se cumplen sustraídas del derecho y los derechos. Las autoridades penitenciarias son quienes, en un universo aislado y total, configuran la prisión y su intensidad⁵⁶.

Al igual que en el proceso de creación de una clase de ciudadanos de segunda, esta tendencia también se deriva originalmente de la instauración del delirio penitenciario del siglo XIX. Veamos. Si bien la retórica liberal inundó el discurso de los dirigentes que motivaron la inceptión de la institución en la etapa posterior a las independencias, el liberalismo no traspasó los muros de la prisión⁵⁷. Así, el ideal de adoptar un sistema de leyes para garantizar libertades individuales se persiguió de manera independiente a la escogencia de las tecnologías

54 Giorgio Agamben, *Estado de excepción. Homo sacer II*, 1. (Valencia, España: Editorial Pre-Textos 2004), p. 47.

55 Para una formulación clásica de la configuración y penetración del Estado autoritario en la prisión y el análisis de la “especial relación de poder” que rige en la prisión, véase Heinz Zipf, *Introducción a la política criminal* (Madrid: EDERSA 1979), pp. 23-28.

56 Véase Iñaki Rivera Beiras y Marcos Salt, *Los derechos fundamentales de los reclusos: España y Argentina* (Buenos Aires: Editores del Puerto 1999), pp. 155-299.

57 Salvatore y Aguirre, *supra* nota 4, p. 18.

punitivas”⁵⁸. Las libertades eran para los terratenientes, mercaderes y políticos; los castigos para los otros, los salvajes, los impíos⁵⁹.

Al exponer la supuesta modernización del sistema penal peruano en el siglo XIX, Carlos Aguirre enfatiza que el liberalismo “modernizó” el discurso político y el intercambio comercial pero dejó de lado la institución de la prisión, que continuó respondiendo a un estado centralista y represivo⁶⁰. De esta manera, el liberalismo es más un ideal que brinda legitimidad a un sistema que refuerza y disfraza rasgos opresores⁶¹. Refiriendo los trabajos de Paul Eliot Gootenberg y Florencia Mallon, resalta agudamente que el liberalismo adulterado (*bastardized*) o estancado (*stillborn*) que se extendió en América Latina se mantuvo al margen del sistema penal⁶².

Ese mismo liberalismo adulterado o fracasado sigue irradiando su retórica sobre los sistemas de administración de justicia en todos los países latinoamericanos, pero sin traspasar los muros (de la prisión).

Llevamos casi dos siglos experimentando con las bodegas humanas y generando el mismo daño social que fue evidente en los inicios de la penitenciaría en América Latina. Cabe aclarar que esta realidad no es producto de algún fatalismo que produce una realidad indeseada; por el contrario, la realidad indeseada socialmente es producto de determinaciones que utilizan la prisión como dispositivo efectivo de control social, exclusión y marginación. La prisión moderna refleja de manera drástica el desafuero, la desigualdad y la barbarie de la “justicia” aplicada a una clase de sub-humanos que encerramos en bodegas para supuestamente proteger a la sociedad. Centurias después del origen de la penitenciaría en América Latina, la prisión moderna sigue activamente segregando y conteniendo a los “salvajes urbanos” bajo un manto ilusamente redentor.

58 Id., p. 19.

59 Id., p. 18.

60 Aguirre, *supra* nota 16, pp. 67-68.

61 Id., p. 68.

62 Id. “En contraste con la experiencia europea, en la cual el liberalismo surge en un contexto del alzamiento burgués en contra del centralismo y los monopolios económicos de estados absolutistas, el liberalismo en América Latina se debatía en el contexto de la construcción de estado y de relaciones sociales y económicas precapitalistas y enquistadas” Id. *citando a* Florencia Mallón, “Economic Liberalism: Where We Are and Where We Need to Go” (1988).

3. ANTES DE QUE SE CUMPLAN OTROS CIEN AÑOS, 2030: ¿SALIDAS DE LA RUINA CIRCULAR?

Después de este sombrío panorama, necesariamente cabe la pregunta: ¿estamos frente a la inevitabilidad de la prolongación neológica de la prisión en América Latina o hay salida de la ruina circular?

Todo depende de que tanto las sociedades acojan a la prisión y a quienes viven en esta, de manera plena, como parte integrante del colectivo social. Personalmente, no soy optimista y pronostico otros cien años de encierro, incomunicación e incivilidad. A mi manera de ver: la población de las bodegas humanas aumentará, la calidad de vida de los encerrados continuará deteriorando, y el dispositivo punitivo seguirá siendo presa de los políticos que prometen más y mejor cárcel para saciar las demandas de seguridad de la ciudadanía “de bien”⁶³. Mientras que la mayoría de los programas sociales de lucha contra la pobreza o de atención a problemas específicos fallan, el reproche moral y la promesa de castigo seguirán haciendo parte del arsenal predilecto de los políticos que responden a la sociedad clamando soluciones para la inseguridad. El combate al crimen paga – políticamente, al menos.

Garland aborda esta realidad describiendo la noción de “complejo criminal”⁶⁴. Dice que se expresa a través de mentalidades y sensibilidades que terminan dando dirección no sólo a la política criminal sino a un conjunto más amplio de políticas y prácticas gubernamentales, especialmente ligadas a la administración de la pobreza y de la desviación social⁶⁵. Bajo el ropón de los miedos y la angustia social, la solidaridad social desaparece y el delincuente es visto como un individuo que debe responsabilizarse por sus acciones y que debe pagar lo justo merecido. El castigo de unos sobre otros no sólo es efectivo para prometer cambio sino que es útil para crear lazos

63 El miedo al crimen y a los criminales es un poderoso recurso que reorganiza simbólicamente el mundo estructurándolo en ejes dicotómicos: el bien y el mal, los de adentro y los de afuera, y amigos y enemigos. Estas construcciones tienden a “establecer orden en un universo que parece haber perdido sentido”. Teresa Pires do Rio Caldeira, *Ciudad de muros* (Barcelona: Gedisa 2007), p. 34.

64 David Garland, *The Culture of Control, Crime and Social Order in Contemporary Society* (Chicago: University of Chicago Press 2001) pp. 139-165.

65 Id.

sociales en sociedades de “altas tasas de criminalidad”⁶⁶. El derecho penal y el castigo se convierten en los motores de un proceso moralista colectivo⁶⁷ que aglutina a la sociedad en torno al reproche de los delitos y de los delincuentes, reclamando que, si se permite el apogeo del castigo estatal, este podrá ofrecer soluciones totales en un mundo que se llena cada vez más de riesgos. La respuesta ya no se concentra en las causas del crimen sino que se expresa a través del tratamiento dado a los criminales. Es, sobre todo, justicia expresiva, concluye Garland.

En este orden de ideas, mi presagio: tendremos prisión para largo.

La crítica no debe llevar a la inacción. Cabe recordar la exhortación de Löic Wacquant, en el sentido de que el advenimiento del Estado penal no es una fatalidad⁶⁸. Existen caminos posibles para escapar del delirio encarcelador que hace creer que todos los males de una sociedad se pueden contener en la prisión. Pero, para lograrlo, hay que salirse del guión, de lo contrario seguiremos dando vueltas por la ruina circular.

En un modelo social individualista y ante la proclama de que el derecho penal produce justos merecidos por actos individuales – especialmente, en nuestros países latinoamericanos, en donde los delitos suelen ser violentos y su perpetración responde a esquemas de delincuencia organizada – un llamado a la cautela en el uso del derecho penal es disonante, pero necesario. El reto es justamente utilizar el derecho penal de manera proporcional y no abusar de sus promesas. El derecho penal puede ser necesario pero no es cura (de nada). En consecuencia, Nils Christie anota que sí es necesario castigar, pero que el castigo debe representar la totalidad de los valores en una sociedad⁶⁹.

Como sabemos, el delito no es un concepto fijo; es definido, por lo general, por políticos. Dice Christie que el derecho penal es como una esponja que recoge más o menos todo, cuando hay contextos y circunstancias políticas que lo hacen útil y rentable⁷⁰.

66 Id., pp. 142-145.

67 Id., pp. 193-194 (explorando una variación del funcionalismo expuesto por Durkheim).

68 L. Wacquant *supra* nota 46.

69 Nils Christie, *A Suitable Amount of Crime* (Nueva York: Routledge 2004), pp. 84-85.

70 Christie, p. ix-x, “Roots”.

Hay actos que merecen reproche, pero debemos limitar el alcance del derecho penal participando públicamente en debates básicos en torno a preguntas esenciales, tales como: cuáles actos deben ser sancionados penalmente y cómo se debe sancionar. (Recuerden: la prisión no es la única alternativa.) No hay profesionales o técnicos del castigo que sepan la respuesta correcta. Lo socialmente indicado es que participemos todos; que haya un verdadero “coro de voces” alrededor de lo que merece castigo y de qué manera se ejercerá⁷¹.

Es fácil esconderse detrás del lenguaje abstracto de la penalidad moderna y de las formas del derecho para evitar la incómoda realidad del castigo, que es violenta, caótica y cruel. Sin embargo, si queremos salir de la inercia y del estancamiento de las fórmulas punitivas que nos acompañan desde hace dos siglos, es preciso que la sociedad entera se inmiscuya en la prisión y abandonemos la ambivalencia que ha determinado la relación social con la institución de la prisión.

Las palabras de Winston Churchill cuando dijo en 1910, en la Cámara de los Comunes del Reino Unido, que “el ánimo y el temperamento del público con respecto al tratamiento del crimen y de los delincuentes son una de las pruebas más fidedignas sobre la civilización de un país”⁷² son invocadas comúnmente – reflejando cierto acuerdo con lo expresado. Sin embargo, aunque el indicador simbólico es conocido y alabado, parece que no lo tomamos muy en serio.

La mayoría de las prisiones en América Latina están a punto de reventar o de desplomarse (física o figuradamente) – lo reconozcan o no las autoridades respectivas. Lo que acontece en esas bodegas humanas nos debería concernir a todos. Lo que pasa en muchas de las cárceles de la región – por ejemplo, en La Modelo en Bogotá, el penal de Lurigancho en Lima, la cárcel de Sabaneta en Maracaibo o el centro penal de Cojutepeque en Cuscatlán (El Salvador) – es, sencillamente, criminal: hay hombres viviendo como bestias y nadie hace nada. Christie nos recuerda que si bien el castigo es un mal necesario, este no puede ser igual a la transgresión que fue cometida⁷³. La salida de la ruina circular está en manos de las sociedades: entre más social y cultural se torne la cuestión de la prisión más difícil serán las respuestas

71 Christie, pp. 84-85.

72 Sean McConville, “The Victorian Prisons: England, 1865-1965” en Norval Morris y David J. Rothman (eds.), *supra* nota 25, 117-150, p. 148.

73 Christie, *supra* nota 69, p. 84.

simplistas⁷⁴ y será más factible romper con la inercia y la ambivalencia que abonan el camino hacia la perdurabilidad de una institución que emergió condenada al fracaso.

74 Id., p. 85.

LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO: UNA DEMOCRACIA CUESTIONADA

Pedro Peñaloza

Doctor en Ciencias Penales y Política Criminal; Profesor de Criminología y Sociología en la UNAM y en diversos centros de educación superior; Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI), Nivel II; Autor de diversos libros, entre los cuales destacan: “Prevención social del delito: una asignatura pendiente”, “La juventud mexicana: una radiografía de su incertidumbre” y “La crisis del modelo de seguridad pública en México”.

Somos la memoria que tenemos y la responsabilidad que asumimos, sin memoria no existimos y sin memoria quizá no merezcamos existir.

José Saramago

INTRODUCCIÓN

Abordar la situación que se vive en México en materia de derechos humanos puede tener varios enfoques. Hemos escogido la mirada internacional, específicamente de organismos de la ONU, para mostrar a los lectores que preocupaciones existen y cuáles recomendaciones se han hecho a nuestro país.

Se trata de una convocatoria a la lectura seria y sistemática de los graves procesos que se han vivido en el territorio nacional y que han sido plasmados en documentos que dan cuenta del deterioro sufrido en el ámbito de los derechos humanos. Así mismo, dada la naturaleza de las denuncias y evidencias que muestra la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) acerca de la situación que viven las cárceles mexicanas, hemos decidido incluir un informe que corrobora que también en esta fase del proceso penal se lastiman derechos básicos de los reclusos, previstos en los textos de la ONU.

Esperamos que los ejes de los documentos que a continuación se muestran permitan un conocimiento fundado de la creciente violación

a los derechos humanos, que, como se sabe, tuvo como punto de arranque la llamada “guerra contra el narcotráfico”, expresada con virulencia en la administración del presidente Felipe Calderón.

El tema sigue siendo una asignatura pendiente en la agenda pública, ha provocado serias preocupaciones en los círculos internacionales que se dedican a la defensa de los derechos humanos y al mismo tiempo ha generado múltiples reacciones de organizaciones de la sociedad civil en México

I. PANORAMA DE LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO

Según el informe *Panorama de la Defensa de los Derechos Humanos en México (2013)*: “la reciente situación de violencia en México, derivada de la estrategia de militarización contra el narcotráfico y el crimen organizado, ha agravado la vulnerabilidad de la población mexicana. Las políticas de seguridad aplicadas por el gobierno no han sido capaces de garantizar la protección de los derechos civiles y políticos de todas las personas.”¹

El documento señala que, de 2006 a 2010, la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) registró un número notable de amenazas de muerte, ataques, homicidios y procesos penales emprendidos contra defensores y defensoras de derechos humanos como represalia por su labor, siendo que la impunidad rige en más del 90% de ellos. Según la CIDH, durante ese período en México, al menos 61 defensoras y defensores fueron asesinados y 4 desaparecidos, y en 10 años al menos 66 periodistas fueron asesinados y 12 están desaparecidos.

La situación de riesgo de las personas defensoras en México y la respuesta ineficaz del Estado en implementar las medidas de protección, otorgadas por la CNDH, las comisiones estatales o por el SIDH, ha llevado a la sociedad civil mexicana a buscar alternativas para

1 Brigadas Internacionales de Paz - Proyecto México. “Panorama de la Defensa de los Derechos Humanos en México: Iniciativas y Riesgos de la Sociedad Civil Mexicana”. Coord. Graciela Martínez González. México, Abril 2013. Consultado 11/ febrero/2016, en: http://peacebrigades.org/fileadmin/user_files/projects/mexico/files/PBI_Publications/Panorama_de_la_Defensa_de_los_Derechos_Humanos_en_Me%CC%81xi.pdf

su seguridad. En este sentido, organizaciones de derechos humanos y periodistas formaron el Espacio de Organizaciones de la Sociedad Civil (Espacio OSC) y elaboraron una propuesta para la creación de un Mecanismo de Protección en 2010. Desde entonces, este grupo ha impulsado el debate para el desarrollo del Mecanismo de Protección e insistido en el deber del Estado mexicano de proteger a ambas poblaciones. PBI ha acompañado y asesorado al Espacio OSC desde entonces, y ha abogado por su propuesta ante el gobierno mexicano y la comunidad internacional.²

Así mismo, el texto de referencia indica que, en julio de 2011, durante la visita a México de la Alta Comisionada de la ONU para los Derechos Humanos, Navi Pillay, el ex Presidente Felipe Calderón firmó un decreto presidencial autorizando a la Secretaría de Gobernación (SEGOB) el desarrollo y la implementación de un Mecanismo de Protección. En paralelo al diálogo con SEGOB, y con el afán de dar al Mecanismo una base legal que obligue a cualquier administración federal futura a implementarlo, el Espacio OSC propuso un Proyecto de Ley en el Senado de la República. La iniciativa respondía a las recomendaciones internacionales realizadas por la Relatora Especial en 2009.

Un ejemplo del uso excesivo de la fuerza pública fue el que se registró el 12 de diciembre de 2011; aproximadamente 300 jóvenes, la mayoría estudiantes de la Escuela Normal Rural "Raúl Isidro Burgos", bloquearon la Autopista del Sol (México-Acapulco) y la carretera federal a la altura de Chilpancingo (Guerrero), para manifestarse ante la negación reiterada de una audiencia con el gobernador del estado, Ángel Aguirre Rivero. La policía federal y policías preventivos adscritos a la Secretaría de Seguridad Pública y Protección Civil del estado llegaron al lugar de los hechos para dispersar a los manifestantes y acabaron disparando a la muchedumbre. Según la CNDH, el enfrentamiento dejó a dos estudiantes y a un empleado de una gasolinera cercana muertos, y cuatro heridos por proyectil de arma de fuego; 14 fueron objeto de tratos crueles y uno de tortura e imputación falsa de delitos.

En su informe preliminar sobre la averiguación por violaciones graves a los derechos humanos en relación a estos hechos ocurridos

2 Para más información, puede consultar el Boletín "¿Cuántos más? La necesidad de un mecanismo gubernamental de protección para defensores y defensoras de derechos humanos", PBI México, N°.1, 2011.

en la ciudad de Chilpancingo, Guerrero, la CNDH concluye que “las investigaciones realizadas hasta el momento permiten observar que el grupo de personas que se manifestaba públicamente no portaba arma de fuego alguna, en tanto que, por otro lado, se pudo acreditar la intervención de cuerpos de seguridad del Estado mexicano, armados, que hicieron disparos, un uso indebido de las armas de fuego y un uso excesivo de la fuerza pública, en contra del grupo de manifestantes”.

Los hechos quedaron conocidos como el “caso Ayotzinapa”³.

Otro dato que nos recuerda el documento fue el registrado en mayo de 2006, cuando el Estado de México vivió el denominado Operativo Policiaco Atenco, un enfrentamiento entre la población civil y las fuerzas de seguridad. El uso desproporcionado de la fuerza pública dejó como resultado más de 200 detenciones y 47 mujeres agredidas sexualmente sin que ningún elemento de la policía o funcionario haya sido castigado. Según el Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez (Centro PRODH), “[a] través de las fuerzas policiacas, el Estado buscó desmovilizar y generar miedo con la perpetración de la tortura psicológica, física y sexual.”

A. La militarización en México: una visión represiva

Otro tema que se aborda en el informe es el papel que han venido ejerciendo, desde el periodo conocido como “guerra sucia”, las fuerzas armadas de nuestro país. La presencia militar se ha ido extendiendo hasta ubicarse en las regiones indígenas, por las actividades de grupos insurgentes, así como de diversos movimientos sociales y populares.

El informe nos recuerda las violaciones a los derechos humanos registradas en el estado de Guerrero, donde la presencia militar ha sido constante durante el siglo pasado.

Los casos y las sentencias de Valentina Rosendo, Inés Fernández⁴, Rodolfo Montiel y Teodoro Cabrera, no

3 Para más información sobre el caso, puede consultar la página web del Centro de Derechos Humanos de la Montaña “Tlachinollan”; disponible en <http://www.tlachinollan.org/Ayotzi.htm>

4 Valentina Rosendo Cantú e Inés Fernández Ortega son dos mujeres indígenas me'phaa abusadas sexualmente por elementos del Ejército mexicano en 2002 y cuyos casos resultaron en sentencias condenatorias de la CoIDH a México en 2010. PBI ha acompañado a ambas en su búsqueda de justicia desde 2005.

únicamente muestran las consecuencias de la militarización del estado de Guerrero, agudizada en la segunda mitad de la década de los noventa; dichos casos y sus vivencias como víctimas anticiparon lo que hoy es una realidad compartida por muchos, dada la militarización del país.

Ante estos hechos, la Corte Interamericana se pronunció en favor de las víctimas y responsabilizó a México por haber incumplido el deber de abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar porque las autoridades se comporten de conformidad con esta obligación; además, reiteró la excepcionalidad de la jurisdicción militar, solicitando la reforma al artículo 57 del Código de Justicia Militar conforme a los estándares internacionales en la materia; destacó también la obligación de adoptar las reformas que sean necesarias para permitir que las personas afectadas por la intervención del fuero militar cuenten con un recurso efectivo de impugnación de tal competencia.⁵

Así mismo, continua el informe, la participación de las fuerzas armadas ha sido cada vez más protagónica en la definición e instrumentación de las políticas de seguridad nacional y de seguridad pública que el Estado mexicano ha impulsado desde principios de los 80, y en donde la relación entre civiles y militares se ha ido modificando. Ya a finales del siglo pasado, había abundante presencia militar en los estados del norte.

El texto de referencia destaca que, al inicio de la denominada “guerra contra el narcotráfico”, en 2006, por el entonces Presidente Felipe Calderón, se lanzó el primer Operativo Conjunto en el estado de Michoacán. La estrategia de seguridad consistió en el despliegue de elementos del Ejército y de la policía federal para actuar en contra del crimen organizado. Durante todo el sexenio se sumaron Operativos Conjuntos en estados como Baja California, Chihuahua, Guerrero o Coahuila. Las cifras oficiales de asesinatos por “presunta rivalidad

5 Corte IDH. Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C N°. 215; y Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N°. 216.

delincuencial”, desde el inicio de la guerra contra el narcotráfico, asciende a 47.500 personas.⁶

El uso excesivo de la fuerza, según el análisis, a menudo favorece y propicia la comisión de abusos y violaciones a los derechos humanos, especialmente a la tortura. Tengamos presente la participación de México en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y el artículo 7 del PIDCP; ambos instrumentos prohíben la práctica de la tortura. Sin embargo, la tipificación de este delito en los diferentes estados de la República varía, y en la mayoría de los casos no cumple con los requisitos de los tratados internacionales.

Así mismo, México reconoce el Protocolo de Estambul, una guía redactada por expertos y representantes de organizaciones internacionales “para examinar a las personas que aleguen haber sufrido tortura y malos tratos, para investigar los casos de presunta tortura y para comunicar los resultados obtenidos a los órganos judiciales y otros órganos investigadores”⁷; sin embargo, defensores y defensoras han observado una profunda falta de capacitación de los funcionarios públicos sobre su aplicación.

B. Derechos humanos y cárcel

Otro punto que se aborda en dicho informe es el tema de las violaciones a los derechos humanos en los centros penitenciarios en nuestro país. La mayoría de las personas detenidas en los centros penitenciarios del país no han cometido crímenes peligrosos; su delito es ser pobre.

La gran masa de la población penitenciaria está compuesta por internos responsables de delitos relativamente menores, lo que contrasta con la magnitud y gravedad de la creciente criminalidad.

6 Para más información, puede consultar la página oficial de la Procuraduría General de la República (PGR); disponible en <http://www.pgr.gob.mx/temas%20relevantes/estadistica/estadisticas.asp>

7 OACNUDH: Protocolo de Estambul: Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, p. 2, 2004.

El Subcomité para la prevención de la tortura de las Naciones Unidas observó, en 2010, durante la visita a centros penitenciarios mexicanos, la criminalización de las personas en situación de pobreza, y también destacó que en la mayoría de los casos cometieron delitos menores.

II. INFORMACIÓN DE AMNISTÍA INTERNACIONAL PARA EL EXAMEN PERIÓDICO UNIVERSAL, EPU, DE LA ONU. 17A SESIÓN DEL GRUPO DE TRABAJO PARA EL EPU, OCTUBRE - NOVIEMBRE 2013

En la información de Amnistía Internacional para el Examen Periódico Universal, EPU, de la ONU, 2013, se indicó que, en el primer examen realizado a nuestro país, en 2009, se aceptaron recomendaciones relativas a armonizar el marco legislativo interno con las normas internacionales de derechos humanos; combatir la discriminación y la violencia contra las mujeres, las desapariciones forzadas y la tortura; proteger los derechos de las personas migrantes y los pueblos indígenas; proteger frente a los ataques a los defensores y defensoras de los derechos humanos y a los periodistas; introducir reformas en las operaciones de seguridad pública y en el sistema judicial y fortalecer el disfrute de los derechos económicos y sociales, con medidas tales como la reducción de la pobreza⁸.

Las ocho recomendaciones realizadas por dicha organización, y que quedaron sometidas a examen, pedían que se reformara la definición de crimen organizado; que se aboliera el “arraigo” (detención preventiva sin cargos); que las denuncias de violaciones de derechos humanos cometidas por miembros de las fuerzas armadas se excluyeran del sistema de justicia militar, y que se adoptaran nuevas medidas para combatir la impunidad por las violaciones de derechos humanos cometidas en el pasado, restableciendo la Fiscalía Especial.

El gobierno de Felipe Calderón se había caracterizado por un discurso positivo respecto a los derechos humanos, pero ese discurso no se había visto respaldado por medidas prácticas. De hecho, se

8 México: Información de Amnistía Internacional para el examen periódico universal de la ONU. Amnistía Internacional, marzo de 2013. Consultado el 11/febrero/2016, en: http://amnistia.org.mx/nuevo/wp-content/uploads/2014/07/Mexico_Aumento_Violaciones_DH_01_03_2013.pdf

empeñó en negar el grave deterioro de la situación de los derechos humanos en el país –un deterioro debido, en buena parte, a su estrategia de seguridad pública consistente en entablar una lucha militarizada contra el crimen organizado–, reforzó la impunidad y permitió que algunas violaciones de derechos humanos, como la tortura y los malos tratos, se hicieran generalizadas y sistemáticas.

A su llegada a Los Pinos, Enrique Peña Nieto formuló algunos compromisos que fueron bien recibidos, sobre reforzar la protección de los derechos humanos. No obstante, hasta ahora estos amplios compromisos no han venido seguidos de medidas claras de aplicación y evaluación. Por ello, ha habido pocos progresos respecto a muchas recomendaciones clave aceptadas por México en su primer examen, y la situación de los derechos humanos sigue siendo grave.

En julio de 2011, una reforma constitucional crucial estableció la obligación de cumplir con el derecho internacional de los derechos humanos. La reforma dispuso que, cuando exista contradicción entre la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos, se aplicaría la norma más favorable para la protección de la persona (principio *pro persona*).

Dicho precepto constitucional ha permitido a la Suprema Corte de Justicia dictar una serie de importantes resoluciones, entre ellas algunas que limitan la aplicación del fuero militar.

La precariedad de la reforma se hizo patente recientemente cuando los legisladores del partido en el gobierno propusieron una reforma regresiva para eliminar el principio *pro persona* y reinstaurar la supremacía de la Constitución mexicana sobre el derecho internacional de los derechos humanos. De aprobarse, esta nueva reforma cerraría de nuevo la puerta a la aplicación directa de las normas internacionales de derechos humanos.

Según el informe de Amnistía Internacional, México aceptó una serie de recomendaciones para combatir la discriminación y la violencia contra las mujeres; sin embargo, esos compromisos no se han traducido en medidas efectivas para reducir la violencia y la impunidad. En particular, la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia sigue sin ser una medida efectiva. Los familiares de las víctimas en Chihuahua, así como en otros estados como Nuevo León, el estado de México y Oaxaca, no han conseguido que los patrones

de ataques, secuestros y homicidios de mujeres se investigaran o previnieran de manera efectiva. En Ciudad Juárez, los activistas de derechos humanos y los familiares de las víctimas siguen pidiendo que se cumpla plenamente la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el caso Campo Algodonero.⁹

De igual modo, la aceptación, por parte de México, de las recomendaciones para reforzar la protección de los migrantes irregulares en el país no ha dado lugar a una mejora de la situación de estas personas. Los migrantes irregulares siguen siendo víctimas de extorsión, secuestro, violación y asesinato en las rutas de tránsito hacia la frontera estadounidense. Pocos de los delincuentes o funcionarios responsables llegan a ser procesados. Entre las autoridades federales, estatales y municipales sigue habiendo falta de liderazgo, coordinación y rendición de cuentas respecto a la protección de los migrantes irregulares.

El 2011, se aprobó una nueva ley sobre migración que mejoraba formalmente el reconocimiento de los derechos de las personas migrantes; sin embargo, en septiembre de 2012 se publicó un nuevo reglamento que resulta preocupante, ya que otorga amplios poderes discrecionales a la Policía Federal y a los funcionarios del Instituto Nacional de Migración, creando una situación que en el pasado ha dado lugar a abusos. Las personas que defienden los derechos de los migrantes sufren constantes amenazas e intimidaciones a causa de su trabajo.

Por otro lado, el documento señala que el acoso y los asesinatos de defensores y defensoras de los derechos humanos y periodistas, y sus responsables, siguen gozando de impunidad generalizada.

En 2012, una ley estableció un mecanismo de protección para los periodistas y los defensores y defensoras de los derechos humanos. El nuevo gobierno ha accedido a respaldar ese mecanismo; sin embargo, para garantizar su eficacia, es fundamental dotarlo de recursos y brindarle apoyo político al más alto nivel.

9 La sentencia de 2009 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el asesinato de tres mujeres jóvenes perpetrado en Ciudad Juárez en 2001 determinó que el Estado mexicano era responsable de una serie de violaciones de los tratados, entre ellas discriminación, negligencia en la protección de las vidas de las víctimas, y negligencia a la hora de llevar a cabo una investigación eficaz y a la hora de responsabilizar a funcionarios públicos.

El mecanismo sufre escasez de personal formado y cualificado, y el compromiso de todos los gobiernos estatales respecto a cumplir las medidas de protección sigue sin estar claro. La investigación de los ataques y amenazas contra defensores y defensoras de los derechos humanos y periodistas sigue siendo muy deficiente, y pocos de sus responsables llegan a rendir cuentas. La Fiscalía Especial para la Atención de Delitos cometidos contra Periodistas sigue sin contar con poder suficiente para realizar investigaciones exhaustivas y llevar a cabo procesamientos.

El documento de Amnistía Internacional señala que la crisis de seguridad pública que azota México desde hace seis años ha dado lugar a más de 60.000 homicidios, en su mayoría cometidos por bandas de delincuencia organizada, pero también por la policía y las fuerzas de seguridad, que han cometido, entre otras cosas, ejecuciones extrajudiciales.

En las regiones afectadas, más de 150.000 personas se han visto obligadas a desplazarse a causa de la violencia y la inseguridad. Según datos de la CNDH, en 2012 la propia Comisión estaba investigando 2.126 casos de presunta desaparición. En las morgues del país había al menos 15.921 cadáveres sin identificar, y se habían exhumado más de 1.400 restos humanos de fosas comunes clandestinas. El gobierno calderonista centró su atención en restar importancia a los informes de violaciones generalizadas de derechos humanos, incluidas desapariciones.

En febrero de 2012, el nuevo gobierno reconoció que entre 2006 y 2012 se había denunciado la desaparición de más de 26.000 personas; un número indeterminado de esas desapariciones eran desapariciones forzadas. Así mismo, ha declarado que desea reducir la violencia y las violaciones de derechos humanos pero, hasta el momento, la estrategia de seguridad pública militarizada continúa y los niveles de violencia siguen siendo altos.

El gobierno peñista ha propuesto una reforma de la policía, que incluye establecer una gendarmería, pero no ha hecho referencia a mejorar la protección de los derechos humanos o reforzar las investigaciones sobre los presuntos abusos. Mientras tanto, el ejército y la marina siguen realizando labores policiales sin una rendición de cuentas efectiva en varias regiones del país, y muchos puestos de la seguridad pública civil están ocupados por personal militar.

Según datos presentados en el documento de Amnistía, durante el gobierno de Felipe Calderón, la Procuraduría General de la República utilizó órdenes de detención preventiva sin cargos (“arraigo”) para mantener recluidas a casi 8.000 personas en la jurisdicción federal. Ha habido denuncias de tortura y malos tratos y de violaciones del derecho a un juicio justo de personas recluidas en arraigo. Las recientes propuestas de limitar el uso del arraigo no cumplen las recomendaciones de los mecanismos internacionales de derechos humanos, que han pedido reiteradamente su eliminación.

Así mismo, entre los años 2006 y 2012 hubo 7.441 denuncias de abusos cometidos por las fuerzas armadas; sin embargo, sólo 27 de esas denuncias concluyeron con la condena de personal militar, en todos los casos bajo la jurisdicción militar. En agosto de 2012, sentencias de la Suprema Corte de Justicia confirmaron la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a excluir las violaciones de derechos humanos de la competencia del sistema de justicia militar.

Ante estos hechos, poco se puede decir sobre el funcionamiento de las reformas del sistema de justicia penal aprobadas en 2000. La negación del derecho a un juicio justo para los sospechosos de delitos sigue siendo práctica habitual, especialmente del derecho a la presunción de inocencia y a una defensa efectiva. Incluso en los estados que han introducido reformas, las confesiones obtenidas mediante tortura siguen aceptándose como prueba. Los sospechosos indígenas o pertenecientes a otros grupos socialmente marginados son los que corren más peligro de enfrentarse a cargos penales falsos o infundados, que dan lugar a reclusiones prolongadas y condenas poco fiables. Los defensores y defensoras de los derechos humanos y otros activistas sociales también se enfrentan a cargos falsos como represalia por sus actividades legítimas.

A. Amnistía Internacional insta al gobierno de México a:

Armonización de la legislación interna con las normas internacionales de derechos humanos:

- Establecer un calendario para revisar y reformar la legislación federal y estatal con el fin de garantizar que es conforme con las normas internacionales de derechos humanos.

- Garantizar que las reformas constitucionales no se diluyen para limitar la aplicación de las normas internacionales de derechos humanos.

Violencia contra las mujeres:

- Dar prioridad a las medidas para prevenir y castigar la violencia contra las mujeres en los 31 estados de México, especialmente los que tienen un elevado índice de denuncias de asesinatos y ataques contra mujeres y niñas, como Chihuahua, Nuevo León, el estado de México y Oaxaca.
- Reformar el reglamento de aplicación de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia para garantizar que los funcionarios públicos rinden plena cuenta de sus actos si no garantizan con diligencia la protección de las mujeres en situación de riesgo y la investigación y el procesamiento de los maltratadores.
- Aplicar en su totalidad la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el caso Campo Algodonero.

Migrantes:

- Liderar a las autoridades federales, estatales y municipales en acciones concertadas para prevenir y castigar los abusos contra migrantes, incluidos los cometidos por bandas delictivas y funcionarios públicos, y hacer públicos los resultados.
- Garantizar que las personas migrantes tienen acceso a mecanismos efectivos de presentación de denuncias y a protección -incluidos visados temporales - cuando sean víctimas o testigos de abusos.
- Crear una base de datos de migrantes desaparecidos o en paradero desconocido.
- Garantizar la protección de quienes defienden los derechos de los migrantes, y la plena participación de la sociedad civil en la vigilancia de la aplicación de las leyes de migración.

Defensores y defensoras de los derechos humanos y periodistas:

- Poner fin a las amenazas, los ataques y los asesinatos de defensores y defensoras de los derechos humanos y periodistas,

y garantizar que se lleva a cabo una investigación exhaustiva y efectiva para llevar a los responsables ante la justicia.

- Brindar apoyo tanto económico como político, que incluya la provisión de personal formado y cualificado, al mecanismo de protección para defensores y defensoras de los derechos humanos y periodistas, de manera que quienes se encuentran en situación de riesgo reciban protección efectiva.
- Garantizar la plena cooperación de los gobiernos estatales y municipales para aplicar las medidas de protección dirigidas a los defensores y defensoras de los derechos humanos, e impedir que los funcionarios públicos hagan declaraciones que pongan en duda la legitimidad del trabajo de defensa de los derechos humanos.

Pueblos indígenas:

- Garantizar que se consulta plenamente a las comunidades indígenas durante la elaboración y la aplicación de las políticas dirigidas a fortalecer su acceso a vivienda, atención médica, educación, agua y otros servicios esenciales.
- Garantizar que se consulta plenamente a las comunidades indígenas sobre los proyectos de desarrollo o de explotación de recursos que afecten a sus tierras ancestrales, con el fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.

Impunidad y sistema de justicia:

- Acelerar las reformas judiciales y defender las salvaguardias de derechos humanos, como la inadmisibilidad de pruebas obtenidas mediante tortura o malos tratos o el derecho a una defensa efectiva.
- Poner fin al uso indebido del sistema de justicia penal para detener y procesar a defensores y defensoras de los derechos humanos, indígenas y otras personas sobre la base de pruebas falsas o infundadas.
- Garantizar, con medidas como la plena aplicación de la Ley General de Víctimas, el acceso a la verdad, la justicia y la reparación para víctimas de violaciones de derechos humanos y otros delitos.

- Cumplir en su totalidad las sentencias contra México dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incluida la relativa a reformar el Código de Justicia Militar para excluir del fuero militar las violaciones de derechos humanos.

Seguridad pública y desapariciones forzadas:

- Situar la protección de los derechos humanos en el núcleo de las medidas relativas a la seguridad pública.
- Investigar a fondo todas las denuncias de violaciones de derechos humanos -incluidos los casos en los que se acuse a funcionarios públicos de autorizar, respaldar o consentir dichas violaciones-, y garantizar que los responsables comparecen ante la justicia y que las víctimas reciben reparación.
- Aplicar en su totalidad las recomendaciones del Grupo de Trabajo de la ONU sobre desapariciones forzadas o involuntarias.
- Crear, en consulta con las agrupaciones de víctimas, una base de datos nacional detallada de personas desaparecidas, y poner en marcha un mecanismo de búsqueda rápida.
- Asegurarse de que se llevan a cabo investigaciones inmediatas y de alta calidad para determinar la verdad de lo sucedido y el paradero de las víctimas, y garantizar unos procesos fiables de exhumación e identificación.

Detención arbitraria y tortura:

- Aplicar en su totalidad las recomendaciones del Comité de la ONU contra la Tortura.
- Abolir las órdenes de arraigo tanto en el ámbito federal como en el estatal y garantizar que todas las detenciones se llevan a cabo legalmente y quedan registradas con detalle en una base de datos nacional a la que puedan acceder las partes afectadas.
- Reformar los delitos de desaparición forzada y tortura en la legislación federal y en la de los 32 estados para conformarlos a las normas internacionales de derechos humanos, y garantizar que el estado de Guerrero tipifica de inmediato el delito autónomo de tortura.

- Establecer unidades especializadas para investigar y enjuiciar las denuncias de violaciones graves de derechos humanos, tales como la tortura, y hacer públicas sus conclusiones.
- Garantizar que las presuntas víctimas de tortura y otros malos tratos tienen acceso inmediato a exámenes médicos independientes y fiables, de acuerdo con las normas internacionales, y que las conclusiones de estos exámenes tienen el mismo valor probatorio en los procedimientos penales que las de los exámenes médicos oficiales.
- Garantizar que se establece la nueva gendarmería, en consulta con la sociedad civil, para garantizar mecanismos efectivos de supervisión y rendición de cuentas.

III. MEMORÁNDUM DE AMNISTÍA INTERNACIONAL PARA EL PRESIDENTE ENRIQUE PEÑA NIETO

Para marzo de 2014, el gobierno peñista se había comprometido anunciar formalmente sobre las recomendaciones que adoptaría de las 176 anunciadas en 2013 por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.¹⁰

La adopción de aquellas recomendaciones coherentes con los estándares internacionales de derechos humanos, seguida de su rápida implementación con acciones concretas que garanticen efectos duraderos, representará una prueba de qué tan seriamente considera el gobierno sus obligaciones en materia de derechos humanos.

El gobierno de Enrique Peña Nieto ha hecho mucho a nivel nacional e internacional en lo que se refiere a las reformas políticas y económicas, y ha tenido como prioridad desde el inicio de la administración los compromisos públicos, pero las acciones decisivas en derechos humanos han brillado por su ausencia. Esto supone que aparentemente al interior del gobierno los derechos humanos no necesitan ser un tema prioritario, particularmente en la agenda del

10 LOS RETOS DE MÉXICO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. Memorándum de Amnistía Internacional para el Presidente Enrique Peña Nieto, 2014. Impreso y publicado por Amnistía Internacional, Secretariado Internacional, Reino Unido, 2014. Consultado el 11/febrero/2016, en: http://amnistia.org.mx/nuevo/wp-content/uploads/2014/07/Mexico_los_retos_en_materia_de_derechos_humanos_18_02_2014.pdf

presidente. En consecuencia, los derechos humanos se han relegado a funciones administrativas de rango medio de la Secretaría de Gobernación y de otras instituciones con autoridad y capacidades limitadas para impulsar cambios sustanciales.

La experiencia de Amnistía Internacional en el mundo señala que cuando un gobierno realmente quiere cambiar la cultura prevaleciente de abusos de derechos humanos e impunidad debe demostrar que está preparado para hacer de ésta una verdadera prioridad política, no una mera postura retórica sobre compromisos internacionales de derechos humanos; debe dejar en claro que los funcionarios públicos no pueden ignorar los derechos humanos o reducirlos a un tema secundario.

Además, para mostrar que la impunidad dejará de ser tolerada, debe demostrar en la práctica que cualquiera que esté implicado directa o indirectamente en abusos de derechos humanos será llevado ante la justicia y que las víctimas tendrán acceso a la verdad y a la reparación. Amnistía Internacional exhorta al Presidente y a su gabinete a mostrar fuerte determinación y compromiso para abordar la situación crítica de derechos humanos en el país.

A un año de que se hiciera pública la existencia de más de 26.000 personas reportadas como desaparecidas o no localizadas durante la administración pasada, las autoridades aún deben publicar una lista depurada con los casos de aquellas personas que todavía son víctimas de privación de la libertad por parte de bandas criminales o de desapariciones forzadas en las que funcionarios públicos están implicados. La prometida base de datos, a escala nacional, de personas desaparecidas sigue sin operar. La Unidad Especializada de Búsqueda de Personas Desaparecidas de la Procuraduría General de la República (PGR) aún debe publicar los resultados de sus actividades o demostrar que es capaz de intervenir.

Cuando Enrique Peña Nieto, como candidato presidencial, dijo a Amnistía Internacional que asumía “el pleno compromiso de implementar políticas y acciones que erradiquen cualquier acto de tortura”, la organización tuvo la esperanza de que éste fuera el primer paso en reconocer formalmente la magnitud del uso de la tortura y de los malos tratos por parte de las fuerzas de seguridad y de la policía en todos los niveles, en México. Sin embargo, la tortura y los malos tratos abundan. La mayoría de las medidas preventivas parecen estar más bien diseñadas para sub-registrar los niveles de tortura y malos tratos y para asegurar que los perpetradores evadan la justicia. En

consecuencia, el sistema de justicia penal sigue recurriendo a la tortura como medio principal de investigación.

Por otro lado, el tema de la justicia penal sigue siendo el nexo de muchos de los problemas de derechos humanos en México. Las detenciones arbitrarias, la fabricación de acusaciones penales y la violación del derecho al debido proceso y a un juicio justo siguen siendo rutinarias y muy pocas veces conocidas y reparadas. El arraigo, que permite la detención de los sospechosos por largos periodos para realizar investigaciones, continúa favoreciendo los abusos y socava el control judicial.

Al respecto, se han ignorado en repetidas ocasiones las recomendaciones de *órganos* internacionales de derechos humanos de abolir la figura del arraigo. Se prevé que la reforma de justicia penal – iniciada en 2008, pero adoptada en sólo un puñado de estados de cara al plazo de 2016– mejorará los derechos de las víctimas y de los acusados y producirá mejores decisiones judiciales. Sin embargo, en estados que han incorporado dichas reformas, como Chihuahua, las declaraciones obtenidas bajo tortura continúan siendo admitidas, subvirtiendo las protecciones a los derechos humanos que el nuevo sistema procesal debería salvaguardar.

El Código Único de Procedimientos Penales, recientemente aprobado por el Congreso para la jurisdicción penal federal y estatal, debe evitar esta situación y asegurar que la evidencia obtenida de manera ilegal, como las declaraciones extraídas bajo tortura, no será admitida como evidencia, y que se respetarán las demás garantías del debido proceso. Debe también asegurar el fin de la impunidad para los funcionarios públicos implicados en violaciones de derechos humanos.

IV. LA RESPUESTA DEL ESTADO FRENTE A LA DESAPARICIÓN DE PERSONAS EN MÉXICO

AMNISTÍA INTERNACIONAL

Desde 2006, organizaciones de la sociedad civil nacionales e internacionales han advertido del incremento en la desaparición de personas en México. Según datos oficiales –al momento de publicar este informe– se desconoce el paradero de más de 27,000 personas, pero no hay claridad acerca de cuántas de estas personas han sido sujetas a desaparición forzada (es decir, con participación de agentes

estatales), cuántas a desaparición a manos de actores no estatales y cuántas se han ausentado voluntariamente.¹¹

En 2013, Amnistía Internacional publicó su informe *Enfrentarse a una pesadilla: la desaparición de personas en México*¹². Poco ha cambiado desde entonces, pero los esfuerzos de distintos colectivos de víctimas y familiares, organizaciones de la sociedad civil y organismos internacionales han logrado poner el tema en la agenda pública, lo que ha llevado a que el Estado mexicano anuncie algunas medidas para abordar esta crisis. En México no importa si un caso de desaparición es una situación oculta o un caso de alto perfil; las autoridades parecen incapaces de dar respuestas sólidas e institucionales que estén encaminadas a encontrar la verdad y garantizar justicia.

Es necesario que el Estado mexicano asuma su deber de realizar búsquedas exhaustivas de las personas desaparecidas, investigar los hechos, llevar a quienes sean responsables ante la justicia y asegurar reparaciones integrales y adecuadas para las víctimas de estas graves violaciones a los derechos humanos. Asimismo, debe desarrollar una política pública con tendencia a la prevención de las desapariciones de personas.

El Estado mexicano ha anunciado la creación de una Ley General sobre Desapariciones que regulará la actuación de todas las autoridades mexicanas (federales, estatales y municipales) con respecto a este tema. Es necesario que la nueva ley contemple la complejidad del fenómeno y dé respuestas que vayan más allá de la sanción penal. La Ley General debe abarcar medidas de asistencia a las familias, una declaración de ausencia para proteger a la persona desaparecida y su familia, y medidas de reparación integral, entre otras.

Asimismo, en 2015, la Procuraduría General de la República creó una fiscalía especializada para casos de personas desaparecidas; pero aún no se han asegurado los recursos necesarios para garantizar

11 Amnesty International Publications. "Un trato de indolencia". La respuesta del Estado frente a la desaparición de personas en México. Publicado originalmente en 2015 por Amnesty International Publications. Edición española a cargo de: Oficina Regional de Amnistía Internacional para las Américas. Consultado el 11/febrero/2016, en: http://amnistia.org.mx/nuevo/wp-content/uploads/2016/01/AMR_4131502016_SP.pdf

12 Amnistía Internacional, *Enfrentarse a una pesadilla: la desaparición de personas en México* (Índice: AMR 41/025/2013).

su efectividad, asegurando que sus funcionarios rindan cuentas periódicamente sobre su actuación.

A. Principales recomendaciones

- Tipificar, conforme a los más altos estándares internacionales, la desaparición forzada y la desaparición por actores no estatales como delitos autónomos en la Ley General sobre Desaparición, de modo que se garantice que todas las denuncias por desaparición se investiguen exhaustivamente, con independencia de quién sea el presunto autor y que el delito de desaparición forzada sea investigado y sancionado cuando haya indicios de implicación de agentes estatales, incluyendo cuando se trate de su autorización, apoyo o aquiescencia.
- Reconocer la obligación de iniciar de oficio y sin dilación alguna la búsqueda de personas reportadas como desaparecidas a través de un procedimiento establecido en consulta con personas expertas, organizaciones de la sociedad civil y las familias de personas desaparecidas. Se deberán activar métodos específicos para reaccionar lo antes posible dentro de las primeras 72 horas de la desaparición, pero la búsqueda deberá continuar hasta establecer plenamente la suerte o paradero de la víctima.
- Investigar de forma pronta, exhaustiva e imparcial todos los casos de desaparición y desaparición forzada de personas en el país y, en su caso, llevar a los responsables ante tribunales, en juicios justos.
- Reconocer y permitir la participación de familiares de las personas desaparecidas en las investigaciones, proporcionándoles información actual y veraz sobre la misma y permitiendo que aporten información, sugieran líneas de investigación y pidan probanzas. Las autoridades no deben trasladar a la familia la carga de la investigación del caso.
- Adoptar disposiciones legales detalladas con respecto a la declaración de ausencia y a la extensión de derechos de las personas desaparecidas, que tenga efectos claros en la protección de la personalidad jurídica y otros derechos de la persona desaparecida y la protección de su patrimonio y el de

su familia. Desde iniciado el proceso de declaración de ausencia se deberían suspender las obligaciones a cargo de la persona desaparecida, incluyendo la generación de intereses por deudas de cualquier especie a su favor. La ley debería garantizar que el proceso y todos los trámites relacionados con el mismo sean sencillos, accesibles y gratuitos.

- Garantizar reparaciones integrales a las víctimas, que tomen como base estándares internacionales y consideren la particularidad de las víctimas, incluyendo medidas de restitución, rehabilitación, satisfacción, no repetición, derecho a la verdad y a la memoria histórica. Las reparaciones no deben tener como requisito la instauración de procesos penales en contra de los perpetradores.

V. INFORME DEL RELATOR ESPECIAL SOBRE LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS, CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES

El resumen del Relator Especial que visitó México entre el 21 de abril y el 2 de mayo de 2014, indica que:

La tortura es generalizada en México. Ocurre especialmente desde la detención y hasta la puesta a disposición de la justicia, y con fines de castigo e investigación. Identificó varias causas de la debilidad de las salvaguardias de prevención y recomienda medidas para atenderlas. Observó también serios problemas en las condiciones de detención, especialmente hacinamiento.¹³

Punto 23

En el punto 23 de evaluación nacional, inciso A, “Tortura y malos tratos”, el relator describe que:

13 INFORME DEL RELATOR ESPECIAL SOBRE “LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS, CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES”. JUAN E. MÉNDEZ, SOBRE SU MISIÓN A MÉXICO (21 DE ABRIL A 2 DE MAYO DE 2014) NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, DICIEMBRE 2014. Consultado el 11/ febrero/2016, en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/252/91/PDF/G1425291.pdf?OpenElement>

La tortura y los malos tratos son generalizados en México. El Relator Especial recibió numerosas denuncias verosímiles de víctimas, familiares, sus representantes y personas privadas de libertad y conoció varios casos ya documentados que demuestran la frecuente utilización de torturas y malos tratos en diversas partes del país por parte de policías municipales, estatales y federales, agentes ministeriales estatales y federales, y las fuerzas armadas. La mayoría de las víctimas son detenidas por presunta relación con la delincuencia organizada. Esto se potencia con el régimen de excepción constitucional y legal que afecta a estos detenidos, que incluye el arraigo, la prisión preventiva oficiosa y la posibilidad del ministerio público de ampliar el plazo de detención (“retención” previo a la presentación judicial).

Punto 25

La tortura se utiliza predominantemente desde la detención y hasta la puesta a disposición de la persona detenida ante la autoridad judicial, y con motivo de castigar y extraer confesiones o información incriminatoria. En 2012, según una encuesta del Centro de Investigación y Docencia Económicas, el 57,2% de los detenidos en centros federales dijo haber sido golpeado durante la detención y el 34,6% declaró haber sido forzado a firmar o modificar una confesión. Consistentemente, un alarmante número de los detenidos entrevistados alegó haber sido víctimas de torturas luego de su detención. En el Centro de Investigaciones Federales, donde están los arraigados, prácticamente todas las personas entrevistadas alegaron haber sufrido torturas y malos tratos previo al ingreso.

Punto 26

El Relator Especial observó inquietantes coincidencias entre los testimonios:

Las personas denuncian, generalmente, haber sido detenidas por personas vestidas de civil, a veces encapuchadas, que conducen autos no identificados y no cuentan con una orden judicial ni informan de los motivos de la detención. Cuando se detiene en un domicilio, el ingreso suele practicarse sin orden judicial

y se producen daños a la propiedad y robos. La detención va acompañada de golpes, insultos y amenazas. Las personas son conducidas con los ojos vendados a sitios que desconocen, incluyendo bases militares, donde continúan las torturas, que combinan: golpes con puños, pies y palos; “toques” con dispositivos; el cítrico (“chicharra”, generalmente en los genitales; asfixia con bolsa de plástico; introducción de agua con un trapo en la boca (*waterboarding*); desnudez forzada; suspensión; amenazas e insultos. En oportunidades transcurren días sin que se informe del paradero de la persona o se la presente ante la autoridad ministerial o judicial. Repetidamente, las víctimas fueron presentadas ante medios de comunicación como delincuentes, sin que exista sentencia condenatoria, lo que constituye en sí trato degradante.

Punto 27

Se conocieron casos donde las víctimas fallecieron a causa de las torturas padecidas, y casos donde la tortura acompaña ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas. Recibió preocupantes testimonios relativos a las excesivas demoras, errores, falta de información, estigmatización y hostigamiento que reciben los familiares de las personas desaparecidas en los procesos de búsqueda e identificación de restos, lo que también puede constituir malos tratos. Esto abarca delitos cometidos tanto por agentes estatales como por particulares.

Punto 29

En general las víctimas de torturas y maltratos son personas de bajos recursos o de sectores sociales marginados, lo que agudiza los problemas de estigmatización y debilidad de las salvaguardias de protección. El Relator Especial llama la atención sobre los numerosos casos donde personas sin aparente vinculación con las conductas delictivas investigadas reportan haber sido detenidas, forzadas a firmar declaraciones bajo tortura y, en casos, sentenciadas con base en esas declaraciones.

Punto 32

En el inciso B, "Investigaciones", punto 32, El Relator describe:

El alto número de denuncias y los testimonios recibidos no se reflejan en igual número de investigaciones por torturas y malos tratos y menos aún en condenas, signo de una preocupante impunidad. El Gobierno informó de sólo cinco sentencias condenatorias de tortura entre 2005 y 2013; dos han quedado firmes e imponen penas de 3 y 37 años, respectivamente. El número de recomendaciones por tortura y malos tratos de la CNDH y de las comisiones estatales también dista significativamente del número de quejas recibidas por estos organismos. Ante 11.254 quejas de torturas y malos tratos recibidas entre 2005 y 2013, la CNDH emitió 223 recomendaciones, sobre las cuales no existe una sola sentencia penal. Esto indica que la impunidad abarca casos de tortura comprobados por las comisiones. Salvo ejemplos aislados, tampoco hay investigaciones administrativas ni destituciones y muchos de los presuntos culpables continúan en sus funciones.

Punto 33

A nivel estatal impera similar impunidad. En el D.F. se reportaron 388 averiguaciones previas iniciadas desde 2008 por tortura, solo dos acciones penales iniciadas y 121 en trámite. Desde 2005 hubo solo tres sentencias condenatorias que condenan a 12 personas con penas no acordes con la gravedad del delito. Empero, entre 2011 y febrero de 2014, la Comisión de Derechos Humanos del D.F. reportó 386 quejas de tortura, y emitió 12 recomendaciones. Nuevo León no cuenta con ninguna sentencia condenatoria por tortura, pero la Comisión Estatal de Derechos Humanos recibió 293 quejas y emitió 67 recomendaciones por torturas y malos tratos entre 2012 y principios de 2014. En Chiapas se reportaron cuatro sentencias por tortura entre 2007 y 2013, todas absolutorias.

Punto 49

En relación al tema del Arraigo, en el punto 49, el Relator informa:

El arraigo consiste en la detención de una persona, con orden judicial y a pedido de la PGR, por un plazo de 40 días, prorrogable por igual período. La finalidad es investigar la presunta participación del arraigado en un delito relacionado con delincuencia organizada y decidir si se presentan cargos penales. El Relator Especial considera que el arraigo viola el derecho de libertad personal, el debido proceso, y el principio de presunción de inocencia, y expone al detenido a posibles torturas, por lo que llama enérgicamente al Estado a eliminarlo inmediatamente.¹⁴

Punto 50

El Relator Especial no recibió denuncias de torturas perpetradas dentro del Centro de Investigaciones Federales, aunque la mayoría de los arraigados entrevistados alegaron haber sido víctimas de torturas antes de ingresar. Sin embargo, la CNDH registró un aumento de 45 a 148 quejas entre 2008 y 2011 por violaciones de derechos humanos en situaciones de arraigo.

Punto 53

Aun cuando el arraigo vaya disminuyendo con la implementación definitiva del proceso penal acusatorio, la medida es contraria al derecho internacional y alimenta la filosofía prevaleciente de detener para investigar. Esto se manifiesta en el D.F., que mantiene el arraigo aunque con distinto nombre (“detención con control judicial” y menor duración. Preocupa al Relator Especial que el CNPP autorice una detención domiciliaria (“resguardo domiciliario”, así como un plazo de hasta seis meses de investigación complementaria, luego de la vinculación al proceso y antes de presentados los cargos, para que el Ministerio Público investigue¹⁵. Durante este tiempo la persona puede estar en prisión preventiva, que en el caso de delitos graves es preceptiva. El Relator Especial recomienda fortalecer las garantías procesales para asegurar la presunción de inocencia y evitar replicar la institución del arraigo con otras figuras afines.

14 Véanse CAT/C/MEX/CO/5-6, párr. 11, CAT/OP/MEX/1, párrs. 212 a 238, A/HRC/19/58/Add.2, párr. 88, y E/CN.4/2003/8/Add.3, párr. 50.

15 CNPP, art. 321.

IV. LOS APORTES DE LA CNDH SOBRE LA SOBREPoblación EN LOS CENTROS PENITENCIARIOS DE LA REPÚBLICA MEXICANA¹⁶

Comparativo de capacidad instalada, población y sobrepoblación penitenciaria en México				
AÑOS	(1990-2015)			
	Capacidad instalada	Población total	Sobre-población	% de sobrepoblación
1990	61,173	93,119	31,946	52.2%
1991	72,872	86,655	13,783	18.9%
1992	80,969	85,712	4,743	5.9%
1993	86,065	91,364	5,299	6.2%
1994	88,071	86,326	-1,745	-2%
1995	91,422	93,574	2,152	2.4%
1996	97,565	103,262	5,697	5.8%
1997	99,858	114,341	14,483	14.5%
1998	103,916	128,902	24,986	24%
1999	108,808	142,800	33,992	31.2%
2000	121,135	154,765	33,630	27.8%
2001	134,567	165,687	31,120	23.1%
2002	140,415	172,888	32,473	23.1%
2003	147,809	182,530	34,721	23.5%
2004	154,825	193,889	39,064	25.2%
2005	159,628	205,821	46,193	28.9%
2006	164,929	210,140	45,211	27.4%
2007	165,970	212,841	46,871	28.2%
2008	171,437	219,754	48,317	28.2%
2009	173,060	224,749	51,689	29.9%
2010	181,876	219,027	37,151	20.4%
2011	185,561	227,671	42,110	22.7%
2012	188,147	237,580	49,433	26.3%
2013	195,278	242,541	47,263	24.2%

16 "LA SOBREPoblación EN LOS CENTROS PENITENCIARIOS DE LA REPÚBLICA MEXICANA". ANÁLISIS Y PRONUNCIAMIENTO. COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, 2015. Consultado el 11/febrero/2016, en: http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Slider/Sobrepoblacion_CPRP.pdf

2014	197,993	248,487	50,494	25.5%
2015	203,084	254,705	51,621	25.4%

Fuente: Tercer informe de labores de la SSP, 2009; Quinto informe de labores de la SSP, 2011. Cuaderno mensual de información estadística penitenciaria nacional, Secretaría de Gobernación/Comisión Nacional de Seguridad/Órgano Administrativo Desconcentrado de Prevención y Readaptación Social, junio de 2012, febrero 2013, enero 2014 y julio de 2015.

A continuación presentamos el siguiente cuadro comparativo que refleja los contrastes internacionales:

País	Metros	Espacio
Suiza	12 m ² por persona	Celda individual
Australia	9 m ² por persona	
Guatemala	8 m ² por persona	
Chile	6 m ² por persona	
Albania	4 m ² por persona	
Kenia	4 m ² por persona	
Senegal	4 m ² por persona	
Estados Unidos	3 m ² por persona	
México	4 m ² por persona	
	15 m ²	Celda triple

Fuente: Centros de Prevención y Readaptación Social, *Normas de Diseño*, Secretaría de Gobernación. México, 1982.

El Comité para Prevenir la Tortura, en alcance al comentario expresado a la regla 18, de las Reglas de Europa¹⁷, sugiere que una celda individual debe ser de 9 a 10m².

Importa dejar claro que el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) establece recomendaciones con el propósito de definir un criterio sensato de habitabilidad, y sugiere:

17 Recomendación (2006)2 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas. Consejo de Europa. Estrasburgo. 2006.

Alojamiento en celda individual	Alojamiento en celda múltiple
Un detenido. Dimensión de la celda de 5.4 m ² . Incluye una cama pero no los servicios sanitarios.	Diez detenidos. Dimensión del dormitorio de 3.4 m ² por recluso (superficie total: 34 m ²). Incluye el espacio para las literas y servicios sanitarios.

A. Derechos humanos en conflicto

El informe precisa que, de conformidad con el Título Primero, Capítulo I. “De los Derechos Humanos y sus Garantías”, las personas en reclusión penitenciaria gozarán, al igual que toda persona en el territorio, de los derechos humanos. En este sentido, se interpreta lo consagrado en el párrafo segundo del artículo 18 constitucional¹⁸, que establece que la finalidad de la pena es la reinserción social, objetivo que se logra bajo la base del respeto a los derechos humanos.

Para la atención de la sobrepoblación penitenciaria, una de las alternativas por las que se ha optado para resolverla, es el de construir más prisiones, lo que no ha resuelto el problema de fondo. La situación existente parte también del excesivo uso de la prisión; los datos al año de 2013 presentan que sólo en 3.6% del total de los sentenciados se contempló el uso de medidas alternativas, como multas y reparación del daño, siendo sentenciados a pena privativa de libertad 96.4%, sin hacer diferenciación entre delitos graves y no graves, por lo que 58.8% del total de los internos a nivel nacional, contaba con sentencias menores de 3 años de prisión.¹⁹

B. Recomendaciones, informes y diagnósticos de la CNDH

A cuatro años de la reforma en materia de derechos humanos, aun se evidencian múltiples desafíos en torno a la salvaguarda y garantía plena de los derechos humanos en México.

¹⁸ El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley.

¹⁹ México Evalúa, Centro de Análisis de Políticas Públicas, A.C. La cárcel en México ¿Para qué? México. 2013. p.4.

Dar cumplimiento al mandato constitucional de proteger los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano no es un trabajo fácil, debido a que involucra el respeto y guarda de bienes tan preciados como son la libertad y la dignidad humana de todas aquellas personas que se encuentran bajo la tutela de un juez, ya sea por estar vinculadas a un proceso o porque se les ha impuesto una sentencia condenatoria.

En el Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria de 2014, realizado por este Organismo Nacional, en una muestra conformada por 130 centros penitenciarios, se identificó a la sobrepoblación como una de las principales violaciones de derechos humanos en 72 centros estatales.

De los datos recabados en el proceso de elaboración del Diagnóstico, se pudo identificar en 28 centros una sobrepoblación con riesgo crítico debido a que exceden en más de 40% su capacidad instalada, 20 centros con riesgo alto en virtud de exceder el 20% de su capacidad instalada y 24 centros con riesgo moderado en virtud de exceder desde un interno hasta menos del 20% de la capacidad instalada.

IV. APUNTES FINALES

Se ha abusado de la cárcel como castigo. Lejos de ser una pena sólo para aquellos individuos que presentan una amenaza potencial a la sociedad, la prisión se ha convertido en la salida fácil de las autoridades para lidiar con las violaciones a la ley, sin importar su tipo o carácter. Así lo sugieren los datos que se presentan en este documento.²⁰

En México, 96.4 por ciento de las personas con una sentencia condenatoria están en la cárcel (al restante 3.6 por ciento se le sancionó con una multa o pago de reparación del daño). Además, 41.3 por ciento de las personas en prisión están esperando una sentencia. Este abuso de la cárcel ha llevado a un grave problema de sobrepoblación dentro de los centros penitenciarios en México. Poco a poco, esto ha resultado en reducción de la cobertura de servicios a la población

20 México Evalúa, Centro de Análisis de Políticas Públicas. "LA CÁRCEL EN MÉXICO: ¿Para qué?". Documento elaborado por Leslie Solís, Néstor de Buen y Sandra Ley, con base en la información del reporte realizado por Guillermo Zepeda Lecuona, con la asistencia de Lizeth Gutiérrez García, Cynthia Zepeda Lecuona y Sofía Lee, para México Evalúa. "Situación y desafíos del sistema penitenciario mexicano", está disponible en la página web de México Evalúa (www.mexicoevalua.org).

penitenciaria, e insuficiencia de espacios adecuados para las actividades psicoterapéuticas y pedagógicas, fundamentales para la reinserción de los internos.²¹

Otro dato relevante es el tipo de condenas que se cumplen, pues la mayoría corresponde a delitos menores. Así, lejos de combatir la inseguridad, la cárcel tiene justamente el efecto contrario. Una persona que es encarcelada por un robo menor saldrá en libertad después de tres años (o menos) y se enfrentará con dificultades para encontrar un trabajo por el estigma de haber estado en la cárcel. Además, por el efecto criminógeno que la cárcel misma puede tener, puede terminar cometiendo delitos más graves.²²

En las condiciones actuales de las cárceles mexicanas, la reinserción no se lleva a cabo satisfactoriamente y por el contrario, las habilidades que se aprenden más fácilmente son aquellas asociadas con más conductas delictivas o violentas. Así, al salir, la posibilidad de reincidencia o de reclutamiento por parte de grupos criminales crece. Por lo tanto, la cárcel representa un alto costo social y económico que no se traduce en un proceso de reinserción real.²³

Urge implementar reformas al sistema penitenciario que permitan modificar las tendencias de crecimiento actuales de la población carcelaria y así controlar también las consecuencias asociadas. Entre otras cosas, se propone replantear el sistema de sanciones y hacer un uso responsable de la prisión como medida extrema. Un primer paso es hacer una revisión profunda de nuestra legislación penal y eliminar la sanción carcelaria para algunos delitos no graves.²⁴

DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

Brigadas Internacionales de Paz - Proyecto México. "Panorama de la Defensa de los Derechos Humanos en México: Iniciativas y Riesgos de la Sociedad Civil Mexicana". Coord. Graciela Martínez González. México, abril, 2013. http://peacebrigades.org/fileadmin/user_files/projects/mexico/files/PBI_Publications/Panorama_de_la_Defensa_de_los_Derechos_Humanos_en_Me%CC%81xi.pdf.

21 Ídem.

22 Ídem.

23 Ídem.

24 Ídem.

.México: Información de Amnistía Internacional para el examen periódico universal de la ONU. Amnistía Internacional, marzo de 2013. http://amnistia.org.mx/nuevo/wp-content/uploads/2014/07/Mexico_Aumento_Violaciones_DH_01_03_2013.pdf.

LOS RETOS DE MÉXICO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. Memorandum de Amnistía Internacional para el Presidente Enrique Peña Nieto, 2014. Amnistía Internacional, Secretariado Internacional, Reino Unido, 2014. http://amnistia.org.mx/nuevo/wpcontent/uploads/2014/07/Mexico_los_retos_en_materia_de_derechos_humanos_18_02_2014.pdf.

Amnesty International Publications. "Un trato de indolencia". La respuesta del Estado frente a la desaparición de personas en México. Publicado originalmente en 2015 por Amnesty International Publications. Edición española a cargo de: Oficina Regional de Amnistía Internacional para las Américas. http://amnistia.org.mx/nuevo/wpcontent/uploads/2016/01/AMR_4131502016_SP.pdf.

INFORME DEL RELATOR ESPECIAL SOBRE "LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS, CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES". JUAN E. MÉNDEZ, SOBRE SU MISIÓN A MÉXICO (21 DE ABRIL A 2 DE MAYO DE 2014) NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, DICIEMBRE 2014. <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/252/91/PDF/G1425291.pdf?OpenElement>.

"La sobrepoblación en los centros penitenciarios de la república mexicana". Análisis y pronunciamiento. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015. http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Slider/Sobrepoblacion_CPRP.pdf.

México Evalúa, Centro de Análisis de Políticas Públicas. "LA CÁRCEL EN MÉXICO: ¿Para qué?". (www.mexicoevalua.org).

LA PRIMERA SUMISIÓN DE CASO DE ESTERILIZACIÓN FORZADA A LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Sarah Dayanna Lacerda Martins Lima

Profesora de Derecho del Centro Universitario Estácio de Ceará; Doctoranda en Derecho por la Universidade de Coimbra - UC; Maestra en Políticas Públicas por la Universidad Estadual de Ceará - UECE; Licenciada en Derecho y Especialista en Derecho Internacional por la Universidad de Fortaleza - Unifor.

INTRODUCCIÓN

Desde el principio de los tiempos, uno de los principales objetivos de la raza humana es el de asegurar su perpetuación, generando descendencia a partir de la reproducción. Este hecho hace que sea posible comprender el acto de la procreación como un aspecto importante de la vida humana.

El reconocimiento de los derechos reproductivos como derechos humanos fundamentales en el campo jurídico internacional constituye el reconocimiento de la sexualidad y la reproducción como aspectos de la vida humana que deben ser protegidos por un conjunto de reglas, que requieren de la implementación de políticas públicas por parte de los Estados, con el fin de garantizar el ejercicio de estos derechos.

Los titulares de los derechos reproductivos, expresamente mencionados en el Plan de Acción de El Cairo¹ son: parejas, adolescentes, mujeres (incluso las solteras), hombres y ancianos. Pero lo que vemos es, que a pesar de que estos derechos se extienden a todos los titulares

1 El Plan de Acción de El Cairo fue el resultado de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (CIPD), celebrada entre el 5 y el 13 de septiembre de 1994, en El Cairo. Este programa de acción declaró los derechos reproductivos una categoría de derechos humanos ya reconocidos en los tratados internacionales, incluido el derecho a la elección libre y responsabilidad del número de hijos y su espaciamiento, disponiendo de la información, la educación y los medios necesarios para hacerlo.

anteriores, es en las mujeres que las normas jurídicas y las políticas de gobierno están más enfocadas, destinándose a ellas no la asignación de derechos, sino el establecimiento de deberes reproductivos.² Este fenómeno acaba por crear una paradoja dentro del tema de los derechos reproductivos, ya que las reglas que debían proteger a las mujeres a menudo terminan haciéndolas víctimas de los programas de gobierno que violan sus derechos, como en el caso de los programas de esterilización.³

La esterilización forzada de mujeres, como el objeto de esta investigación, configura una grave violación de los derechos reproductivos y constituye un dominio de estudios todavía poco desarrollados en el marco legal. A pesar de la actualidad de esta temática (la esterilización forzada de mujeres se practica hoy por hoy en varias partes del mundo y varios casos han sido traídos a la atención de los tribunales internacionales de derechos humanos) y su transversalidad respecto a diversos temas jurídicos (tales como, por ejemplo, el consentimiento a los actos médicos, eugenia, delitos de tortura, crímenes de genocidio, sanciones penales y protección de la integridad física), aun así hay pocas formulaciones concluyentes sobre este tema. Gran parte de la doctrina que trata del tema en cuestión se encuentra principalmente en los campos de la Historia y Salud Pública.⁴ Así, esta investigación tiene por finalidad contribuir a la literatura

2 De acuerdo con la constatación en el Informe de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer de Beijing (1995), las mujeres son biológica y psicológicamente más vulnerables a las violaciones de sus derechos en materia sexual y reproductiva que los hombres. Sin embargo, las normas legales, al elegir dar prioridad a este grupo humano, imprimen a esta acción un carácter intervencionista y autoritario.

3 Desde el año 2013, los medios de comunicación difunden informes de numerosos casos de mujeres que murieron o fueron hospitalizadas en estado grave en la India después de participar de programas públicos de esterilización.

4 *Vide*: BROBERG, Gunnar; ROLL-HANSEN, Nils. *Eugenics and the Welfare State: Sterilization Policy in Norway, Sweden, Denmark, and Finland*. East Lansing: Michigan State University Press, 2005; BRUINIUS, Harry. *Better for all the world: The secret history of sterilization and America's quest for racial purity*. New York: Vintage Books, 2006; DICK, Erika. *Facing Eugenics: Reproduction, sterilization and the politics of choice*. Toronto: University of Toronto Press, 2013; DOWBIGGIN, Ian. *The Sterilization Movement and Global Fertility in the Twentieth Century*. New York: Oxford, 2008; KLUCHIN, Rebecca M. *Fit to be Tied: Sterilization and Reproductive Rights in America, 1950-1980*. Rutgers University Press: New Jersey, 2004.

científica sobre los crímenes de esterilización forzada y despertar el interés de la sociedad académica, especialmente en el ámbito jurídico.

El presente artículo, desarrollado por medio de investigación bibliográfica y documental, tiene como objetivo presentar el caso n° 12655 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos - CIDH, el primer caso de esterilización forzada sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el año 2015; abordar los crímenes de la esterilización forzada a la luz del concepto de derechos reproductivos con el fin de demostrar la sexualidad y la reproducción femenina como campos de operación y control del Estado, los cuales se relacionan directamente con la eliminación de ciertos “problemas sociales”; y, por último, aportar la base jurídica para el reconocimiento de los derechos reproductivos en la arena internacional.

1. EL CASO N° 12.655 DE LA CIDH

Conforme al comunicado de prensa 64/15, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el 23 de abril de 2015, el caso n° 12.655, en relación con Bolivia.⁵ El caso se refiere a la cirugía de esterilización a la cual fue sometida la Sra. I.V. (no se reveló el nombre de la solicitante) en un hospital público en Bolivia el 1° de julio de 2000. Esta intervención, que consiste en una ligadura de trompas bilateral, resultó en la esterilización permanente y forzada de la Sra. I.V. El procedimiento se realizó después de una cesárea, sin el consentimiento de la Sra. I.V. y sin tratarse de caso de emergencia. La CIDH concluyó que la cirugía era una violación de la integridad física y psicológica de la Sra. I.V., así como de su derecho a vivir libre de violencia y discriminación, acceso a la información, la privacidad y la vida familiar, incluyendo la autonomía reproductiva como parte de tales derechos. La Comisión concluyó, aún, que el estado no ha proporcionado a la víctima una respuesta judicial efectiva a tales violaciones.⁶

5 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Comunicado de Prensa 64/15. Disponible en: <<<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/Comunicados/2015/064.asp>>> Acceso en: 23 abril 2016.

6 La descripción del caso se encuentra presente en el Informe N° 72/14. Disponible en: <<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2015/12655FondoEs.pdf>> Acceso en: 23 abril 2016.

En su informe, la Comisión recomendó al Estado de Bolivia⁷ compensar completamente a Sra. I.V. por las violaciones a sus derechos humanos, teniendo en cuenta sus perspectivas y necesidades, incluyendo compensación por los daños materiales y morales sufridos; proporcionar atención médica de alta calidad e individualizada al Sr. V.I., según sus necesidades y adecuada al tratamiento de enfermedades que padece; investigar los hechos relacionados con la esterilización involuntaria de la Sra. I.V.; establecer sanciones que pueden aplicarse a los responsables; adoptar medidas necesarias con vistas a evitar la recurrencia de eventos similares futuros; evaluar políticas y prácticas en todos los hospitales con el objeto de obtener el consentimiento informado de los pacientes; adoptar la legislación, las políticas públicas y los programas que se exigen a fin de garantizar el derecho de todas las personas a no ser objeto de intervenciones o tratamientos sin su consentimiento; investigar las deficiencias en las prácticas de la judicatura y sus órganos auxiliares que permiten retrasos excesivos en procedimientos judiciales; y tomar las medidas necesarias para garantizar el acceso efectivo a la justicia a través del debido proceso y de una rápida y eficaz administración de justicia.

La Comisión Interamericana sometió el caso n° 12.655 a la jurisdicción de la CorteIDH por considerar que el Estado de Bolivia no estaba en conformidad con las recomendaciones contenidas en el Informe del Fondo.⁸

Entre los días 21 de abril y 4 de mayo de 2016, la CorteIDH celebra su 114° Período de Secciones Regulares, durante el cual realizará cuatro audiencias públicas sobre casos contenciosos en su sede en San José, Costa Rica. Uno de ellos es el caso V.I. *vs.* Bolivia, cuya audiencia está prevista para el día 2 de mayo.⁹

7 Bolivia se unió a la Convención Americana sobre Derechos Humanos el 19 de julio 1977 y aceptó la competencia de la CorteIDH el 27 de julio de 1993.

8 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Nota de remisión. Disponible en: <<<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2015/12655NdeRes.pdf>>> Acceso en: 23 abril 2016.

9 Las audiencias públicas son de entrada libre, también se transmiten en vivo en el sitio de Internet de la CorteIDH. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Las Audiencias Públicas 114 Período Ordinario de Sesiones. Disponible en: << >> <http://www.corteidh.or.cr/index.php/audiencias-publicas>>> Acceso en: 27 abril 2016.

A pesar de ser el primer caso de esterilización forzada a llegar a la jurisdicción de la CorteIDH, sería engañoso imaginar que el caso n° 12.655 consiste en un hecho aislado en el contexto de América Latina. En 1990, en el Perú, durante la dictadura de Alberto Fujimori (1990-2000), uno de los más sorprendentes casos de violación de los derechos humanos fue la esterilización forzada de cerca de 400 mil personas, de las cuales aproximadamente 350 mil eran mujeres.¹⁰ Incluso, el 14 mayo de 2015, el Ministerio Público de Perú reabrió el caso presentado en enero de 2014, en el cual tiene la intención de señalar la responsabilidad de Fujimori y sus tres ministros de la salud (Eduardo Yong, Marino Costa y Alejandro Aguinaga). Ya cuando se trata de la realidad de Brasil, se estima que este país posee las mayores tasas de esterilización en el mundo.¹¹ Aunque, en Brasil, no sea común el uso de la fuerza u ofrenda de ventajas financieras, difícilmente son ofertadas todas las informaciones necesarias para un consentimiento consciente, lo que configura una esterilización compulsiva. Además, en el contexto brasileño, así como en otros países, todavía hay desacuerdos sobre los derechos reproductivos de las personas con discapacidad mental.¹²

Lejos de ser sólo un problema de América Latina y a pesar de ser el primer caso a ser planteado bajo la jurisdicción de la CorteIDH, los delitos de esterilización forzada consisten en graves violaciones de los derechos humanos, de la autonomía sexual y reproductiva de los individuos, trayendo consecuencias negativas para la trayectoria

10 Uno de los casos de esterilización forzada más popular en América Latina es el de María Mamérita Chávez, en referencia a la denuncia n° 12.191, recibida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 15 de junio de 1999, para la cual se desarrolló una solución amistosa.

11 *Vide*: BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate biomédico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; TELES, Maria Amélia de Almeida. *O que são direitos humanos das mulheres*. São Paulo: Brasiliense, 2007.

12 En 2004, una sentencia judicial dictada en el Estado de São Paulo autorizó la esterilización de una mujer de 27 años con discapacidad mental que no tenía hijos, lo que viola claramente la ley brasileña de planificación de la familia (Ley N° 9263/96) y viola la dignidad humana. En la actualidad, aunque Brasil haya ratificado la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que establece que los incapaces tienen el derecho de tomar decisiones sobre sus vidas, todavía surgen muchas preguntas relativas al reconocimiento de los derechos reproductivos de las personas con discapacidad y a la posibilidad de esterilización de las mismas.

personal, la vida afectiva y la dimensión psicológica de muchas personas (principalmente mujeres) por todo el mundo, tomando, también, proporciones en el campo de la economía, política, ciudadanía, entre otros.

2. LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS Y LA DIMENSIÓN GLOBAL DE LOS DELITOS DE ESTERILIZACIÓN FORZADA

La aparición de los derechos reproductivos es el resultado de la contribución de los movimientos feministas, que inició las discusiones sobre los patrones socioculturales vigentes, relacionados a la vida sexual y la reproducción humana. El uso del término “derechos reproductivos” por las feministas se remonta a 1984, durante el primer Encuentro Internacional de Salud de la Mujer, celebrado en Ámsterdam. Sin embargo, sólo en los años 1990 estos derechos fueron introducidos en el ámbito del Derecho Internacional, pudiendo ser llamados de “hijo más joven de los derechos humanos”.¹³

Los derechos reproductivos se basan en el reconocimiento de la capacidad de cada individuo para organizar libremente su vida reproductiva. De conformidad con Vera Lucia Raposo¹⁴, lo que ahora se llama los derechos reproductivos dice respecto a una problemática que involucra el *derecho a tener hijos* y el *derecho a no tener hijos*. Estos dos derechos opuestos (mientras estén conectados) abarcan una amplia gama de derechos referentes a la esfera reproductiva: el derecho al aborto legal y el derecho a tratamiento de fertilidad; el derecho a una salud reproductiva de calidad y el derecho al acceso a métodos de control de la natalidad; el derecho a elegir el número de hijos que desean tener y el derecho a realizar el procedimiento de esterilización, entre otros.

Aunque muchos progresos se han logrado en el campo legal, las violaciones de los derechos reproductivos aún persisten por todo el mundo, como es el caso de esterilizaciones forzadas, que han sido llevadas a cabo por más de un siglo en diversas partes del mundo.¹⁵

13 ALVES, José Eustáquio Diogenes. Direito reprodutivo: O filho caçula dos Direitos Humanos. In *APARTE - Inclusão Social em Debate*, Rio de Janeiro: IE/UFRJ, 2004.

14 RAPOSO, Vera Lúcia. Direitos Reprodutivos. In *Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. Ano 2, nº 3, 2005

15 Alemania, Australia, Bolivia, Brasil, China, Costa Rica, Dinamarca, Eslovaquia, Estados Unidos, Finlandia, India, Nigeria, Panamá, Perú, Portugal, Sri Lanka y

2.1. La esterilización forzada como una herramienta de los gobiernos para eliminar “problemas sociales”

En la mayoría de las culturas alrededor del mundo, la fecundidad, la fertilidad, la facultad reproducción son vistas como una dádiva. De hecho, muchas expresiones del arte antigua traen imágenes de mujeres embarazadas como símbolos de la belleza y la prosperidad, pues a causa de ellas brotan nuevas vidas. Por el contrario, la esterilidad, la incapacidad para procrear se considera una maldición.¹⁶

La esterilización es un método anticonceptivo permanente, o quirúrgico, que puede realizarse tanto en hombres como en mujeres. En la mujer, se lleva a cabo por medio de la ligadura de trompas y, en el hombre, por medio de la vasectomía.

La ligadura de trompas (LT) se puede realizar mediante diversas técnicas, siendo la técnica de Pomeroy la más comúnmente utilizada. La técnica en cuestión consiste en una salpingoclasia segmentar, es decir, el segmento de la trompa uterina se seca y aísla por medio de una pinza hemostática, para formar un enlace. La base del enlace es, entonces, atada con un hilo absorbible.¹⁷

Como en cualquier otro método anticonceptivo, la esterilización sólo debería realizarse con pleno y libre consentimiento del individuo. Sin embargo, actualmente, mujeres de todas las partes del mundo son forzadas o coaccionadas a someterse a procedimientos de esterilización. Casos de esterilización forzada son reportados en las Américas, en África, Asia, Europa y Oceanía, y las víctimas rara vez vienen a lograr justicia por las violaciones sufridas a sus derechos.

Según Radhika Coomaraswamy¹⁸, la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la violencia contra las mujeres, la esterilización forzada consiste en un método quirúrgico de control de la fertilidad femenina, el cual viola la integridad física y mental de las mujeres, siendo considerado un acto de extrema violencia.

Suecia son ejemplos de países en los que se pueden encontrar pruebas y denuncias de crímenes de esterilización forzada de mujeres desde principios del siglo XX.

16 BOTTEGA, Clarissa. *Liberdade de procriar e o princípio da dignidade da pessoa humana*. In Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá. Vol. 9, nº 1, p. 37-58, 2007.

17 POLI, Marcelino Espírito Hofmeister *et al.* Manual de anticoncepção da FEBRASGO. In *Feminina*. Vol. 37, nº 9, 2009.

18 RADHIKA COOMARASWAMY. *Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences*. Organización de las Naciones Unidas, 1998.

Aunque tanto hombres como mujeres puedan ser sometidos forzosamente a la esterilización, las mujeres y niñas siguen siendo desproporcionadamente afectadas, una vez que la mujer todavía es vista, predominantemente, como un ser reproductor, cuyo carácter maternal la haría naturalmente dedicada a la procreación y los cuidados con la prole.

En la comprensión de las Naciones Unidas¹⁹, las esterilizaciones llevadas a cabo contra la voluntad o sin el conocimiento del paciente se pueden llamar de dos maneras: *esterilización forzada* y *esterilización coactiva*. La esterilización forzada se produce cuando la mujer no toma conocimiento del procedimiento o no se le da la oportunidad de consentir con el mismo.²⁰ La esterilización coactiva, o compulsiva, se produce por medio de la provisión de beneficios económicos u otros tipos de incentivos, de táctica de intimidación y del no suministro de las informaciones necesarias por parte de los profesionales de la salud, con el fin de obtener el consentimiento de las mujeres para la realización de la cirugía.²¹ El término *esterilización involuntaria* es generalmente utilizado para hacer mención a ambos tipos de esterilización aludidos.²²

19 NACIONES UNIDAS. *Eliminating Forced, Coercive and otherwise Involuntary Sterilization: Na interagency statement*. United Nations Organisation, 2014.

20 E.g: De acuerdo con los hechos descritos en el caso n°. 16.761/09 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (GB y RB *vs.* República de Moldova), con decisión emitida en marzo de 2013, se llevó a cabo la extracción de los ovarios y las trompas de Falopio de la Sr^a GB sin su consentimiento, después de haberse realizado una cesárea. La eliminación de estos órganos ha ocasionado su infertilidad, además de haber acarreado una menopausia prematura.

21 E.g: la década de 1990, los profesionales de la salud del Perú eran obligados a llevar a cabo las políticas anti-natales implementadas por el gobierno. Se requería que los médicos realizasen un determinado número de esterilizaciones al mes, si así lo deseasen, para mantener sus puestos de trabajo. Además de amenazar y omitir informaciones, algunos médicos hacían negociaciones con las mujeres, incluso llegando a donar sacos de granos a cambio de la realización de la cirugía de esterilización. Actualmente, en la India, los gobiernos regionales a menudo ofrecen incentivos tales como automóviles y electrodomésticos a las parejas que se ofrecen voluntariamente para los programas de esterilización.

22 En la presente investigación, el término “esterilización forzada” es utilizado para referirse en general a todas las situaciones que implican la manipulación de las mujeres, llevándolas a soportar consecuencias que no desean.

De acuerdo con André Soares Hentz²³, la esterilización humana tiene una historia reciente, una vez que la primera cirugía de ligadura tubárica fue llevada a cabo en 1881, y solamente en el año 1910 esta técnica fue utilizada con mayor éxito.

Los programas gubernamentales de esterilización han surgido en Europa y en los Estados Unidos durante la década de 1920, como parte de movimientos eugenistas.²⁴ Los sistemas jurídicos de diversas naciones autorizaban formalmente la implementación de programas de esterilización, para que ciertos grupos de personas no proligaran.

Suiza, Dinamarca y Suecia fueron los primeros países a legislar sobre la esterilización de los llamados “anormales” y de los enfermos mentales en Europa, en 1929.²⁵ Sin embargo, el ejemplo más drástico de la esterilización humana eugenista fue practicado por Alemania, en busca de la pureza aria.

Gisela Bock²⁶ afirma que al final de la primera guerra mundial, durante la cual la grandeza de Alemania parecía haber sido disminuido, programas de esterilización eran fuertemente recomendados, con el fin de solucionar determinados problemas, tales como: la pobreza, la ignorancia, la pereza, las conductas sexuales desviadas (como la prostitución y el nacimiento de los hijos ilegítimos, por ejemplo), el creciente número de personas con discapacidad intelectual, entre otros.

Durante las décadas de 1920 y 1930, el gobierno de los Estados Unidos estaba convencido de que ciertas condiciones tales como el alcoholismo, la promiscuidad sexual y la pobreza eran hereditarias. Durante este período, profesionales de la salud realizaron las esterilizaciones forzadas de miles de pobres, negros y mujeres

23 HENTZ, André Soares. Esterilização humana: aspectos legais, éticos e religiosos. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 632, 1 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6544>>. Acesso em: 15 abril 2014.

24 Los movimientos eugenistas consisten en movimientos sociales basados en las teorías de la eugenesia. Eugenesia, a su vez, es un término acuñado por Francis Galton (1822-1911), el cual consiste en el estudio de los agentes bajo el control social que pueden mejorar o empobrecer a las cualidades raciales de las generaciones futuras, sea en el aspecto físico o mental.

25 BOTTEGA, Clarissa. Liberdade de procriar e o princípio da dignidade da pessoa humana. In *Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá*. Vol. 9, nº 1, pp. 37-58, 2007.

26 BOCK, Gisela. Racism and Sexism in Nazi Germany: Motherhood, Compulsory Sterilization and the State. In *Signs*. Vol.8, nº 3, pp. 400-421, 1983, p. 404.

latinas.²⁷ En 1927, el Supremo Tribunal de los Estados Unidos valida el derecho de los estados de la federación esterilizaren sus ciudadanos considerados “inadecuados”.²⁸ En 1941, cerca de 38.087 individuos fueron esterilizados con base en fundamentos eugenésistas.²⁹

Entre las décadas de 1960 y 1990, la esterilización forzada ha sido utilizada como método de control de la población en algunos países de Europa, Asia y América Latina (Dinamarca, Suecia, Finlandia, Noruega, India, China y Perú son ejemplos notables). En la India, conforme Antônio Chaves³⁰, más de 7 millones de personas fueron esterilizadas durante un período de diez meses durante los años 1960. La oferta de incentivos y las presiones ejercidas por profesionales de la salud y por la propia fuerza policial fueron utilizadas para asegurar el consentimiento del procedimiento quirúrgico.

En la actualidad, siguen siendo reportados numerosos casos de esterilización forzada de mujeres y, en muchos países, grupos históricamente discriminados o socialmente marginados constituyen los principales objetos de las políticas estratégicas de los gobiernos para reducir el crecimiento de la población y eliminar ciertos “problemas sociales” que sobrecargarían los gastos públicos: las mujeres VIH-positivas; las mujeres con discapacidad mental; las mujeres indígenas y las pertenecientes a una minoría étnica específica (las mujeres de la etnia Romaní, por ejemplo).

27 SCHOEN, Johanna. *Choice and Coercion: Birth Control, Sterilization, and Abortion in Public Health and Welfare. (Gender and American Culture)*. Chapel Hill: University of North Carolina Press, 2005.

28 *Buck vs. Bell* (1927) es una decisión del Supremo Tribunal de los Estados Unidos, tomada por el juez Oliver Wendell Holmes Jr., según la cual una ley estatal que permitía la esterilización obligatoria de los “no aptos”, incluidos los discapacitados mentales, no violaba la cláusula del debido proceso legal de la Enmienda 14 de la Constitución de los EEUU. Esta decisión fue ampliamente vista como un respaldo a la eugenesia, una vez que el Estado anhelaba el mejoramiento de la raza humana mediante la eliminación de individuos “defectuosos”.

29 KLUCHIN, Rebecca M. *Fit to be Tied: Sterilization and Reproductive Rights in America, 1950-1980*. Rutgers University Press: New Jersey, 2004, p. 2.

30 CHAVES, Antônio. *Direito à vida e ao próprio corpo*. São Paulo: RT, 2ª edição, 1994.

3. LA BASE JURÍDICA PARA EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS EN LA ARENA INTERNACIONAL

La comprensión del concepto de derechos reproductivos como derechos humanos es una formulación netamente contemporánea. La concepción de esos derechos se dio en los espacios democráticos proporcionados por las conferencias internacionales de las Naciones Unidas, donde mujeres de diferentes partes del mundo tenían posibilidades de llevar, de una manera ordenada y desafiante, cuestionamientos acerca de la ciudadanía femenina en la esfera internacional.³¹ Desde entonces, el concepto de derechos reproductivos ha evolucionado a lo largo de los años, ganando gradualmente un amplio soporte legal, compuesto por convenios internacionales que son poco a poco introducidos por los ordenamientos internos de varios países.

Varios documentos pueden ser presentados como marcos jurídicos del concepto de derechos reproductivos, tales como la propia Declaración Universal de Derechos Humanos, que, en 1948, viene a expresar el concepto de los derechos humanos en la contemporaneidad, sirviendo como respuesta a la violencia vivenciada durante la II Guerra Mundial. Ella trae en su redacción, aunque de manera no tan explícita, la base para la posterior formulación de los derechos reproductivos. De hecho, ella afirma la igualdad entre hombre y mujer durante el matrimonio, así como en el momento de su disolución y, también, la libertad de contraer matrimonio o no, así como el derecho a fundar una familia, como puede verse en su art. 16:

Artículo 16

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

31 MATTAR, Laura Davis. Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais - Uma análise comparativa com os direitos reprodutivos. *In Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, ano 5, n. 8, 2008, pp. 60-83.

2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.³²

Nótese que la libertad y la igualdad de derechos entre hombres y mujeres antes y durante el matrimonio involucran indirectamente el ejercicio de la sexualidad, que está estrechamente relacionado con el campo reproductivo. El derecho de fundar familia, a su vez, se refiere directamente al acto de procrear.

Posteriormente a las proclamaciones que remiten de forma amplia al derecho a la vida, la salud, la igualdad, la no discriminación, la integridad corporal, el trabajo, la educación, entre otros, mencionados por la Declaración Universal de Derechos Humanos (así como por otros documentos posteriores, a ejemplo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966), se sucedieron documentos legales y conferencias internacionales enfocados en el tratamiento de la condición de las mujeres, específicamente de la reproducción.³³

En 1966, la resolución 21/2211 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre Crecimiento de la Población y Desarrollo Económico ha renovado el derecho de las personas de construir familia, subrayando que ésta podría tener el tamaño que deseen, proporcionando un importante elemento adicional del derecho a la libre elección reproductiva³⁴, como afirma el texto: “Reconociendo la soberanía de las naciones en la formulación y promoción de políticas de población con el debido respeto al principio de que el tamaño de la familia debe ser de libre elección de cada individuo de la familia.”³⁵

El derecho de libre elección reproductiva (no tratándose todavía de la concepción de los derechos reproductivos como la conocemos hoy) fue enunciado como un derecho humano, por primera vez, en

32 NACIONES UNIDAS. *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Organización de la Naciones Unidas, 1948.

33 RIOS, Roger Raupp. Para um direito democrático da sexualidade. *In Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, año 12, n. 26, pp. 71-100, jul/ dez 2006.

34 Sin embargo, es importante tener en cuenta que la redacción de este documento también enfatiza el poder del Estado para fomentar o desalentar determinadas elecciones de los individuos por medio de políticas públicas, con el fin de controlar el crecimiento de la población.

35 ASSEMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Resolution on Population Growth and Economic Development*. Organización de Las Naciones Unidas, 1966. (Traducción del autor)

la Conferencia Internacional sobre Derechos Humanos de 1968, celebrada en la capital de Irán, que se concluyó con la adopción unánime de la proclamación de Teherán.³⁶ El art. 16 de este documento dispone que “ La comunidad internacional debe seguir velando por la familia y el niño. Los padres tienen el derecho humano fundamental de determinar libremente el número de sus hijos y los intervalos entre los nacimientos.”³⁷ Este carácter de derecho humano fundamental e inalienable contribuyó significativamente para un cambio de prioridad de elección de los Estados en el ámbito de las políticas de población.

Sin embargo, fue la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena, en 1993, ocurrida después del final de la Guerra Fría, que sembró el campo para el nacimiento de los derechos reproductivos. Fue en esta conferencia que, por primera vez, los derechos de las mujeres y las niñas fueron considerados derechos integrales, indivisibles e inalienables, como se indica en el art. 18 de la Declaración y Programa de Acción de Viena:

Art. 18. Los derechos humanos de la mujer y de la niña son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales. La plena participación, en condiciones de igualdad, de la mujer en la vida política, civil, económica, social y cultural en los planos nacional, regional e internacional y la erradicación de todas las formas de discriminación basadas en el sexo son objetivos prioritarios de la comunidad internacional. La violencia y todas las formas de acoso y explotación sexuales, en particular las derivadas de prejuicios culturales y de la trata internacional de personas son incompatibles con la dignidad y la valía de la persona humana y deben ser eliminadas. Esto puede lograrse con medidas legislativas y con actividades nacionales y cooperación internacional en esferas tales como el desarrollo económico y social, la educación, la atención a la maternidad y a la salud y el apoyo social. La cuestión de los derechos humanos de la

36 La Proclamación de Teherán es el documento legal fruto de la Primera Conferencia Internacional de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la cual se dio entre los días 22 de abril y 13 de mayo de 1968, con el fin de examinar los progresos alcanzados en los veinte años transcurridos desde la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

37 NACIONES UNIDAS. *Proclamación de Teherán*. Organización de las Naciones Unidas, 1968.

mujer debe formar parte integrante de las actividades de derechos humanos de las Naciones Unidas, en particular la promoción de todos los instrumentos de derechos humanos relacionados con la mujer.³⁸

Hasta 1993, cuestiones relativas a la sexualidad estuvieron ausentes del discurso internacional. En este contexto, la Declaración de Viena es un hito, no sólo por el hecho de reconocer la violencia sexual como una violación de los derechos humanos, sino también porque introdujo el término “sexual” en el lenguaje de los derechos humanos.³⁹

La Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de Viena definió el escenario en el cual serían realizadas la Conferencia de El Cairo de 1994 y la Conferencia de Beijing del año siguiente. A su vez, los documentos resultantes de estas conferencias establecieron un abarcador cuadro para la efectuación de los derechos reproductivos.

El establecimiento del actual concepto de los derechos reproductivos fue resultado de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo - CIPD, celebrada del 5 al 13 de septiembre de 1994, en la ciudad de El Cairo. Por eso, esta Conferencia tiene tan importante significado en el contexto de la lucha de las mujeres por sus derechos en el campo reproductivo.⁴⁰

En la redacción del capítulo VII del Informe de la CIPD (Plataforma del Cairo), que se centra en los derechos reproductivos y la salud reproductiva, se proporciona la siguiente definición de los derechos reproductivos:

§ 7.3. [...] los derechos reproductivos son ciertos derechos humanos ya reconocidos en leyes nacionales, documentos internacionales de derechos humanos y otros documentos de acuerdos. Estos derechos se basan en el derecho básico reconocido de todas las parejas e individuos a decidir

38 NACIONES UNIDAS. *Declaración y Programa de Acción de Viena*. Organización de las Naciones Unidas, 1993.

39 Todavía, si bien esta Conferencia ha configurado un cambio considerable en el campo de los derechos humanos, la sexualidad femenina aún fue tratada, en aquel momento, como algo negativo, que trajo consigo la violencia y el insulto. Por lo tanto, la libertad sexual y la homosexualidad en ningún momento fueron mencionados en tal documento.

40 RIOS, Roger Raupp (Org.). *Em defesa dos direitos sexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

libre y responsablemente el número, espaciamiento y oportunidad de sus hijos y tener la información y los medios para hacerlo y el derecho a disfrutar el más alto estándar de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción libre de discriminación, coerción y violencia conforme se expresa en los documentos de derechos humanos. En el ejercicio de ese derecho, debe tomar en consideración las necesidades de sus hijos actuales y futuros y sus responsabilidades hacia la comunidad. La promoción del ejercicio responsable de esos derechos para cada individuo debe ser la base fundamental de los programas y las políticas del gobierno y de la comunidad en el área de la salud reproductiva, incluso la planificación familiar [...].⁴¹

La CIPD está inscrita en la amplia gama de iniciativas bajo la protección de las Naciones Unidas en el campo social, y ha producido, incluso, calentadas polémicas en casi todos los países, las cuales implican necesariamente en la discusión acerca de conceptos y valores íntimos y contenido ético, como familia, procreación y derechos individuales.

La Conferencia de El Cairo fue una oportunidad para que los representantes de la sociedad civil, los activistas de los derechos humanos de las mujeres y salud sexual y reproductiva expusiesen sus argumentos y debatiesen junto a los representantes de los gobiernos, con el fin de efectuar profundos cambios en la temática de la población y del desarrollo. La discusión del Plan de Acción contó con la participación de representantes de 179 países, con diferentes niveles de desarrollo económico, regímenes políticos, creencias religiosas, valores y costumbres concernientes a la familia, la relación entre hombres y mujeres y la sexualidad.⁴²

En el contexto de los derechos reproductivos, la Conferencia de El Cairo configuró un hito. Esta Conferencia llevó a cabo el Programa

41 NACIONES UNIDAS. *Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento*. Organización de las Naciones Unidas, 1994. (Traducción de autor)

42 En total, 10.757 participantes se registraron en la Conferencia del Cairo, superando el número registrado en la Conferencia de Viena del año anterior. *Vide*: GALDOS SILVA. S. *La conferencia de El Cairo y La Afirmación de los Derechos y sexuales reproductiva, como la base de su sexual reproductiva y salud*. En: *Rev Med Perú Exp Salud Pública*. 2013; 30 (3): 455-60

de Acción de El Cairo, el cual alcanzó un nivel sin precedentes de convergencia, incluso por parte de la Santa Sede⁴³, por medio de sus contribuciones sustantivas e innovadoras.

Durante dicha Conferencia, muchos representantes de países islámicos y del Vaticano no disfrazaron su aversión a la presencia de ciertos términos en el programa de acción, tales como: sexo, aborto, regulación de la fertilidad, formas de familia, entre otros.⁴⁴ A pesar de ello, las referencias a “sexo”, “sexualidad” y “salud sexual” aparecieron numerosas veces en el documento, que fue el primer instrumento jurídico internacional en el que se utilizaron tales términos por medio de una visión alternativa y positiva, capaz de provocar cambios estructurales, sociales y culturales.⁴⁵

El alto nivel de aprobación del Programa de Acción de El Cairo terminó sirviendo como referencia para otras conferencias programadas por las Naciones Unidas, como la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en septiembre de 1995, en Beijing.

En la Conferencia de Beijing de 1995, el documento de El Cairo fue reiterado, haciéndose énfasis en cuestiones relacionadas con la sexualidad femenina y trayendo al público la noción de derechos sexuales.⁴⁶ Se reforzó la necesidad de protección de los derechos vinculados a la reproducción humana, es decir, los derechos sexuales, el derecho a la salud, la igualdad y la no discriminación, entre otros. La Plataforma de Beijing (documento originario de esta conferencia), en

43 Por primera vez en la Historia, el Vaticano se unió (aunque con reservas) a un consenso sobre un documento de las Naciones Unidas sobre la política de población. Las reservas mantenidas se refieren a los términos contenidos en los capítulos VII y VIII, sobre todo en temas como el aborto, la anticoncepción y la educación sexual. (SHWARTSMAN, Hélio. *Conferencia en El Cairo aprueba plan de acción*. Folha de São Paulo, São Paulo, p.2-13, 14 de septiembre. 1994) Cabe mencionar que la Santa Sede ha manifestado el mismo tipo de desacuerdos durante las conferencias anteriores sobre la población, disociando el consenso en la aprobación de los documentos finales, siendo la única delegación que lo hizo. Este hecho no se repitió en El Cairo.

44 HEDGES, Chris. *Key panel at Cairo talks agrees on population plan*. *The New York Times*, New York, 13 set. 1994.

45 PERCHESKY, Rosalind Pollack. Direitos sexuais: um novo conceito na prática políticas internacional. In: BARBOSA, Regina Maria; PARKER, Richard. *Sexualidades pelo avesso: direitos, identidades e poder*. Rio de Janeiro: IMS/UERJ; São Paulo: Ed. 34, 1999.

46 VENTURA, Miriam. Direitos reprodutivos? De que direitos estamos falando? In: LOYOLA, Maria Andréa (Org.). *Bioética: reprodução e gênero na sociedade contemporânea*. Brasília: Letras Livres, 2005.

su capítulo titulado “Mujer y Salud”, puso el acento en la salud sexual, afirmando el derecho al libre ejercicio de la sexualidad:

§ 96. Los derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y decidir libremente respecto de esas cuestiones, sin verse sujeta a la coerción, la discriminación y la violencia. Las relaciones igualitarias entre la mujer y el hombre respecto de las relaciones sexuales y la reproducción, incluido el pleno respeto de la integridad de la persona, exigen el respeto y el consentimiento recíprocos y la voluntad de asumir conjuntamente la responsabilidad de las consecuencias del comportamiento sexual.⁴⁷

La Plataforma de Beijing identifica la esterilización forzada como un acto de violencia y reconoce los derechos de la mujer de fundar una familia, de alcanzar altos niveles de salud sexual y reproductiva, y de tomar decisiones relativas a reproducción, libre de cualquier discriminación, coacción o violencia.

Cabe señalar que el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) considera la esterilización forzada una forma de violencia contra los derechos de las mujeres, la cual viola su dignidad humana y su integridad física y mental.

Los casos de esterilización forzada constituyen también violaciones a los derechos humanos obrantes en documentos internacionales, tales como: la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴⁸, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém do Pará); y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador).

Las esterilizaciones forzadas consisten en infracciones graves de los derechos humanos y pueden ser descritas como actos de tortura y tratamiento cruel, inhumano y degradante, de acuerdo con la Declaración

47 NACIONES UNIDAS. *Declaración y Plataforma de Acción de Beijing*. Organización de las Naciones Unidas, 1995.

48 Derecho a la vida (artículo 4), a la integridad personal (artículo 5) y a la igualdad ante la ley (artículo 24).

sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 1975. La esterilización forzada de individuos de un determinado grupo social también puede configurar el delito de genocidio, según el artículo 2 de la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, de 1948.

En lo que atañe a la esterilización de personas con retraso mental, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Convención de Nueva York), de 2007, contiene artículos específicos sobre el tema. El artículo 23 refuerza el derecho de la persona de constituir familia y controlar su fertilidad de la misma manera como otras personas. El artículo 25 hace claro que el libre consentimiento informado es esencial en la prestación de los servicios de salud a las personas con discapacidad. Sobre la base de este documento, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad recomienda “la abolición de la cirugía o el tratamiento sin el consentimiento libre del paciente”.

CONSIDERACIONES FINALES

Se llega así a la conclusión de que, a pesar de la existencia de un aparato legal que proporciona la base para el reconocimiento de los derechos reproductivos de la mujer, los crímenes de esterilización forzada continúan estableciendo graves violaciones de estos derechos. Por lo tanto, el problema de la esterilización forzada demuestra dramáticamente las dificultades que las mujeres de todo el mundo enfrentan en el control de su vida reproductiva, en general.

El proceso referente al caso n° 12.655 de la CIDH permitirá, por primera vez, que la CortelIDH se posicione acerca de la esterilización forzada y desarrolle jurisprudencia sobre las obligaciones positivas y negativas de los Estados con respecto a los derechos reproductivos, que, a su vez, derivan de diversas disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, José Eustáquio Diogenes. *Direito Reprodutivo: O filho caçula dos Direitos Humanos. In APARTE – Inclusão Social em Debate*, Rio de Janeiro: IE/UFRJ, 2004.

ALVES, Branca Moreira; PITANGUY, Jacqueline. *O que é Feminismo*. São Paulo: Brasiliense, 2007.

ASEMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Resolution on Population Growth and Economic Development*. Organización de Las Naciones Unidas, 1966

BARROSO, Carmen. *Esterilização feminina: liberdade e opressão*. In: Revista Saúde Pública. V. 18, pp. 170-180, 1984.

BOCK, Gisela. Racism and Sexism in Nazi Germany: Motherhood, Compulsory Sterilization and the State. In *Signs*. Vol.8, nº 3, pp. 400-421, 1983.

BOTTEGA, Clarissa. Liberdade de procriar e o princípio da dignidade da pessoa humana. In *Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá*. Vol. 9, nº 1, pp. 37-58, 2007.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate biomédico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CHAVES, Antônio. *Direito à vida e ao próprio corpo*. São Paulo: RT, 2ª edição, 1994.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Comunicado de Prensa 64/15. Disponível em: <<<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/Comunicados/2015/064.asp>>> Acesso em: 23 abril 2016.

_____ CIDH presenta caso sobre Bolivia a la Corte IDH. Disponible in:>><http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2015/064.asp>>> Access: 03 jul. 2015.

_____ *Informe nº 71/03, petición 12.191.solución amistosa*. Inter-American Commission on Human Rights. Disponible in: <<<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2003sp/Peru.12191.htm>>> Acces: 03 jul. 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Audiencias Públicas 114 Período Ordinario de Sesiones*. Disponível em: <<<http://>

www.corteidh.or.cr/index.php/audiencias-publicas>> Acesso em: 27 abril 2016.

DICK, Erika. *Facing Eugenics: Reproduction, sterilization and the politics of choice*. Toronto: University of Toronto Press, 2013.

GALDOS SILVA, S. La conferencia de El Cairo y la afirmación de los derechos sexuales y reproductivos, como base para la salud sexual y reproductiva. In *Rev Peru Med Exp Salud Publica*. 2013; 30(3):455-60.

HEDGES, Chris. Key panel at Cairo talks agrees on population plan. *The New York Times*, New York, 13 set. 1994.

HENTZ, André Soares. *Esterilização humana: aspectos legais, éticos e religiosos*. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 632, 1 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6544>>. Acesso em: 15 abril 2014.

KLUCHIN, Rebecca M. *Fit to be Tied: Sterilization and Reproductive Rights in America, 1950-1980*. Rutgers University Press: New Jersey, 2004.

MATTAR, Laura Davis. Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais - Uma análise comparativa com os direitos reprodutivos. In: *Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, ano 5, n. 8, 2008, p. 60-83.

NACIONES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Organización de las Naciones Unidas, 1948.

_____. *Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio*. Organización de las Naciones Unidas, 1948.

_____. *Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes*. Organización de las Naciones Unidas, 1984.

_____. *Eliminating Forced, Coercive and otherwise Involuntary Sterilization: An interagency statement*. Organización de las Naciones Unidas, 2014.

_____. *Report of the Fourth World Conference on Women*. Organización de las Naciones Unidas, 1995.

_____. *Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento*. Organización de las Naciones Unidas, 1994.

_____ *Committee on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD Committee), Concluding Observations: Tunisia*, para. 29, U.N. Doc. CRPD/C/TUN/CO/1. Organización de las Naciones Unidas, 2011.

_____ *Declaración y Plataforma de Acción de Beijing*. Organización de las Naciones Unidas, 1995.

_____ *Declaração e Programa de Ação de Viena*. Organización de las Naciones Unidas, 1993.

_____ *Proclamación de Teherán*. Organización de las Naciones Unidas, 1968.

_____ *Resolution on Population Growth and Economic Development*. Organización de las Naciones Unidas, 1966.

_____ *Declaración y Programa de Acción de Viena*. Organización de las Naciones Unidas, 1993.

PETCHESKY, Rosalind P.; JUDD, Karen. *Negotiating reproductive rights: women's perspectives across countries and cultures*. London: Zed Books, 1998.

PERCHESKY, Rosalind Pollack. Direitos sexuais: um novo conceito na prática políticas internacional. In BARBOSA, Regina Maria; PARKER, Richard. *Sexualidades pelo avesso: direitos, identidades e poder*. Rio de Janeiro: IMS/UERJ; São Paulo: Ed. 34, 1999.

POLI, Marcelino Espírito Hofmeister et al. Manual de anticoncepção da FEBRASGO. In *Feminina*. Vol. 37, nº 9, 2009.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos globais, justiça internacional e o Brasil. In *Revista da Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal*. V. 15, pp. 93-110, 2000.

RADHIKA COOMARASWANY. *Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences*. United Nations Organisation, 1998.

RAPOSO, Vera Lúcia. Direitos Reprodutivos. In *Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. Ano 2, nº 3, 2005.

RIOS, Roger Raupp (Org.). *Em defesa dos direitos sexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

RIOS, Roger Raupp. Para um direito democrático da sexualidade. In: *Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, ano 12, n. 26, pp. 71-100, jul/dez 2006.

SCHOEN, Johanna. *Choice and Coercion: birth control, sterilization, and abortion in Public Health and Welfare*. Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 2005.

SHWARTSMAN, Hélio. Conferência no Cairo aprova Plano de Ação. *Folha de São Paulo*, São Paulo, pp.2-13, 14 set. 1994.

TELES, Maria Amélia de Almeida. *O que são direitos humanos das mulheres*. São Paulo: Brasiliense, 2007.

VENTURA, Miriam. Direitos reprodutivos? De que direitos estamos falando? In: LOYOLA, Maria Andréa (Org.). *Bioética: reprodução e gênero na sociedade contemporânea*. Brasília: Letras Livres, 2005.

CRITERIOS DE “OPORTUNIDAD” Y “ECONOMÍA” EN EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL: ¿NUEVOS PARADIGMAS?*

Sergio García Ramírez

Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México; Investigador Nacional Emérito del Sistema Nacional de Investigadores (México); Ex procurador general de la República; ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

I. PRINCIPIO Y “CRITERIOS DE OPORTUNIDAD”

1. Consideración general

En el Dictamen emitido por las Comisiones de la Cámara de Senadores el 3 de diciembre de 2013, acerca de las iniciativas conducentes a la formación del Código Nacional de Procedimientos Penales se alude a los llamados criterios de oportunidad –que mencionó la reforma constitucional de 2008, sin ir más lejos–, tema que ha suscitado amplio debate y que puede provocar quebrantos para el Estado de Derecho y la política criminal o de defensa social, que no son asuntos menores.

Debo decir, desde ahora, que no niego legitimidad y necesidad al principio de oportunidad “reglada”, esto es, “bien reglada”: bajo conceptos de legitimidad y razonabilidad, necesidad y eficacia. Reconozco las virtudes que puede tener y la conveniencia de acogerlo “cuidadosamente” en el procedimiento penal. Y no olvido que en mérito de sus ventajas –¿o no?– se le ha recibido con extensión en el enjuiciamiento penal de muchos países, no sólo de los Estados Unidos de América –principal fuente de inspiración de nuestra propia reforma procesal–, sino en otros que responden a diversa tradición jurídica.

Desde luego, el principio que mayores garantías ofrece –al individuo, a la sociedad, a la administración de justicia– es el de legalidad: aplicación puntual e invariable de la ley –sujeta a interpretación juiciosa, se entiende– en todos los casos; ejercicio de la acción penal cuando se han acreditado los extremos que la sustentan: hecho y probable responsabilidad; decisión final del juzgador, sin interferencias, conforme al ordenamiento aplicable, por encima de la voluntad o las mutuas concesiones de las partes. “La pretensión punitiva del Estado –enseña Manzini– debe hacerse valer por el órgano público al efecto, siempre que concurren en concreto las condiciones de ley, en cumplimiento de un deber funcional, absoluto e inderogable, que excluye toda consideración de oportunidad”. Subraya: “Este canon fundamental pasa bajo el nombre de regla de la legalidad del proceso penal”¹.

En tal virtud, el principio de legalidad, hoy en parcial decadencia –según afirma el Dictamen senatorial²–, no significa solamente que se ordena ajustar el comportamiento de los órganos del Estado al mandato de la ley, como es consustancial al Estado de Derecho. Legalidad estricta es persecución de todas las conductas delictuosas de las que se tenga noticia –y prueba suficiente, claro está–, y culminación en una sentencia emitida por el órgano judicial que expresamente condene o absuelva al imputado. Es un principio “rígido y mecánico” que opera sistemáticamente, sin margen para la excepción, la benevolencia o la conveniencia.

Ahora bien, parece impracticable la “absoluta” sumisión del procedimiento penal al principio de legalidad, que implica –en puridad– persecución de todos los delitos y solución judicial de todos los litigios. No hay Estado que pueda hacerlo. Esto –y otras consideraciones, entre ellas los vientos privatizadores y el imperativo “económico” que soplan sobre el enjuiciamiento criminal– abre las puertas, cada vez más, al principio de oportunidad, que igualmente permite moderar las consecuencias inaceptables de la tipificación excesiva.

Por motivos materiales evidentes, resulta imposible actuar rigurosamente bajo el principio de legalidad u oficiosidad persecutoria.

1 *Tratado de Derecho procesal penal*, trad. de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Buenos Aires, Librería “El Foro”, 1996, t. I, p. 294. Manzini considera preferible el término “no discrecionalidad” –“aun no sonando bien”– a legalidad. *Idem*.

2 “Introducción” (“Sobre los criterios de oportunidad”), cit., p. 10.

El Estado carece de la posibilidad de perseguir, desde la *notitia criminis* hasta la sentencia firme, todos y cada uno de los hechos delictivos que aparecen en la realidad; se vería absolutamente desbordado por el cúmulo de delitos de toda monta; naufragarían las tareas persecutorias y jurisdiccionales en un océano de asuntos que crece sin pausa.

Lo anterior es aplicable, en principio, a cualquier Estado (con mayor o menor profundidad); lo es, sin duda alguna y sin necesidad de prueba (por ser hecho público y notorio), al Estado mexicano. Por lo tanto, el Estado se ve en la necesidad de moderar de facto el imperio del principio de legalidad asignando preferencias –por buenas o malas razones– en el tratamiento de los asuntos penales y acometiéndolos con diferente fuerza, calidad persecutoria y velocidad. Éste es un dato difícilmente refutable en la explicación del “rezago” persecutorio de los órganos de justicia penal, a reserva de otros factores que influyen en esa situación.

He analizado el contraste entre los principios de legalidad y oportunidad en una obra anterior, a la que me remito³. Pero quiero mencionar ahora algunos señalamientos en torno a estos principios, expuestos por autores citados en aquella obra, que me parecen orientadores y aplicables a nuestro país y a las influencias que se han ejercido –sin perjuicio de otras, que reconozco– sobre la reforma procesal penal en el punto que ahora examino.

El catedrático argentino Pedro J. Bertolino invoca las conclusiones del Congreso internacional sobre el principio de oportunidad en materia penal (La Plata, septiembre de 2002). Entre ellas menciona las siguientes: “El principio de legalidad es, en la realidad, una ficción porque el sistema penal no da respuesta a todos los conflictos, existiendo por lo tanto una selección arbitraria, por lo que el principio de oportunidad resulta un criterio razonable de selección”; “El principio de legalidad se corresponde con el principio inquisitivo, mientras que el principio de oportunidad se corresponde con el sistema acusatorio”; y “para que rija (el principio de oportunidad), resulta indispensable la vigencia del acusatorio, el reconocimiento y respeto del rol de la víctima y la devolución del conflicto penal a los actores del mismo. Se recomienda, al respecto, la actuación de un Ministerio Fiscal independiente”⁴.

3 *Panorama del proceso penal*, México, Ed. Porrúa, 2004, pp. 37 y ss.

4 Cit. *ibidem*, p. 40, n. 16.

El profesor norteamericano Douglass Cassel comenta el criterio adoptado por la jurisprudencia en los Estados Unidos, y para ello transcribe el criterio de la Suprema Corte, expresado en *Wayte v. U.S.* (1985): “In our criminal justice system, the Government retains ‘broad discretion’ as to whom to prosecute...(S)o long as the prosecutor has probable cause to believe that the accused committed an offense defined by statute, the decision whether or not to prosecute, and what charge to file or bring before a grand jury, generally rests entirely in his discretion (...)”

This broad discretion generally results largely on the recognition that the decision to prosecute is particularly ill-suited to judicial review. Such factors as the strength of the case, the prosecution’s general deterrence value, the Government’s enforcement priorities, and the case’s relationship to the Government’s overall enforcement plan are not readily susceptible to the kind of analysis the courts are competent to undertake...(H)owever, although prosecutorial discretion is broad, it is not ‘unfettered’. Selectivity in the enforcement of criminal laws is... subject to constitutional constraints... In particular, the decision to prosecute may not be ‘deliberately based upon an unjustifiable standard such as race, religion, or other arbitrary classification’...including the exercise of protect statutory and constitutional rights...⁵.

En una consideración general sobre este asunto, que incide en el panorama actual del ordenamiento penal, sus propósitos, sus resultados, sus alternativas, Julio Maier sostiene: “Mal que nos pese, existen criterios selectivos no institucionalizados que eliminan un sinnúmero de hechos punibles de la persecución penal, criterios que la ciencia empírica ha verificado y (...) tal fenómeno no aparece como inadecuado a los fines de la aplicación del poder penal del Estado”.

Es fácil observar –sigue diciendo el maestro argentino– que “no todos los hechos punibles son perseguidos penalmente, ya por defecto en la información, ya por la aplicación de criterios selectivos que influyen sobre los medios de información oficiales, como en la persecución de hechos conocidos. Una cosa es la afirmación dogmática del principio de legalidad y otra muy distinta su realización práctica”.

5 Cit. *ibidem*, p. 41, n. 18.

En fin, el catedrático advierte que “dos son las metas principales para las que la aplicación del principio de oportunidad puede convertirse en eficaz auxilio: la desincriminación de hechos punibles, para evitar la aplicación del poder penal allí donde otros métodos pueden alcanzar mejores resultados o donde resulte innecesaria su aplicación, y la contribución a la eficacia del Derecho penal en aquellas zonas o para aquellos hechos en los que resulta indispensable su actuación como método de control social”⁶.

Agregaré la síntesis que hace Teresa Armenta Deu sobre las ventajas que los partidarios del principio de oportunidad asignan a éste, “frente a una pretendida crisis del principio de legalidad, que incide con la ya reiterada de la administración de justicia, su inclusión (del principio de oportunidad) se apoya en razones de interés social o utilidad pública; en contribuir a la consecución de la justicia material por encima de la formal; en procurar favorecer el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, y en reforzar el único instrumento que permite un trato diferenciado entre los hechos punibles que deben ser perseguidos y aquellos otros en los que la pena carece de significación”⁷.

Esta autora observa que hoy día “la vigencia del principio acusatorio se equipara –tendencial y en algunos casos, prácticamente– a la del principio dispositivo, provocando importantes disfunciones y conduciendo a la paradójica situación de un juez penal al que acaban reconociéndose muchas menos facultades para la tutela de intereses públicos –que subyacen al proceso y que sólo por su intermedio pueden realizarse– que otro juez civil que se sitúa como es conocido en una posición bien diferente”⁸.

No pasaré revista a todas las alabanzas y objeciones planteadas con respecto a los principios de legalidad y oportunidad, ponderando ventajas y desventajas de cada uno. Sólo agregaré algunos comentarios de tratadistas que formulan observaciones críticas a propósito del

6 *Derecho procesal penal. Fundamentos*, 2ª. ed., Buenos Aires, Editorial del Puerto, 2004, t. I, pp. 385-387.

7 *Estudios sobre el proceso penal acusatorio*, Bogotá, Ed. Temis, 2014, p. 8.

8 *Ibidem*, pp. 55 y 157. De la misma autora, que pondera las ventajas del principio de legalidad, característico del Estado de Derecho y anota los problemas y riesgos que entraña el principio de oportunidad, cfr. *Lecciones de Derecho procesal penal*, Madrid, Marcial Pons, 2003, pp. 39-43, y *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A. (PPU), 1991, pp. esp. pp. 145 y ss.

régimen de oportunidad. Fairén Guillén sostiene que “un Estado de Derecho debe atenerse al principio de legalidad; si comienza a admitir consideraciones de oportunidad por razones aparentemente aceptables (...) en algunos países, llevan congénito el peligro de su aplicación errónea y, con ella, la (...) impunidad”⁹.

Finalmente, Montero Aroca puntualiza que si los fines de utilidad pública e interés social en los que se sustenta el principio de oportunidad “pueden lograrse perfectamente manteniendo el principio de legalidad procesal penal, la opción entre aumentar los poderes del juez o los poderes (del Ministerio Público) comporta una decisión política de gran trascendencia y, al mismo tiempo, muy reveladora de la concepción que se tiene del Estado”. La opción favorecedora del M.P. supone admitir que el Poder Ejecutivo debe ser hegemónico en la sociedad y que debe privarse al Poder Judicial de atribuciones que hasta ahora tiene”¹⁰.

En el mencionado Dictamen de la Cámara de Senadores sobre las iniciativas conducentes al Código Nacional de Procedimientos Penales se dice que “la aplicación (del principio de oportunidad) implica un verdadero cambio de paradigma. Significa dejar atrás la institución de la estricta legalidad y replantear el concepto de justicia (glosemos: lo que no es, ya lo dije, cosa menor: ni “dejar atrás la estricta legalidad”, ni “replantear –nada menos– el concepto de justicia”). Los criterios de oportunidad consisten en acotados márgenes de discrecionalidad –ya no de arbitrariedad– a través del cuales (sic) el Ministerio Público podrá ejecutar la política criminal del Estado mexicano”.

Continúa el Dictamen: “Estos criterios, tal como fueron planteados en el Código Nacional no representan en ningún caso mecanismos de despresurización (sic) del sistema de justicia penal (glosemos de nuevo: la “despresurización” –concepto que estrenamos a propósito de las prisiones saturadas– se concibe como alivio de la presión que ejercen sobre el sistema la creciente criminalidad y las deficiencias del sistema legal y el aparato persecutorio), sino la expresión de una política criminal enfocada en aumentar la efectividad del sistema de

9 “Examen crítico de los principios rectores del proceso penal”, en *Memoria del XV Congreso Mexicano de Derecho procesal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas/Instituto Mexicano de Derecho Procesal, 1998, p. 442.

10 “Los principios del proceso penal, un intento de exposición doctrinal basada en la razón”, en *ibidem*, pp. 388-389.

justicia en la persecución de los delitos que más afectan la percepción de inseguridad e impunidad a la ciudadanía”¹¹. Una glosa adicional: no debiera preocuparnos tanto –aunque sí deba preocuparnos– la “percepción” de la ciudadanía, que ciertamente no es muy confortante, sino la realidad –que se puede acreditar con frías estadísticas oficiales– de la inseguridad y la impunidad.

Aquí se ha producido, pues, un cambio de hondura mayor en el sistema actual del enjuiciamiento, a partir de la reforma de 2008, detallada y profundizada por el Código Nacional. El legislador ha tenido que optar entre legalidad –que fue el principio dominante en el orden procesal abandonado– u oportunidad –que es el principio rector del orden adoptado. Ha elegido la oportunidad, en aras de una decisión de política penal que “despresuriza” –para utilizar la expresión en boga– la tarea persecutoria del Estado y concentra sus fuerzas en áreas de ineludible atención, a costa de soslayar o desplazar otras que pueden ser atendidas con diversos remedios, entre ellos las soluciones alternas.

En la adopción de este cambio paradigmático, no se reflexionó suficientemente –digámoslo con franqueza y preocupación– sobre la posibilidad de avanzar en la procuración del mismo resultado a través de la revisión del ordenamiento penal sustantivo, mediante la supresión o la rectificación de numerosos tipos penales que han proliferado al empuje de circunstancias más o menos inquietantes y de criterios a menudo discutibles. Es preciso analizar la vía de la destipificación, no sólo gravitar en el empleo de la oportunidad. Por supuesto, otro tema de reflexión no siempre atendido en los “cambios paradigmáticos”, sería el que mayor cambio solicita: eficacia y probidad.

El legislador niega que el principio de oportunidad obedezca a la intención de “despresurizar” el sistema de justicia penal. Sin embargo, esta “despresurización” –que permite al Estado elegir los asuntos en cuya persecución pondrá el mayor acento, o más todavía, el único acento– es una consecuencia natural y necesaria de la elección de asuntos sometidos a proceso (más propiamente: a procedimiento penal) y el rechazo de otros que no llegarán al conocimiento y la sentencia de los tribunales.

11 “Introducción” (“Sobre los criterios de oportunidad”), op. cit., pp. 10-11.

Bien o mal –hay posiciones en ambos sentidos–, existe una “despresurización” por medio de los criterios de oportunidad. Éstos desplazan (relativamente, pero intensamente) la decisión de hacer justicia en el caso concreto (es decir, como afirma la destacable –y a menudo olvidada– fracción I del apartado A) del artículo 20 constitucional, “procurar que el culpable no quede impune”) de un ámbito del Estado a otro: del Legislativo, que a través de disposiciones generales, expresión de la “voluntad general”, recoge los bienes tutelados por la Constitución y dispone ciertas tipificaciones penales, al Ejecutivo o a un órgano estatal autónomo, que mediante acuerdos particulares, expresión de una “voluntad particular”, excluye el procesamiento, dispensa de sanción y autoriza la impunidad.

2. Supuestos de aplicación

En fin de cuentas, el principio de oportunidad, que se halla extensamente incorporado en numerosos sistemas procesales extranjeros, implica facultar al Estado para abstenerse de perseguir conductas delictuosas de menor calado –tipificadas penalmente–, en ejercicio de una discrecionalidad que convierte al órgano persecutorio en juez sobre la importancia y trascendencia de un delito y la pertinencia o no de promover el enjuiciamiento o llevarlo a su término ordinario en función de esa importancia y trascendencia, aquilatadas casuísticamente o acaso genéricamente, a través de un acto administrativo.

El principio de oportunidad establece el dominio del arbitrio –no he dicho de la arbitrariedad, que acecha en la sombra–, y por eso los partidarios de aquél se pronuncian por una oportunidad “reglada” que no milite contra la justicia ni sujete la sanción de los delitos al capricho de los acusadores. Obviamente, no se trata de depositar en manos de un órgano del Estado, que sería el titular del poder de investigación y acusación, la potestad de hacerlo en ejercicio de una facultad discrecional absoluta, sin sujetarse a un marco normativo debidamente establecido.

De esta suerte, el problema se desplaza hacia el sustento y el método para ejercer la “facultad de oportunidad”: en qué casos, de qué manera, con qué factores de equilibrio y control. Algunos de los más animados y sugerentes debates en torno al nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales se han concentrado en el ejercicio de la

oportunidad por parte del Ministerio Público. A ella se refirió la propia Constitución, escuetamente, abriendo apenas la puerta¹², y a ella se refiere el Código, detallando los supuestos en forma tal que ha suscitado críticas vehementes y en muchos casos bien justificadas. En lo personal, considero cuestionable el régimen de supuestos establecido en el CNPP, que debiera ser revisado. En seguida expongo mis puntos de vista.

La aplicación del criterio de oportunidad por parte del M.P. se plantea desde el inicio mismo de la investigación. Así, el artículo 221 CNPP –que se halla bajo el epígrafe “Formas de inicio”– señala que “el Ministerio Público podrá aplicar el criterio de oportunidad en los casos previstos por las disposiciones legales aplicables o no iniciar investigación cuando resulte evidente que no hay delito que perseguir”. Se trata, desde luego, de dos supuestos diferentes. El primero concierne a la inmediata aplicación del criterio de oportunidad. El segundo presenta ciertas complejidades. Si no hay delito que perseguir, el Ministerio Público debe abstenerse de hacerlo, obviamente, pero no siempre es tan inmediata y sencilla la conclusión a la que llega aquél órgano: en ocasiones no existe el hecho o éste es manifiestamente atípico, lo cual puede advertirse de primera intención; en otros casos será preciso iniciar la investigación e incluso avanzar en ella para llegar a la conclusión de que no existe delito que perseguir.

Es indispensable analizar ahora la regulación establecida por el artículo 256 CNPP, a través de siete fracciones agrupadas bajo el epígrafe “Casos en que operan los criterios de oportunidad”, todos los cuales se hallan sujetos a una condición de arranque, requisito de procedencia: que se haya reparado o garantizado la reparación de los daños –y perjuicios, agreguemos– causados a la víctima u ofendido, o exista desinterés de estos últimos, formalmente manifestado, en la reparación que le corresponde. Por lo menos se ha procurado que el empleo de la oportunidad no cause lesión al ofendido o a la víctima en su derecho a la reparación, aunque pudiera afectarles en otros extremos, afectación que también alcanza a la sociedad interesada en el despliegue razonable y puntual de la justicia. Hay un intenso

12 El artículo 21 constitucional dispone: “El Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fija la ley”. Al respecto, cfr. García Ramírez, *La reforma penal constitucional (2007-2008). ¿Democracia o autoritarismo?*, 4ª. ed., México, Porrúa, 2010, pp. 38-43.

despliegue del “espíritu privatizador” del litigio penal, que limita la actuación del Estado. En fin: se satisface el derecho de la víctima u ofendido a la reparación –¿también a la justicia?– aunque se soslaye el interés de la sociedad en la aplicación de la justicia penal.

No haré una revisión detallada de las fórmulas completas contenidas en esas fracciones. Me limitaré a sus rasgos esenciales. La fracción I determina la aplicación del criterio de oportunidad cuando “se trate de un delito que no tenga (prevista) pena privativa de libertad, tenga pena alternativa o tenga pena privativa de libertad cuya punibilidad máxima sea de cinco años de prisión, siempre que el delito no se haya cometido con violencia”.

Se autoriza la impunidad, pues –contrariamente al objeto del proceso penal (artículo 20, apartado A, fracción I de la Constitución, o del Código de Procedimientos Penales (artículo 2º)– cuando el delito imputado se sanciona con pena relativamente menor, punibilidad que traduce –o debiera traducir, si la criminalización y la penalización son razonables– la gravedad menor de los hechos imputados (pero cinco años de prisión no son una pena leve, ni serían la sanción previsible para los delitos llamados de “bagatela”). Se entienden los motivos de la dispensa, pero se advierte que ésta contraría los fines asignados al proceso por la Constitución y el CNPP, al menos en lo que respecta a la sanción del culpable. Fuera de la franquicia quedan los ilícitos calificados por la violencia que ejerce el autor.

La fracción II del mismo artículo 256 autoriza la aplicación del criterio de oportunidad persecutoria cuando “se trate de delitos de contenido patrimonial cometidos sin violencia sobre las personas”, que pueden ser físicas o colectivas. Por supuesto, el legislador no ha pensado en los delitos fiscales, que son patrimoniales y regularmente se perpetran sin violencia alguna, y que indudablemente tienen aquel carácter, aunque en ellos el patrimonio afectado corresponde al Estado –o más precisamente a la sociedad–. Tampoco se ha tomado en cuenta la gravedad que pueden revestir delitos no violentos de contenido patrimonial, como acontece en la comisión de fraudes cuantiosos que afectan a un gran número de personas.

La misma fracción II autoriza la aplicación del criterio de oportunidad cuando se trata de delitos “culposos, siempre que el imputado no hubiere actuado en estado de ebriedad, bajo el influjo de narcóticos o de cualquier otra sustancia que produzca efectos

similares”. Tampoco aquí es plausible, de manera absoluta, la autorización brindada por el legislador.

Esa autorización de impunidad pudiera explicarse o incluso justificarse en un elevado número de delitos culposos, pero no en todos –como lo pretende la citada fracción II–, si se toma en cuenta la extrema gravedad que revisten algunos ilícitos realizados en forma culposa por agentes que actúan sin hallarse influidos o determinados por la ingestión de drogas, o por culpa grave del autor. A la inversa, habrá que ponderar la exclusión del criterio de oportunidad en el supuesto en que el agente actúe “bajo el influjo de narcóticos” que ha consumido por razones de salud y bajo prescripción médica.

La fracción III del precepto comentado alude a un tema de carácter humanitario, que la legislación penal, pero no la procesal, suele manejar como factor para la exclusión de pena: que el imputado “haya sufrido como consecuencia directa del hecho delictivo un daño físico o psicoemocional grave”, señala la citada fracción, o cuando “haya contraído una enfermedad terminal que torne notoriamente innecesaria o desproporcional la aplicación de una pena”.

La legislación penal permite al juzgador que sentencia¹³ –no al Ministerio Público que persigue– prescindir de la pena en el supuesto de que el hecho delictivo haya repercutido muy gravemente en la persona del agente. En los términos del CNPP, habrá que precisar –a través de una calificada opinión médica, cuya valoración se confía al M.P.– que la afectación de la salud sea efectivamente grave y que se haya producido como consecuencia “directa” del hecho típico, esto es, en forma inmediata, acaso exclusiva, o bien, sin que medien o concurren circunstancias que, en la especie, favorezcan la producción del mal.

En cuanto a la segunda hipótesis contenida en la fracción III del artículo 256, no queda claro si el criterio de oportunidad se ejercerá en todo caso en que el imputado contraiga una enfermedad terminal –característica que el dictamen médico deberá establecer, tomando en cuenta la naturaleza del mal y la disponibilidad de medios para

13 Artículo 55 del Código Penal Federal. Véase además Natarén Nandayapa, Carlos F., “Comentario al artículo 75”, en García Ramírez, Islas de González Mariscal, Olga, y Vargas Casillas, Leticia (coords.), *Código Penal para el Distrito Federal comentado. Libro primero*, 2ª ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, t. I, pp. 305-307.

combatirlo-, o sólo en aquellos en que dicha enfermedad proviene del hecho delictivo. Tampoco parece razonable que se aluda a contraer una enfermedad terminal; mejor sería referirse –salvo el ilustrado parecer de los médicos– a una enfermedad grave e incurable y tomar en cuenta la situación terminal en que se halla el paciente.

En la fracción IV se incurre en una inaceptable operación del criterio de oportunidad, porque se permite el ejercicio de éste en función de las penas aplicables o ya aplicadas al inculcado en otros procesos y por otros ilícitos. En primer término, la fracción IV contempla el supuesto en que “la pena o medida de seguridad que pudiera imponerse por el hecho delictivo carezca de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta al inculcado por otro delito, o la que podría aplicarse al mismo por otros delitos”. Preguntemos: ¿de veras se quiere decir que la pena “carezca” de importancia, o lo que se pretende manifestar es que sea “menos severa”, considerando su naturaleza e intensidad?; ¿pena impuesta por otro delito? ¿cuándo? ¿mucho tiempo atrás? ¿inmediatamente antes? ¿posible pena aplicable al mismo sujeto por otros delitos? ¿cuáles? ¿cuándo?

Sigamos con otros extremos contemplados por la misma fracción, que igualmente autoriza la aplicación del criterio de oportunidad: cuando la citada pena carezca (sic) de importancia si se le compara con “la pena que previamente se le haya impuesto o podría llegar a imponérsele en virtud de diverso proceso tramitado en otro fuero”. Más preguntas: ¿previamente impuesta? ¿cuándo? ¿años atrás? ¿días atrás? ¿cómo se calcula la pena que pudiera imponerse en un proceso diverso? ¿considerando el tipo y la punibilidad? ¿invocando y valorando todos los datos de individualización penal que el propio CNPP refiere en el artículo 410, que va más allá, por cierto, de la competencia del Congreso de la Unión para legislar en materia procesal? Y si se trata de otro fuero (por ejemplo, el militar) ¿cómo aventurar –más todavía– la sanción eventualmente aplicable?

Esto significa que la punición debida por un delito cometido, eventualmente grave, se suprime en aras de otros delitos cometidos por el mismo inculcado y de otros procesos cuya culminación es incierta. No es fácil explicar este influjo de unas causas sobre otras, aduciendo factores de “importancia” en relación con las consecuencias jurídicas generadas por esos otros delitos.

La fracción V recoge, como elemento que determina la aplicación de la oportunidad persecutoria –traducida en impunidad–, la colaboración prestada por el imputado –generalmente inducida o provocada por los órganos de persecución penal– para la investigación y detención de otros delincuentes, responsables de delitos más graves que los atribuidos al imputado favorecido por la bienhechora oportunidad. La fracción señala: “cuando el imputado aporte información esencial de un delito más grave del que se le imputa, la información que proporcione derive en la detención de un imputado diverso y se comprometa a comparecer en juicio”.

Por supuesto, la fórmula utilizada por el legislador en esa fracción V difícilmente podría corresponder a su intención: así, el robo de un objeto cuyo valor sea de quinientos pesos es delito más grave que el robo de un bien cuyo valor sea de doscientos pesos; ¿viene al caso esta diferencia para la aplicación del criterio de oportunidad? Y en cuanto a la detención de un imputado diverso: ¿operará la oportunidad a favor del autor de un delito grave cuando aporte información conducente a la detención de un participante en un delito más grave del que se atribuye a aquél, sin considerar que esta participación puede revestir escasa importancia?

La negociación de la persecución penal alentada por la citada fracción del artículo 256 CNPP constituye uno de los rasgos más discutibles y discutidos del régimen establecido por la reforma de 2008, acaloradamente defendido por motivos prácticos, con precedente en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

La fracción VI permite el ejercicio del criterio de oportunidad “cuando la afectación al bien jurídico tutelado (por el tipo penal que incrimina la conducta realizada) resulte poco significativa”. Es así que el Ministerio Público se constituye en juez de la afectación del bien jurídico, a la que califica como muy significativa o poco significativa, y por lo tanto condiciona, permitiéndolo o excluyéndolo, el desempeño natural del juzgador, que debiera ser quien califique ese significado lesivo y resuelva sus consecuencias con base en sus facultades de individualización. Por supuesto, es el legislador quien puede y debe ponderar la lesividad de una conducta como dato para formular tipos penales o abstenerse de hacerlo.

Por último, la fracción VII del artículo 256 legitima –o mejor dicho, legaliza– el imperio de la oportunidad del Ministerio Público,

con ancha manga, al autorizarla “cuando la continuidad del proceso o la aplicación de la pena sea irrelevante para los fines preventivos de la política criminal”. De tal suerte, el M.P. formaliza su presencia como “llave de la política criminal”, que debe conocer e interpretar a fin de resolver sobre la impunidad de ciertas conductas a la luz de esa política, precisamente. De este modo, sobrepasa al legislador y al juzgador. Esto nos hace recordar una expresión de Bertolino: “Colocados dogmáticamente en el sistema de enjuiciamiento propiamente dicho y funcionando en el campo del servicio de la justicia, los órganos de acusación en definitiva terminan insertándose en el marco mayor de la política criminal”¹⁴.

Ya hemos visto, en líneas anteriores, que el Dictamen senatorial sobre el CNPP reconoce el intenso papel que en este ámbito asume el M.P., de *jure*, no sólo de *facto*, cuando señala que “a través de los (criterios de oportunidad) el Ministerio Público podrá ejecutar la política criminal del Estado mexicano”¹⁵. Dificilmente habría mayor reconocimiento del nuevo rol del M.P. como brazo de esa política criminal, aunque una lectura diferente del mismo texto pudiera conducir a una consecuencia más moderada: que el M.P. contribuye a ejecutar, en lo que legalmente le corresponde (esto es, amparado por la legalidad de su desempeño), una parte de la política criminal del Estado (es decir, el espacio que naturalmente le asigna la legalidad que debe guiar su comportamiento).

No puedo omitir la referencia a una causa de exclusión absoluta del criterio de oportunidad, aunque se presenten los elementos que enuncian, para aplicarlo, las aludidas fracciones del artículo 256. En este supuesto, el legislador acoge en el mismo precepto el principio de legalidad, con toda su fuerza: “no podrá aplicarse el criterio de oportunidad en los casos de delitos contra el libre desarrollo de la personalidad, de violencia familiar ni en los casos de delitos fiscales o aquellos que afecten gravemente el interés público”.

Dejo de lado los delitos fiscales, en los que se aplica “todo el rigor de la ley”, con doble propósito: recaudatorio y punitivo, más intensamente que en otros supuestos punibles. En cuanto a delitos contra el libre desarrollo de la personalidad y de violencia familiar,

14 Cfr. García Ramírez, *Panorama del proceso penal*, cit., p. 130 n. 50.

15 “Introducción” (“Sobre los criterios de oportunidad”), op. cit., p. 10.

procede recordar que se trata –salvo reforma constitucional– de ilícitos sujetos a la atribución legislativa de las entidades federativas, que pueden tener diversos conceptos acerca de lo que es el “libre desarrollo de la personalidad”¹⁶, asociada a menudo con ilícitos contra la seguridad y libertad sexuales, y de violencia familiar. Por lo tanto, el CNPP establece un supuesto de punición rigurosa con respecto a hipótesis insuficientemente definidas.

En cuanto a la persecución de los delitos “que afecten gravemente el interés público”, cabría formular algunas reflexiones. Por ejemplo, si un ilícito sólo afecta “levemente” el interés público, quizás debería salir del Código Penal y alojarse en un ordenamiento administrativo o civil. En todo caso, tenemos aquí otro espacio de amplia discreción para el Ministerio Público –considerado institucionalmente–, que determinará cuándo se aplica el criterio de oportunidad y cuándo no, en función de su propio concepto acerca del interés público y de la grave afectación. Por supuesto, la jurisprudencia federal llegará a resolver estas cuestiones, a partir de los datos que pudieran desprenderse de la Constitución.

En el propio artículo 256, el Código Nacional ha querido sortear los riesgos evidentes que trae consigo el sistema de oportunidad adoptado –que no son inherentes, por fuerza, a cualquier sistema de oportunidad–, disponiendo que las decisiones sobre su aplicación –suponemos que en cada caso, específicamente, no en hipótesis abstractas, generales– deben ser autorizadas por el Procurador o por el servidor público en el que la “normatividad aplicable” delegue esta facultad.

Esta disposición no coincide estrictamente, como debiera, con el hecho de que la aplicación de criterios de oportunidad se pondera al amparo de “criterios generales” que al respecto emitan aquellos

16 El Código Penal Federal incluye los siguientes delitos en el conjunto de ilícitos contra el desarrollo de la personalidad: corrupción de menores, incapaces y personas sin la capacidad para resistirla, pornografía de menores, incapaces y personas sin la capacidad para resistirla, turismo sexual en contra de menores, incapaces y personas sin la capacidad para resistirlo, lenocinio de menores, incapaces y personas sin la capacidad para resistirlo trata de personas menores, incapaces y personas sin la capacidad para resistirla, lenocinio, trata de personas, provocación de un delito, apología de un delito o de algún vicio, la omisión de impedir un delito que atente contra el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad humana o la Integridad física o mental y pederastia.

funcionarios, aunque pensamos que la aplicación de la oportunidad en cada caso será finalmente autorizada por ellos, y que el subalterno sólo propondrá el ejercicio de esa facultad conforme a los referidos “criterios generales”.

La atribución de la facultad de discrecionalidad –oportunidad– a tan alto funcionario, el Procurador (o el Fiscal General, su equivalente), mitiga los riesgos, pero no los suprime. Además, considérese que las facultades del Procurador son materia de la legislación federal o local, que organiza al Ministerio Público –Fiscalía, en su caso– y fija las atribuciones de sus órganos, y que dicha legislación puede alojar diversas soluciones, según la voluntad de las Legislaturas federal y locales. En consecuencia, podría plantearse un heterogéneo panorama nacional en torno a este asunto, que requiere, obviamente, soluciones uniformes, bien justificadas y aplicadas.

Para la operación de los criterios de oportunidad, el CNPP exige “que los daños causados se reparen”, objeto que atiende a los intereses legítimos del ofendido, no siempre considerados adecuadamente y en la medida en que es preciso hacerlo, por el enjuiciamiento penal y, en general, por la actividad persecutoria del Estado. Mantengo mi punto de vista, recogido en los proyectos en que he intervenido¹⁷ y en textos diversos, en el sentido de que la reparación del daño no es pena, sino consecuencia civil del ilícito penal¹⁸, como se le ha considerado en otros tiempos y se le considera en otras latitudes.

El ordenamiento penal sustantivo –señaló Alcalá-Zamora– “incurre en el error de catalogar la reparación del daño entre las penas y de asociarla con la multa, a título de ‘sanción pecuniaria’, en realidad la acción de resarcimiento es civil por su naturaleza”¹⁹. En todo caso,

17 Cfr. García Ramírez, *El procedimiento penal en los Estados de la República: los casos de Guerrero, Morelos y Tabasco*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas/ Gobierno del Estado de Morelos/Gobierno del Estado de Tabasco, 1999, pp. 107 y ss. y 131 y ss. Asimismo, cfr. Adato Green, Victoria, García Ramírez e Islas de González Mariscal, Olga, *Código Penal y Código de Procedimientos Penales modelo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.

18 Cfr. mis comentarios a los artículos 37 y 45 en García Ramírez, Islas y Vargas Casillas (coords), *Código Penal para el Distrito Federal comentado...*, cit., pp. 163-165 y 203-206.

19 *Panorama del Derecho mexicano. Síntesis del Derecho procesal*, México, UNAM, Instituto de Derecho Comparado, 1966, p. 198.

la definición a este respecto incumbe a los múltiples códigos penales materiales que subsisten a lo largo y ancho de la República.

Concluiré este apartado con una reflexión a propósito de la reparación del daño. La Constitución permite entender (artículo 20, apartado C), fracción IV), que cuando se condene al inculpado y el M.P. haya solicitado la reparación del daño –solicitud que forma parte de los deberes a cargo de este órgano–, el juzgador “no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación”. Esto es discutible. En efecto, no basta con solicitar la reparación y obtener condena en cuanto al fondo de la controversia; es necesario, además, que se acredite el daño causado y sea factible establecer su monto²⁰.

Con mejor entendimiento de este problema, el CNPP ha dispuesto que “cuando la prueba producida no permita establecer con certeza el monto de los daños y perjuicios, o de las indemnizaciones correspondientes, el tribunal de conocimiento podrá condenar genéricamente a reparar los daños y los perjuicios y ordenar que se liquiden en ejecución de sentencia por vía incidental, siempre que éstos se hayan demostrado, así como su deber de repararlos” (artículo 406). Es discutible la solución que deja pendiente, *sine die*, un punto importante de la condena y remite su determinación a una decisión judicial distinta de la sentencia de fondo, pero en todo caso esta solución es menos cuestionable que la prevista en la Constitución, la cual obliga a disponer una condena específica aunque no haya prueba que sustente su contenido.

II. LA “NEGOCIACIÓN PENAL”

1. Plea bargaining

Antes de entrar al estudio de la terminación anticipada del proceso, que es una de las manifestaciones más relevantes de la negociación penal, me parece interesante aludir en forma sintética a una figura propia del sistema anglosajón –y más aún: característico del régimen procesal penal norteamericano– que ha influido poderosamente en la terminación anticipada prevista por la Constitución y por la ley secundaria. Si alguien sostiene que el marco normativo anglosajón

20 Cfr. García Ramírez, *El nuevo procedimiento penal mexicano. Las reformas de 1993-2000*, 4ª ed., México, Porrúa, 2003, pp. 140-142.

no es la fuente de esta figura procesal mexicana, por lo menos podrá aceptar que entre ésta y aquél existe una coincidencia tan importante y notoria que mueve a suponer que hemos introducido en México, con algunas modalidades vernáculas, el *plea bargaining* norteamericano.

El *plea bargaining* ha sido profusamente aplicado en el procedimiento penal en Estados Unidos desde el final del siglo XIX y cuenta con la favorable recepción de muchos agentes del enjuiciamiento en virtud de la celeridad y economía de resultados que le caracterizan²¹. Se trata de uno de los datos más notables del sistema norteamericano de justicia penal²².

La figura examinada implica que el inculpado “renuncia a su derecho al juicio a cambio de una reducción en los cargos y/o en las penas”²³. Otra caracterización apunta: “en sentido amplio, el *plea bargaining* puede ser definido como la conformidad –o el acuerdo– del imputado de declararse culpable de ciertos cargos criminales, con la razonable expectativa de obtener, a cambio, la ‘consideración’ del Estado”²⁴.

En el mismo país, la mayoría de los casos sujetos a enjuiciamiento criminal culminan a través del *plea bargaining*²⁵, por cuyo conducto el inculpado –asistido y a veces apremiado por su defensor– admite su responsabilidad, dentro de ciertos límites “convenientes”, a fin de abreviar el procedimiento y obtener una condena benigna en comparación con la duración, complejidad y resultado del proceso si éste se condujera por la vía del debate oral ante un jurado.

No pocos analistas del *plea bargaining* consideran que éste es ineficiente e injusto; lleva a conclusiones contrarias a la justicia; desfigura los fines del proceso; sustrae el conocimiento de la verdad, aunque se acomode a los designios “eficientistas” de postulantes,

21 Cfr. Bartollas, Clemens y Jaeger, Loras, *American Criminal Justice. An Introduction*, MacMillan Publishing Company, New York, 1988, p. 239.

22 Cfr. Cole, George F., *The American System of Criminal Justice*, Monterey, California, Cole Publishing Company, 3rd edition, 1983, p. 289.

23 Bartollas y Jaeger, *American Criminal...*, cit., p. 306.

24 Cole, *The American System...*, cit., p. 279.

25 Bartollas y Jaeger mencionan que el noventa por ciento de los casos se resuelven a través del *plea bargaining*. Cfr. *American Criminal...*, op. cit., p. 245; o bien, noventa o noventa y cinco por ciento. *Ibidem*, pp. 261 y 345; en el mismo sentido, cfr. Cole, *The American Criminal...*, cit., pp. 279-280.

acusadores y tribunales²⁶. Frecuentemente el Estado ejerce una fuerte presión para orientar el procedimiento criminal por la vía del *plea bargaining*. A menudo el tribunal aplica sanciones más severas al inculpado que rehúsa negociar el *plea*²⁷.

Algunos observadores de la figura que ahora comento sostienen que los acusadores –*prosecutors*– que utilizan el *plea* desfiguran su misión y se conducen en forma diferente de la que debiera caracterizarlos: así, actúan como administradores diligentes del tiempo y los recursos del tribunal, y de los suyos propios; como abogados que procuran la mayor levedad de los castigos a cambio de la expeditez del procedimiento; como jueces del inculpado, en tanto determinan u orientan la condena, y como legisladores, por cuanto moderan la severidad de las penas previstas por aquéllos²⁸. La legislación procesal suele favorecer la actuación de acusadores que “manipulan” la justicia a través del *plea*²⁹.

En este conjunto de pareceres críticos se agrega que lejos de salvaguardar los intereses de su defenso, el abogado que se aplica a la negociación a través del *plea bargaining* se convierte en “una fuente de abusos” en perjuicio de aquél; la reforma del procedimiento debiera lograr el “control de los daños” que esto ocasiona³⁰.

En fin, si en Estados Unidos se aceptó con entusiasmo el *plea bargaining*, ello se ha debido a la “concurrancia de intereses” que permite resolver, por esta vía, con “alta satisfacción”, el 98 por ciento de los casos criminales³¹. Por su parte, Zamora Pierce observa con ironía: “El triunfo del *plea bargaining* se explica porque favorece los intereses de todas las partes en el juicio. Bueno, de casi todas. Se nos ha olvidado hablar del acusado. Éste se enfrenta, simultáneamente, a

26 Cfr. Weaver Russell L., Abramson, Les W., Bacigal, Ronald, Burkoff, John, Hancock, Catherine, y Lively, Donald, *Criminal Procedure. Cases, Problems and Exercises*, West Group, St. Paul, Minn., 2001, pp. 935 y ss. Igualmente, cfr. Cole, *The American System...*, cit., pp. 287 y ss.

27 Cfr. Bartollas y Jaeger, *American Criminal...*, cit., p. 354.

28 Cfr. Alschuler, Albert W., “The prosecutor’s role in plea bargaining”, cit. Weaver et al., *Criminal Procedure...*, cit., pp. 964-965.

29 Cfr. Moore, Mark H., Estrich, Susan R., McGillis, Daniel, y Spelman, William, *Dangerous Offenders. The Elusive Target of Justice*, Cambridge, Mass., and London, England, Harvard University Press, 1984, p. 144.

30 Cfr. Weaver et al, *Criminal Procedure*, cit., p. 967.

31 Cfr. Armenta Deu, *Estudios...*, cit., pp. 98-99.

un Ministerio Público que exige que se declare culpable, a un defensor que afirma que, en efecto, eso es lo que más le conviene, y a un juez que dice: si usted no se declara culpable seré severo al condenar”³².

Desde tribunas descollantes se ha cuestionado severamente el *plea*. Así, Ferrajoli, que no se muestra indulgente con el régimen inquisitivo francés e italiano –cuya mixtura le convierte en un “monstruo”–, señala que no es menos reprobable el “proceso anglosajón, también fruto de una unión híbrida entre el carácter público de la acusación y de los órganos a los que está asignada, de derivación inquisitiva, y la discrecionalidad de su ejercicio, que es de ascendencia acusatoria. Porque (...) es completamente absurda la figura de un acusador público (...) no sujeto a la ley y dotado del poder de elegir arbitrariamente qué infracciones penales sean merecedoras de persecución o también de predeterminar la medida de la pena negociando con el imputado”³³.

2. Terminación anticipada. Constitución y Código Nacional

La terminación anticipada del proceso ordinario es uno de los datos centrales de la reforma procesal y del nuevo sistema de justicia penal, y supone la exclusión del proceso ordinario, es decir, la supresión del juicio oral en los casos –muy numerosos– en que se opte por aquella solución. Antes de ingresar en el examen de este punto es pertinente formular algunos comentarios generales en torno al sistema de “negociación penal” introducido por la Constitución y el CNPP, sobre la huella –ya entonces suficientemente clara– de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. Estos comentarios son aplicables a la figura de la terminación anticipada y a otras amparadas por el signo de la negociación penal y la economía, como llave para la solución de las contiendas penales.

La justicia negociada supone, obviamente, “negociación” en términos similares a los que pudieran aplicarse a ciertos fenómenos de mercado, con todo lo que ello implica, pero no siempre culmina en “justicia”. No son pocos los casos –lo enseña la experiencia procesal comparada– en que el resultado es contrario: admisión de falacias para

32 *El procedimiento abreviado*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2014, p. 41.

33 *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruíz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, 5ª. ed., Ed. Trotta, 2001, p. 568.

arribar a soluciones prontas y desviar el rumbo de la justicia en aras de la economía.

Por supuesto, me refiero a “negociación” en un sentido amplio y crítico, que refleja una realidad cotidianamente observada y aceptada. Aquí recojo el comentario de Zamora Pierce: “Admitir la posibilidad de que el Ministerio Público y el inculcado negocien la acción penal va en contra de toda la tradición jurídica mexicana (...) El concepto mismo de negociación entre el Ministerio Público y el inculcado es un absurdo. La negociación sólo puede darse entre iguales. El Leviathán no negocia con sus súbditos. Les impone su voluntad”³⁴.

Desde luego, conozco y aprecio la opinión de quienes destacan, como punto favorable en la reforma de la justicia penal, la confianza otorgada al Ministerio Público a través de la atribución de facultades negociadoras de la persecución. El profesor Everardo Moreno Cruz sostiene, al referirse a la potestad de ejercicio o abstención del ejercicio de la acción penal, que ese poder constituye “la concesión de una importante atribución” y un “reconocimiento de confianza al representante social”³⁵. Por mi parte, he manifestado que “estas negociaciones pueden culminar en graves atropellos a la justicia”³⁶.

El dictamen formulado el 10 de diciembre de 2007 en la Cámara de Diputados para sostener la reforma constitucional adoptada en 2008³⁷, contiene alegatos en favor de la negociación compositiva, que alcanza lo mismo al Ministerio Público y el imputado (o su defensor) que a la víctima y al victimario. En este sentido, se argumentó: “Sin la existencia del juicio oral sería válida la crítica que muchos enderezan en contra de la llamada justicia negociada o por consenso, en el sentido de que admite un proceso penal sin prueba y sin verdad. No obstante, la posibilidad de un juicio con garantías como derecho fundamental del imputado permite hacer una anticipación de lo que en él ocurrirá y determinar la mejor forma en que se quiere enfrentar la persecución

34 *El procedimiento...*, cit., p. 38.

35 *El nuevo proceso penal en México y el Código Nacional de Procedimientos Penales. Ideas generales*, México, Porrúa, 2014, p. 32.

36 “Reflexiones sobre la reforma...”, en Moreno Cruz, Everardo, *El nuevo proceso penal mexicano. Lineamientos generales*, México, Ed. Porrúa, 2ª. ed., 2011, p. XIX.

37 El dictamen puede ser consultado en <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/60/2007/dic/20071211-VIII.html>.

penal. Quien se sepa inocente optará siempre por un juicio oral para que se le absuelva”³⁸.

Esta argumentación incurre en varios “ahorros”. Ahorra el conocimiento de la realidad en la que se desenvuelve el procedimiento penal; ahorra considerar en serio la situación en que frecuentemente se encuentra el imputado, asediado por el aparato punitivo del Estado o por la fuerza de su adversario particular; ahorra la consideración sobre los riesgos numerosos que representa el proceso penal y los amagos que en él aguardan al justiciable; ahorra la reflexión sobre el peso de la verdad, en un platillo de la balanza, y la gravitación de la economía: sea economía de recursos, sea economía de tiempo, en el otro. De ahí las fáciles conclusiones a las que llegó ese dictamen tan optimista, que parece arrancado de un *thriller* de “buena fe” o de una amable serie de televisión en la que todo ocurre como “debe suceder” y al final del túnel aguarda, invariablemente, la luz.

Por ello, en mi propio comentario del dictamen señalé: “Llama la atención (la) notable capacidad de predicción (de los autores de ese documento), que permite hacer una certera y tranquilizadora anticipación de lo que sucederá, y no sorprende menos la certeza de absolución que ilumina los días del inocente. Por otra parte, en las expresiones transcritas se desliza la idea de una estrategia negociadora que puede arraigar o no en la verdad: ‘determinar la mejor forma en que se quiere enfrentar la persecución penal’. En fin –concluí entonces–, el Constituyente Permanente ha desplegado una buena intención. Ojalá no tenga raíz en una epistemología muy ingenua”³⁹, expresión, ésta, utilizada por el propio revisor de la Constitución para objetar conceptos tradicionales en el enjuiciamiento penal (la búsqueda de la verdad sobre hechos del pasado).

En torno al problema de la verdad procesal, Luigi Ferrajoli alude al contraste entre garantismo y autoritarismo. El contraste entre estos extremos en el derecho penal –escribe– “corresponde (...) a una alternativa entre dos epistemologías judiciales distintas: entre cognoscitivismo y decisionismo, entre comprobación y valoración, entre prueba e inquisición, entre razón y voluntad, entre verdad y

38 Cit. García Ramírez, *La reforma penal constitucional...*, cit., p. 90.

39 *Idem*. Tomo esta expresión –epistemología ingenua– de una de las iniciativas (cfr. *ibidem*, p. 37) que con esos términos cuestionó la posibilidad de indagar la verdad a través del procedimiento penal.

potestad". Un sistema procesal "sin verdad equivale a un sistema de arbitrariedad"⁴⁰.

Vayamos ahora a las disposiciones constitucionales y legales sobre esta materia. La fracción VII del apartado A) del artículo 20 constitucional regula la terminación anticipada del proceso, una suerte de enjuiciamiento sumario o sumarísimo, merced a la "persuasión" que opera sobre el inculpado. Hay antecedentes del procedimiento sumario –más bien, como proceso sumario– en la legislación procesal penal federal y distrital, que vienen de tiempo atrás –desde 1971, e incluso antes de este año– y significaron abreviación del procedimiento por motivos razonables, que implican menor complejidad procesal y mayor facilidad probatoria; así, flagrancia, confesión ante la autoridad judicial, gravedad relativamente menor del delito y conformidad con el auto de formal prisión⁴¹. En ningún caso se invocó oficialmente una negociación entre las partes.

La reglamentación de la terminación anticipada se halla en el Código Nacional (artículos 201 y siguientes). Por motivos que el lector advertirá a través de este comentario, la terminación anticipada o procedimiento abreviado tiene clara conexión con el "llamado "eficientismo penal", basado en la pretensión de hacer más eficiente y más rápida la mecánica de la justicia penal, a costa de los derechos de los imputados y de la verdad material en el proceso"⁴².

En el estudio de esta cuestión es necesario reconocer ante todo –porque otra cosa derribaría el monumento garantista del enjuiciamiento penal– que el procedimiento abreviado no puede ni debe entrañar la alteración de los principios que iluminan la justicia penal, con grave perjuicio de los derechos del imputado, deterioro de la función judicial y quebranto del papel que incumbe naturalmente al Ministerio Público⁴³. A pesar de todo, ese procedimiento –que tropieza a menudo– debe retener los principios básicos del proceso propio de la sociedad democrática: presunción de inocencia, "que ha sido objeto

40 *Derecho y razón*, cit., p. 44.

41 Sobre este punto, cfr. mis comentarios en *El nuevo procedimiento penal...*, cit., pp. 280 y ss. y 328-329.

42 Baratta, Alessandro, "El concepto actual de seguridad en Europa", *RCSP*, 8/2001, p. 28.

43 A este respecto, véase el alegato de Zamora Pierce en *El procedimiento...*, cit., esp. pp. 11-12, 18 y ss., y 35-37.

de un ataque concéntrico desde finales del siglo XIX (...) en sintonía con la involución autoritaria de la cultura penalista”⁴⁴; búsqueda de la verdad histórica, valoración judicial de la prueba, etcétera. El problema radica en la devaluación que el procedimiento abreviado hace de tales principios, invitando a suponer que han desaparecido o se han retraído –otro menoscabo de garantías– del marco de la justicia penal.

Como antes mencioné, el tema que ahora nos interesa tiene su origen y marco en una fórmula incorporada por la reforma constitucional de 2008: “Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y con las modalidades que determine la ley”. Esto sugiere la posibilidad de “entendimientos o negociaciones” entre el Ministerio Público y el inculpado, o suficiencia probatoria inmediata, o iniciativas “prácticas” del órgano acusador.

Según el citado dictamen de los diputados del 10 de diciembre de 2007, “cuando el imputado renuncia expresamente a su derecho a un juicio oral (*rectius*, ordinario) y acepte el hecho que se le imputa (es decir, confiese) a cambio de un beneficio legal (en otros términos, llegue a una transacción con la autoridad) (...) será juzgado por el juez de control (que se convierte, contrariando su naturaleza, en juez de la causa) con los antecedentes que arroje la investigación del Ministerio Público” (que de esta suerte adquieren un valor que la reforma constitucional no les reconoce en otros supuestos)⁴⁵. Aquí se actualiza el punto crítico que anteriormente mencioné, y que ahora formulo como interrogante: ¿la renuncia al juicio oral es, automáticamente, una renuncia al debido proceso? ¿puede el imputado prescindir, por obra de su voluntad, de la garantía central del justiciable, punto de referencia de todas las garantías que entraña el acceso a la justicia?

En este extremo procesal, es claro que ocurre una conversión del juez de control en juez de la causa si se toma en cuenta, además, que una vez satisfechas las condiciones que marca la Constitución, el juez de control citará a “audiencia de sentencia”, en la que no se trata de recabar pruebas sobre los hechos y la responsabilidad y escuchar alegatos (salvo, los conducentes a la individualización de las consecuencias del delito), sino de emitir resolución definitiva.

44 Ferrajoli, *Derecho y razón...*, cit., p. 550.

45 Cit. García Ramírez, *La reforma penal constitucional...*, cit., p. 96.

El CNPP dedica varios preceptos al régimen del procedimiento abreviado, que seguramente –o bien, muy probablemente– constituirá una forma preferente para la solución de los litigios penales y la “despresurización” del sistema de justicia (independientemente de la proclamación del legislador que asegura que este método de solución de los litigios no pretende la “despresurización” de la justicia, y de que la terminación anticipada consiga o no rendir verdaderos servicios a la “causa de la justicia” y no sólo a la “causa de la economía” persecutoria), muy por encima del juicio oral íntegro, cuya aplicación retrasará sus fronteras mientras el procedimiento abreviado dilata las suyas.

Se podría pensar que la opción por el procedimiento abreviado constituye un derecho del imputado, como se procuró a través de las reformas históricas que reforzaron el procedimiento sumario. No es así: el motor de esta figura es el Ministerio Público, “secundado” por el juez de control. En este caso, el M.P. nuevamente atiende a los fines de política criminal que informan el principio de oportunidad. Lo señala el propio legislador: “Los lineamientos de su procedencia (de la vía abreviada) responden a una política criminal más que a un catálogo de delitos o a un límite de penalidad admitida. Más que un derecho del imputado, es de un derivado (sic) del principio de oportunidad y su objetivo es evitar el juicio”⁴⁶. Es clara y rotunda la afirmación del legislador, como lo fueron diversas aseveraciones vinculadas a la reforma constitucional de 2008, que aseguraron la intención de disuadir “falsos garantismos”, es decir, “falacias” o “excesos” en las garantías reconocidas al justiciable.

La actividad promotora, protagónica, de la terminación anticipada corresponde al Ministerio Público. Es así, porque aquélla operará a solicitud del M.P. –esto diluye la calidad de “derecho del inculpado” que pudiera revestir la terminación anticipada del proceso– y “cuando no exista oposición del inculpado”, que “sólo será procedente cuando se acredite ante el juez de control que no se encuentra debidamente garantizada la reparación del daño” (artículo 204). En otros términos, el verdadero freno de la conclusión anticipada se halla en el interés del ofendido o víctima, no en el interés de la justicia.

El carácter sumario o sumarísimo del procedimiento penal en este supuesto se recoge en la porción central de la fracción

46 “Introducción” (“Sobre el procedimiento abreviado”), op. cit., p. 11.

examinada, que resuelve: “Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción (es decir, pruebas, conforme a la terminología usual en nuestro idioma) suficientes para corroborar la imputación, el juez citará para audiencia”. A esto se refieren varios preceptos del CNPP (artículos 203 a 206, principalmente).

Es plausible que el procedimiento corra por vía abreviada cuando hay bases razonables para que así sea. Pero no sería debido entender que cuando exista ese reconocimiento de participación sea pertinente ir por fuerza a la audiencia de sentencia, independientemente de la posición del inculpado a este respecto, porque el reconocimiento de la participación no implica ausencia de excluyentes de incriminación o de causas extintivas de la pretensión, aducidas por el inculpado y rechazadas por el M.P. Si se presenta esta situación, resta un buen trecho en el tema de la prueba antes de dictar sentencia.

La fórmula constitucional acerca del enjuiciamiento abreviado contempla los siguientes datos:

a) que exista reconocimiento por parte del imputado –esto es, confesión– ante la autoridad judicial de la participación delictuosa (es decir, admisión por el inculpado de ser autor o participante en los hechos punibles, para emplear los términos utilizados por los artículos 16 y 19). Este reconocimiento, que el artículo 20 contrae a la participación, no abarca necesariamente otros elementos que resultan indispensables para fundar una condena –así, culpabilidad y ausencia de excluyentes–, porque en la especie se trata de una confesión, no de un allanamiento a las pretensiones del acusador.

b) que el imputado que reconoce –o que confiesa– lo haga “voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias”. La alusión a la voluntad de reconocimiento o confesión pudiera resumirse como exclusión de apremios que obliguen a ese reconocimiento, pero no como exclusión de motivos que persuadan al declarante, con el señuelo de obtener ciertas ventajas, como adelante mencionaré. “Conocimiento de las consecuencias” podría ser mera noticia acerca de las sanciones aplicables, en general, a no ser que se llegue al extremo –sumamente discutible– de anunciar puntualmente al declarante, para disipar cualquier duda o reticencia, la sanción que se le impondría.

c) que existan medios de convicción (es decir, pruebas o elementos probatorios) que corroboren la imputación. En otros términos: que la admisión formulada por el imputado sea apoyada por probanzas adicionales a su propio dicho. La confesión no basta, por sí misma, si no la refuerzan –con carácter determinante para estos efectos procesales– “otros medios de convicción suficientes”.

d) con esta base, el juez citará a audiencia de sentencia. Nótese la expresión específica: “audiencia de sentencia”. Como antes dije, no se trata de recabar en ella pruebas y escuchar alegaciones (salvo, quizás, las conducentes a la individualización de las consecuencias del delito), sino sólo de emitir resolución definitiva, porque la admisión hecha por el imputado y las pruebas o evidencias que la corroboran, más el análisis que haga el tribunal, tienen valor suficiente para sostener la sentencia, sin necesidad de mayores probanzas o consideraciones.

Es aquí que nos preguntamos, como lo hicimos antes y lo han hecho otros comentaristas, si este conocimiento para efectos de juicio y sentencia por parte del juez de control (que ya ha resuelto la vinculación a proceso y probablemente otras cuestiones) vulnera la norma contenida en la fracción IV el apartado A): “El juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente”.

Hay más en la fracción VII del referido apartado A): “La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad”. Aceptar la responsabilidad es más que admitir los hechos y la intervención en éstos, bajo conceptos de autoría o participación, como conductas que generan cierto resultado o contribuyen a él. Quien admite la responsabilidad cesa de oponerse a la persecución; no esgrime excluyentes; tampoco causas extintivas de la pretensión. El sujeto que acepta su responsabilidad cede a la expresión de hechos y a la imputación de autoría o participación en éstos que formula el Ministerio Público a través de la acusación.

Empero, subsiste la necesidad de confirmar la veracidad de la admisión, porque ésta no suprime el objeto del proceso penal consistente en “esclarecer los hechos”, “proteger al inocente” y “procurar que el culpable (*rectius*, responsable) no quede impune” (salvo en los casos de negociación penal). En consecuencia, habrá que ponderar si hay medios de convicción que corroboren la imputación. Esto queda en relieve, más todavía, en los términos de la fracción VIII del apartado A) del artículo 20 constitucional: “El juez sólo condenará cuando exista

convicción de la culpabilidad (se quiere decir: de la responsabilidad) del procesado”.

El párrafo referente a beneficios, que antes transcribí, permite una doble lectura. Literalmente, se refiere al supuesto en que el inculpado acepta su responsabilidad; por lo tanto, se trata de beneficios *a posteriori*, o sea, “premios penales”. Bajo otra lectura, ese párrafo permite entender: beneficios ofrecidos *a priori* (¿sólo por el Ministerio Público? ¿por éste y por el juez, que convalida la oferta? ¿únicamente por el tribunal?), para motivar la admisión de responsabilidad, que serían medios de persuasión o “estímulos” penales; ofertas de benevolencia, que orientan –de grado ¿o por presión moral?– la decisión del sujeto, cuya verdadera libertad queda fuertemente reducida en el contexto de un proceso y bajo la amenaza –legal o judicial– de una sanción severa.

Habrá que precisar la naturaleza de las ofertas premiales o persuasivas –aunque en el fondo siempre revisten este último carácter–, determinando si se trata de favores procesales o de ventajas sustantivas. De esta suerte se elude aplicar la consecuencia jurídica (pena) que realmente correspondería al sujeto, en función de la entidad del delito y de la culpabilidad del agente. Pasa a primer plano la economía de la persecución, con beneficios prácticos –no siempre éticos– para el Estado que persigue y juzga y para el inculpado, al que se libera de la carga de un largo enjuiciamiento y de la incertidumbre sobre sus resultados. En síntesis, el enjuiciamiento será breve y los resultados predecibles y moderados.

Hay otros extremos aún más graves en la regulación de esta figura, que ha recibido numerosas críticas. Uno de ellos es la supeditación de la pena al planteamiento que haga el M.P. Es verdad que el juzgador no podría rebasar la petición del acusador, pero en la especie el Ministerio Público se adueña de la decisión punitiva, de acuerdo con el inculpado. Se presenta una especie de convenio penal. Por esta vía, el inculpado “reconoce” su responsabilidad y así “facilita” la tarea del acusador y mediatiza la del juzgador: “No podrá imponerse una pena distinta o de mayor alcance a la que fue solicitada por el Ministerio Público y aceptada por el acusado” (artículo 206, segundo párrafo).

Veamos otro fruto de la “lógica de la negociación”, que obliga a los negociadores a cumplir lo pactado o desechar los acuerdos y retomar el problema desde su inicio. En este caso se abre la puerta al zigzag en la acusación del M.P., con consecuencias que pueden

ser muy lesivas para el inculpado y para la justicia misma. Pensemos que el M.P. formula una acusación “benévola” para favorecer la terminación anticipada, una vez que ha negociado el tema con el inculpado. Pero consideremos que en ese trámite hubo errores que mueven al juzgador a rechazar la solución del litigio por la vía del procedimiento abreviado. Si esto ocurre, el Ministerio Público puede dar marcha atrás a su acusación, que se tendrá por no formulada. Habrá que acusar de nuevo, sin compromiso derivado de la anterior acusación: eventualmente, una reformulación *in pejus*.

El problema queda de manifiesto en un fragmento del artículo 203 del Código Nacional, que transcribo en seguida: “Si el procedimiento abreviado no fuere admitido por el juez de control, se tendrá por no formulada la acusación oral que hubiere realizado el Ministerio Público, lo mismo que las modificaciones que, en su caso, hubiera realizado a su respectivo escrito y se continuará de acuerdo a las disposiciones previstas para el procedimiento ordinario. Asimismo, el juez de control ordenará que todos los antecedentes relativos al planteamiento, discusión y resolución de la solicitud de procedimiento abreviado sean eliminados del registro”.

Así las cosas, el fracaso de la negociación –porque el juez colocó “una piedra en el camino”– desconocerá la “verdad pactada” y reconvertirá la benevolencia en rigor. Difícilmente se podría afirmar que este zigzagüe sirva al objeto o fines del procedimiento penal – como lo quieren la Constitución y el propio CNPP– y constituya una solución ortodoxa para bien de la justicia.

En este catálogo de sorprendentes disposiciones figuran otras normas acerca de la pena aplicable en diversos supuestos cuya determinación corresponde al M.P., como hemos visto, no a la autoridad judicial, que se supone es el órgano llamado a decidir, según sus atribuciones naturales, sobre las consecuencias jurídicas del delito conforme a las punibilidades previstas en el ordenamiento sustantivo y atento a los elementos que éste –no el procesal– debiera fijar para fines de individualización penal.

El precepto que ahora llama la atención es el 202, que maneja dos hipótesis, ambas en el marco del procedimiento abreviado, que el legislador ha querido favorecer a todo trance, como vara de la virtud para la solución de los litigios penales y el alivio de la administración

de justicia, independientemente de otros alivios introducidos por la Constitución y por el Código Nacional.

En una primera hipótesis, vinculada a los antecedentes penales del inculpado y a la punibilidad relativamente moderada (no más de cinco años, según la media aritmética entre los extremos de esa punibilidad), el M.P. podrá solicitar “la reducción de hasta una mitad de la pena mínima en los casos de delitos dolosos y hasta dos terceras partes de la pena mínima en el caso de delitos culposos, de la pena de prisión que le correspondiere al delito por el cual acusa”. La redacción no es tan clara como debiera ser en un tema tan importante. Empero, cualquiera que sea la interpretación que se haga –sobre todo si se entiende que la pena aplicable es la mitad o las dos terceras partes de la mínima legalmente prevista– la reducción que resulta es verdaderamente relevante.

En la segunda hipótesis, que se refiere a “cualquier caso” –menos el anteriormente mencionado, se entiende– “el Ministerio Público podrá solicitar la reducción de hasta un tercio de la mínima en los casos de delitos dolosos y hasta en una mitad de la mínima en caso de delitos culposos”. De nueva cuenta aparece una drástica reducción de la pena legalmente prevista. Ahora bien, es preciso recordar que el juzgador se encuentra siempre –en procedimiento abreviado– limitado por el pedimento del M.P. conforme a la disposición que antes recordamos: “No podrá imponerse una pena distinta o de mayor alcance a la que fue solicitada por el Ministerio Público y aceptada por el acusado”.

Lo expuesto permite ver en qué medida se hallan alteradas las funciones regulares del acusador y el juzgador cuando se trata de procedimiento abreviado, que también compromete o determina –bajo presión difícilmente resistible– la voluntad del inculpado. Es notorio que el ordenamiento penal ha querido favorecer de la manera más amplia posible –por ahora– la opción por los procedimientos abreviados, que no son simplemente procedimientos sumarios de diseño tradicional. Difícilmente se podría ignorar que existe un fuerte resabio inquisitivo en esta mecánica de intervenciones ministeriales y retraimientos judiciales.

Insistamos: es así que se alienta la decadencia –o el uso restringido, para emplear un eufemismo– del juicio oral, cuya práctica pareció ser la “carta” principal en el naípe de la reforma, como en el discurso que la sustenta. No ha sido así. En la normativa –y en la realidad– esa carta es el procedimiento abreviado, más otras figuras dominadas mejor por la

economía que por la justicia. Es notoria la tensión que estas soluciones provocan con respecto a los fines explícitos del proceso.

La terminación anticipada del proceso también es aplicable en las hipótesis correspondientes a la responsabilidad penal de personas colectivas (artículo 424). Esto supone que el representante de una persona de esta naturaleza deberá (o mejor dicho, podrá) renunciar al juicio oral y reconocer la responsabilidad que tiene por el delito que se le imputa. Parece excesivo que así sea, sobre todo si se toman en cuenta las graves consecuencias que semejantes renuncia y reconocimiento tendrán sobre terceros, que pueden ser numerosos y completamente ajenos –más bien víctimas que victimarios– al delito del que se trate (trabajadores, empleados, proveedores, clientes, etcétera).

En síntesis, Alicia Azzolini resume las debilidades del procedimiento abreviado en los siguientes términos: a) “Su aplicación no tiene como requisito que se reparen rápidamente los daños causados a la víctima, por el contrario si el sujeto es condenado a pena de prisión difícilmente se ocupará de saldar el daño”; b) “No coadyuva a que las partes del conflicto restablezcan el lazo social. Esta salida alterna implica una negociación entre el Ministerio Público y el imputado, la víctima no interviene”; c) “Existe el riesgo de que el Ministerio Público, ejerciendo su posición de poder, abuse del procedimiento abreviado para obtener sin dificultades una victoria rápida”; y d) “No se adecua, en principio, a los estándares de ‘debido proceso’ reconocidos en el ámbito internacional, ya que el imputado renuncia a ofrecer pruebas y a su derecho al juicio oral”⁴⁷.

3. Otras soluciones alternas. Constitución, CNPP y Ley de Mecanismos Alternativos

Al examinar otras alternativas de solución de la contienda penal, aportadas por la Constitución y por su ley reglamentaria, debo reiterar la importancia que reviste, como criterio general de formulación y práctica del sistema penal adjetivo, la determinación del papel que jugarán la atención a la exigencia estricta de justicia –que se halla

47 “Las salidas alternas al juicio en el Código Nacional de Procedimientos Penales”, en Varios, *Comentarios al Código Nacional de Procedimientos Penales*, Moreno Hernández, Moisés y Ontiveros Alonso, Miguel (coords.), México, CEPOLCRIM-AMPEC-UBIJUS, 2015, p.166.

en el objeto o los fines del proceso– y la pertinencia, conveniencia o necesidad de facilitar la marcha de la procuración y administración de justicia, en aras de la solución inmediata de los litigios penales, la investigación criminal, la economía de medios, la reorientación o concentración del aparato persecutorio hacia un número más o menos apretado de casos. He ahí los extremos de la cuestión, que también lo son de la terminación anticipada.

Cada extremo de este dilema está apoyado, de manera explícita o implícita, por argumentos y consideraciones interesantes –además de las “promesas” de seguridad y justicia entrañadas en los discursos políticos y jurídicos– y su prevalencia implica, evidentemente, regulaciones procesales diversas y a menudo contrapuestas.

Sin duda, en la decisión que se adopte influirá el régimen penal sustantivo, sea que éste se caracterice por la moderación –como es propio del Derecho penal mínimo–, sea que se caracterice –como ocurre a menudo con el Derecho mexicano por la exuberancia penal.

Aquí vienen al caso la opción por el principio de legalidad o su contrario, el principio de oportunidad, al que me referí en la primera parte de este artículo, así como las llamadas soluciones alternas al proceso, e incluso la franca reorientación del sistema de justicia con sentido predominantemente “reconstructivo” de la relación entre víctima y victimario –conciliación y reconciliación, que insufla elementos éticos o morales en un ámbito regularmente dominado por consideraciones estrictamente jurídicas.

En seguida comentaré las soluciones alternas, ateniéndome a la identificación que el CNPP hace de éstas en el artículo 184: acuerdo reparatorio y suspensión condicional del proceso, sin desconocer, por supuesto, que la terminación anticipada es también, en esencia, una solución alterna (al proceso penal ordinario, informada por los mismos motivos y razones que aquellas otras figuras).

La orientación actual en varias ramas del orden jurídico mexicano prohija la conciliación, con la consecuente marginación del proceso, tendencia que aplaudo cuando se halla rodeada de garantías de racionalidad y justicia. La misma tendencia se observa en materia penal, hacia soluciones alternas o compositivas del litigio, que excluyen el enjuiciamiento ordinario, la tramitación del proceso por vía acusatoria y oral hasta el arribo de la sentencia de fondo, y la ejecución forzada de

la condena. Como ya he dicho –e insisto; perdónese la reiteración– hay aquí una paradoja: el nuevo proceso penal “no simpatiza con el proceso penal” que proclama. No es un sistema fundamentalmente instalado en el proceso oral, sino en las vías de escape, las soluciones alternas, las “opciones económicas” que permiten prescindir del proceso ordinario y total.

Por lo tanto, se ha podido afirmar que “con independencia del rol que puedan desempeñar las medidas alternas (...) y de si ello puede ser tomado como éxito o fracaso del sistema, lo cierto es que los juicios orales pasan a un segundo término si se admite que sólo un muy bajo porcentaje de asuntos llegue efectivamente a dicha etapa”, como lo sugiere el propio dictamen parlamentario acerca del CNPP⁴⁸. Esas medidas alternas son las “válvulas de escape” al sistema acusatorio diseñado por la Constitución y el CNPP; en ellas reside el “cambio de paradigma” que *podiera* alojar el modelo procesal penal mexicano⁴⁹. De ahí la enorme importancia de estas figuras compositivas.

En virtud de lo anterior, se ha señalado que la existencia de un Código Nacional de Procedimientos Penales no basta para alcanzar seguridad y justicia; se requiere además un ordenamiento sobre medios alternos para la solución de conflictos, a fin de contar con “un sistema de justicia restaurativa y no sólo de represión penal”⁵⁰; de ahí la emisión de una ley que aborda directamente esta materia, en 2015, a la que me referiré adelante.

El sexto párrafo del artículo 18 constitucional, tras la reforma de 2005, que reorienta la justicia para adolescentes en conflicto con la ley penal (que no es una justicia penal, según apreció, en su hora, el Constituyente Permanente que actuó en 2005⁵¹, apreciación no compartida por algunos observadores) señala que “las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema” (integral de justicia para adolescentes).

48 Moreno Hernández, “Fortalezas y debilidades...”, en Varios, *Comentarios al Código...*, cit., pp. 80-81. Asimismo, cfr. *ibidem*, p. 102.

49 Cfr. Azzolini, “Las salidas alternas...”, en Varios, *Comentarios al Código...*, cit., pp. 150-151 y 172. En sentido semejante, cfr. Huerta Psíhas, Elías, “Justicia alternativa y el Código Nacional de Procedimientos Penales”, en *ibidem*, p. 181.

50 Huerta Psíhas, “Justicia alternativa...”, en Varios, *ibidem* p. 187.

51 Cfr. Villanueva Castilleja, Ruth *et al.*, *La justicia de menores infractores en la reforma al artículo 18 constitucional*, 2ª ed., México, Porrúa, 2011, pp. 55 y ss. De la misma autora, cfr. *Los menores infractores en México*, México, Porrúa, 2005, pp. 217-219.

El cuarto párrafo del artículo 17 constitucional reformado indica que “las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial”. La enmienda de 2013 al artículo 73 de la ley suprema facultó al Congreso de la Unión para legislar, con fuerza para toda la República, tanto en el orden procedimental penal como en materia de soluciones alternas y ejecución de sanciones.

El Código Nacional dedica el Título I de su Libro Segundo, “Del procedimiento” a las “Soluciones alternas y formas de terminación anticipada”, todas las cuales suponen “economías de procedimiento y, en general, de persecución” –a menudo justificables– y entendimientos entre sujetos procesales que por este medio excluyen, reducen o mediatizan la tradicional potestad jurisdiccional penal y reconducen el procedimiento a través del “arreglo”; la pena “legal” se sustituye por la pena “contractual”, en palabras de Fairén Guillén. Es en este punto donde se plantea y resuelve la tensión entre los extremos del dilema que he mencionado a lo largo de este trabajo.

Desde luego, al examinar estos temas nos internamos en el complejo espacio de la composición como alternativa del enjuiciamiento, y desde aquí transitamos al análisis de la justicia restaurativa, que ha ganado aceptación y prestigio como método que enfrenta la criminalidad al amparo de valores y principios diferentes de los que caracterizan a los sistemas en boga, recupera procedimientos tradicionales que “emergen” nuevamente y cuenta con apreciables ventajas con respecto a los modelos punitivos convencionales: prevención de nuevos delitos, satisfacción de la víctima, facilitación de las tareas a cargo de los órganos de justicia penal y ahorro de recursos⁵².

El Consejo Económico y Social de Naciones Unidas se ha ocupado en esta materia y ha propuesto definiciones y acciones relevantes. Alude a programas y procesos restaurativos y define a éstos como procesos “en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otra persona o miembro de la comunidad afectados por un delito participen en forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador”. Estos procesos

52 Cfr. Johnstone, Gerry, *Restorative Justice. Ideas, Values, Debates*, Willan Publishing, Portland, 2002, pp. 25 y ss.

incluyen mediación, conciliación, conversaciones y reuniones para decidir sentencias⁵³.

La justicia restaurativa ha marchado adelante en el pensamiento y la iniciativa de observadores y partidarios –así como de órganos internacionales interesados en el desarrollo de los sistemas de justicia– que denuncian el fracaso de los sistemas tradicionales de combate al delito y represión del delincuente. Entre ellos figura, en nuestro medio, el recordado criminólogo argentino Elías Neuman, que pondera las virtudes de la mediación penal: un “claro ejemplo de lo que alienta y pretende la justicia restaurativa fincada en la armonía entre los hombres y un cabal saneamiento de las desgarraduras que produce el delito en el entramado social”.

A partir de los progresos de la victimología, Neuman señala que “el actual discurso sobre la víctima intenta dar nuevas dimensiones a la política criminal y social haciendo evolucionar la perspectiva del derecho penal clásico”; que “recomponer las relaciones sociales o hacer entablar nuevas relaciones entre las partes del conflicto, no resulta sencillo pero tampoco imposible”; que el “solo hecho de participar víctima y victimario en la resolución del conflicto tiene efectos positivos para ambos”; que “es preferible ayudar a los ciudadanos en conflicto a ilustrar sus deseos, a veces recónditos, a los fines de solucionarlos por ellos mismos, según su voluntad”⁵⁴.

No me parece posible emitir un pronunciamiento terminante, absoluto, en torno a una cuestión que reviste tantas complicaciones prácticas y puede desembocar, fácilmente, en aciertos o en fracasos que serían puntos de referencia –sin embargo, referencias débiles, insuficientes, cuestionables– para aceptar o rechazar en bloque alguno de los extremos en pugna.

No hay duda, sin embargo, sobre la conveniencia de favorecer soluciones éticas a determinados aspectos de la contienda penal, para reconstruir la relación entre víctima y victimario, en la más amplia medida posible, y a la postre generar en el seno de la sociedad factores de paz, convivencia y solidaridad. Retornamos, pues, a las soluciones morales que militan al lado –y se diría por encima– de los expedientes

53 Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, “Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal”, 7 de enero de 2002.

54 *La mediación penal y la justicia restaurativa*, México, Ed. Porrúa, 2005, pp. 43 y ss.

puramente represivos. Habrá que ponderar con exquisito cuidado el movimiento de los platillos en la balanza de la justicia, para alcanzar soluciones pertinentes y razonables, que no dejen fuera los deberes de la justicia ni desdeñen la fuerza moral de las razones y las capacidades de los involucrados en el hecho criminal, conforme a sus características, a sus alcances, a su entidad.

La iniciativa que mayor influencia tuvo en el proyecto finalmente aprobado como Código Nacional acentúa la relevancia del papel que compete a la víctima y al ofendido en el proceso penal, que enlaza con la idea de incorporar en el proceso “figuras como el principio de justicia restaurativa cuyo fin es atender la esencia del conflicto derivado del hecho delictivo, con la consecuente participación y satisfacción de las víctimas u ofendidos”⁵⁵.

Tómese en cuenta, como hemos dicho anteriormente y diremos adelante, que la ley favorece manifiestamente la opción por las alternativas; o mejor dicho, no sólo la favorece, sino la promueve: el CNPP alienta al Ministerio Público y al juez de control en este sentido (artículos 131, fracción XVIII), e impulsa al defensor hacia la promoción de alternativas al proceso (artículo 117, fracción X).

En este punto debo iniciar una división en el análisis de la materia, derivado del régimen instituido por la reforma constitucional –sobre atribuciones del Congreso de la Unión en cuestiones procedimentales penales y alternativas del proceso– de 2013, el propio CNPP –zigzagueante en su primerísima versión de marzo de 2014– y la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal (LMA)⁵⁶, publicada el 29 de diciembre de 2014, es decir, apenas unos meses después del CNPP y acompañada, como cabía esperar –o temer, dados los deslices de técnica legislativa que hemos enfrentado– por la reforma a siete artículos del CNPP –y algunas normas, de escasa trascendencia temporal, del Código Federal de Procedimientos Penales, llamado a desaparecer en breve plazo– ,

55 “Exposición de motivos”, p. 21.

56 En el curso de estos comentarios he utilizado la voz “mecanismos”, que ahora figura en el nombre mismo de una ley. Esa expresión no es particularmente afortunada como sinónimo de medios, métodos, soluciones, sistemas, etcétera, pero ha adquirido carta de naturalización en el lenguaje común de la justicia penal y sus sucedáneos. La acepción de mecanismos que se utiliza en la ley de referencia puede ser la que recoge el *Diccionario* de la Real Academia como “medios prácticos que se emplean en las artes”.

que pudieron tener desde el principio la formulación que adquirieron a partir de aquella reforma, si se hubiese reflexionado con mayor detenimiento y hondura acerca del camino y el destino que el legislador deseaba dar al régimen de soluciones alternas al proceso.

En fin, las cosas no ocurrieron de ese modo y ahora contamos con un CNPP prontamente reformado y con una nueva ley. La LMA es un ordenamiento de autocomposición en el sentido que una parte de la doctrina procesal asigna a este concepto. Dicha autocomposición se halla regulada, por lo demás, tanto en el CNPP como en la LMA, que “afinó” o detalló las disposiciones de aquel sobre acuerdos reparatorios, que son, en síntesis, la desembocadura de los llamados mecanismos.

Recordemos brevemente, para enlazar los dos ordenamientos que estamos analizando –CNPP y LMA– y el cauce que ambos asignan a las alternativas procesales, que la solución de un litigio no se alcanza solamente a través del proceso. Hay otros medios, de los que se ha ocupado, en una obra señera, el profesor Niceto Alcalá-Zamora⁵⁷, quien señala el impulso inicial que estos conceptos recibieron de Carnelutti.

Esos medios, no procesales, de solución del litigio, son la autocomposición y la autodefensa. Ocupémonos de la primera, que viene al caso para los efectos de nuestra reflexión actual. La autocomposición –de fuente unilateral o bilateral– representa una forma de composición del litigio, solución de la contienda, exclusión del juicio formal ante la autoridad estatal, mediante la voluntad desplegada por las partes en el litigio –el pretendiente y el resistente– y el acuerdo alcanzado entre ellas, que hace cesar la controversia⁵⁸.

En consecuencia, a través de la autocomposición, un medio generalmente plausible –aunque arriesgado– de composición del litigio, no sólo una forma de concluir el proceso⁵⁹, las partes toman en

57 *Proceso, autocomposición y autodefensa. Contribución al estudio de los fines del proceso*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 3ª. edición, 1991. Esta obra proviene de una serie de conferencias radiofónicas del autor, aún reciente su llegada a México, donde tuvo un exilio fecundo de varias décadas. Posteriormente las conferencias fueron recogidas en un texto que constituyó la primera edición de la obra, y adicionadas en las ediciones sucesivas, hasta alcanzar la tercera y última. Al respecto, véanse en ésta, la “Presentación” de Héctor Fix-Zamudio, pp. 5 y ss., y el “Prólogo (del autor) a la segunda edición”, pp. 9-10.

58 Cfr. *ibidem*, pp. 71 y ss.

59 Cfr. *ibidem*, p. 72.

sus manos, de común acuerdo, la solución del conflicto que ha surgido entre ellas. De esta suerte, el acuerdo es el punto de llegada de la composición, favorecida por diversos medios, ya que no siempre por la voluntad espontánea de alguno de los contendientes o de ambos. Cabe, desde luego, el desistimiento del atacante procesal, como el allanamiento del atacado, y cabe la transacción en la que cada uno de éstos cede en lo que puede –o debe, orillado por las circunstancias– en aras de alcanzar el deseable final del conflicto.

Hay figuras importantes, facilitadoras o promotoras del acuerdo, que gestionan éste ante las partes sin ejercicio de autoridad estatal, o con ejercicio atenuado de esa autoridad, encauzada por la encomienda que el Estado les asigna, diferente en naturaleza e intensidad de la que compete a agentes del Ministerio Público y a juzgadores. Promover el arreglo, a través de una instancia de conciliación o de una mediación, es algo muy diferente de imponerlo, a título de tercero colocado por encima de las partes, que es la posición del tribunal. Los que componen su litigio encuentran en sí mismos la fuente de la solución –el acuerdo–, que no llega de arriba, aplicado por un tercero en el desempeño de una irresistible autoridad. Como ha dicho Alcalá-Zamora, en este escenario aparecen, con diversas y escalonadas potestades, que culminan en el juzgador, tanto el mediador, que “propone una o más soluciones”, como el autocomponedor, que “dispone de la solución”, y el juzgador, que “impone la solución”⁶⁰.

Los motivos que llevan a la autocomposición son diversos: entre ellos, la convicción, la debilidad, la fatiga, el tiempo disponible, la ponderación de fuerzas, la inducción de un tercero (con diferente identidad –abogado, acusador, funcionario judicial, allegado, colega de profesión o de interés, comunicador social– y con distinta intención). En torno a esta materia, Alcalá-Zamora ha hecho ver que “entre el fundamento jurídico de la autocomposición, a saber, la convicción de no tener razón, en todo o en parte, en cuanto a la pretensión formulada o en cuanto a la resistencia opuesta, y que conduce a (...) actitudes de renuncia o reconocimiento (...), y los móviles internos que a ella impulsan, puede mediar divorcio y no coincidencia, tanto por faltar en el fondo la espontaneidad del sacrificio (autocomposición

60 *Ibidem*, p. 77.

resignada o coaccionada), como por no ser éste altruista en realidad (autocomposición falsa o aparente)”⁶¹.

Como es fácil advertir, el territorio natural de la composición es el de los conflictos que versan sobre bienes o derechos disponibles, en los que no se halla fuertemente comprometido el interés público; disponibilidad que el Estado permite a los individuos tomando en cuenta la naturaleza de los bienes jurídicos, derechos u obligaciones en juego. La autonomía de la voluntad se despliega con facilidad y el Estado se retrae y observa, cuidando –o debiendo cuidar– de que el ejercicio de la libertad no desemboque en abuso o atropello en agravio del más débil, problema que constituye siempre el filo de la navaja sobre el que circulan las soluciones compositivas, o culmine en injusticia o lesión para el interés público, otro riesgo en el resbaladizo campo del avenimiento.

Por ello, el ámbito penal –sobre todo desde la asunción estatal del poder persecutorio, el *jus puniendo*, con las implicaciones o expresiones que el tiempo y las circunstancias le han asignado– no ha sido el escenario regular del entendimiento entre víctima y victimario. El Estado “expropió” a éstos la facultad de arreglar su conflicto, y asumió la solución –declaración sobre el hecho ilícito, la responsabilidad del agente y la consecuencia jurídica de aquél y ésta– en una suerte de monopolio del poder punitivo, que sólo recientemente y de manera gradual se ha mermado en favor de la voluntad compositiva de los particulares, que “readquieren o rescatan”, como cosa suya, la solución del conflicto. Ésta no se privatiza –señalan los partidarios de la solución compositiva–, sino se “repersonaliza”, es decir, “vuelve a las partes”⁶².

Es claro –al menos por ahora; no me interno en el incierto porvenir, que puede darnos grandes sorpresas– que la composición de la que estamos hablando, campo de las soluciones no procesales del conflicto penal, no debe operar en relación con infracciones graves, cuando es natural que el Estado conserve y ejerza el poder de punición. De ahí que las soluciones compositivas –alternativas del proceso– hallen su lugar natural en supuestos de criminalidad menos grave, leve o levisima, aunque no necesariamente de “bagatela”.

61 *Ibidem*, pp. 78-79.

62 Neuman, *La mediación penal...*, cit., p. 62.

Se mira hacia la composición, por lo demás, para alcanzar otros fines que los característicos del arreglo regular entre particulares, que rehace la relación y prohíja la paz. Hay más que eso: liberación de fuerzas estatales, abrumadas por el cúmulo de delitos de escasa cuantía, a fin de que las concentre en crímenes de cuantía mayor. Ello disminuye la carga de la policía, los fiscales, los tribunales y las prisiones. En suma, la solución “moral” del conflicto, puede ser también un remedio pragmático para el insoportable peso que lleva sobre su espalda un Estado abrumado o incompetente.

El CNPP señala dos soluciones alternas del procedimiento: el acuerdo reparatorio y la suspensión condicional del proceso (artículo 184), figuras que, en general, merecen consideración favorable; contribuyen a la solución de los litigios y a la buena marcha de la justicia, siempre en el supuesto de que la anuencia y supervisión de las autoridades permita evitar los abusos que pueden aparecer en convenios entre sujetos desiguales. El Código también menciona en ese Título I del Libro Segundo (artículo 185) que “el procedimiento abreviado será considerado una forma de terminación anticipada del proceso”. En rigor, todas estas figuras son soluciones alternas del litigio penal, como ya he dicho, que implican la exclusión del proceso ordinario y aparejan negociación (sea vertical: entre la autoridad y el inculpado, con participación de la víctima u ofendido; sea horizontal: entre víctima y victimario).

Aquí conviene aludir separadamente, pero coordinadamente, al CNPP y a la LMA. Ésta dice que su objeto general es “establecer los principios, bases, requisitos y condiciones de los mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal que conduzcan a las soluciones alternas previstas en la legislación procedimental aplicable”, mecanismos que “tienen como finalidad propiciar, a través del diálogo, la solución de las controversias que surjan entre miembros de la sociedad con motivo de la denuncia o querrela referidos a un hecho delictivo, mediante procedimientos basados en la oralidad, la economía procesal y la confidencialidad” (artículo 1 LMA), que son, entre otros, los principios que gobiernan esta materia⁶³.

63 El artículo 4 contiene una relación más amplia de principios, a saber: voluntariedad, información, confidencialidad, flexibilidad, simplicidad, imparcialidad, equidad y honestidad.

Como es fácil advertir, la LMA ha querido incorporar en el cuerpo jurídico nacional la justicia restaurativa –débilmente anunciada en el CNPP–, a través de un ordenamiento que “reglamenta” –expresión que utilizo en un sentido muy amplio– sobre este extremo al Código Nacional, y además se ha contraído a una figura específica acogida en este Código: los acuerdos reparatorios. Para ello ha establecido un complejo sistema que abarca principios, derechos y deberes de los participantes, procedimientos, órganos y supervisión, entre otros datos inherentes al procedimiento de acuerdo.

En su versión original –pocos meses antes de las aportaciones de la LMA– el artículo 186 CNPP definió los acuerdos reparatorios como “aquellos (es decir, aquellos acuerdos) celebrados entre la víctima u ofendido y el imputado que, una vez aprobados por el Ministerio Público o el juez de control y cumplidos en sus términos, tienen como efecto la conclusión del proceso”. La LMA redefinió este último punto, diciendo: “tienen como efecto la extinción de la acción penal”. Ambas expresiones son aceptables y pudieron quedar en una sola fórmula si hubiese habido menos premura en la aprobación del Código Nacional, porque la extinción de la acción penal lleva necesariamente a la conclusión del proceso.

Alicia Azzolini, que critica la inclusión general de los delitos culposos entre los ilícitos sujetos a acuerdo reparatorio, pondera las ventajas de esta figura como “salida alterna que satisface en mayor medida las aspiraciones de cada uno de los involucrados”; son las partes quienes resuelven o reducen el conflicto; el Estado “pierde su rol protagónico”, aun cuando todo ello “conlleva, es necesario señalarlo, el alto riesgo de privatizar la justicia”⁶⁴.

Este mecanismo de solución viene al caso (artículo 187 CNPP) cuando se trata de delitos perseguibles por querrela o requisito equivalente, “o que admiten el perdón de la víctima o el ofendido” (añadió la reforma de 2015 al CNPP; probablemente era innecesario este agregado, en tanto la persecución de los delitos sujetos a querrela cesa cuando se otorga el perdón); culposos o patrimoniales cometidos sin violencia contra las personas. El mismo precepto contiene algunos supuestos de improcedencia, entre ellos el supuesto de “delitos de violencia familiar o sus equivalentes en las entidades federativas”,

64 “Las salidas alternas...”, en Varios, *Comentarios al Código...*, cit., pp. 155-157.

exclusión *ope legis* muy discutible si se trata –como efectivamente se trata– de impulsar la justicia restaurativa, que implica, entre otras cosas, el propósito de reconstruir la relación entre víctima y victimario.

No pretendo agotar ahora el examen de los acuerdos reparatorios –alternativa creada en el CNPP y desarrollada en este mismo ordenamiento y en la LMA–, pero es conveniente aludir a algunos aspectos relevantes de esta figura alterna al procedimiento ordinario. Entre ellos figuran los “mecanismos” de mediación y conciliación (artículos 21 y 25 LMA); la llamada junta restaurativa, que constituye un “mecanismo” –igualmente– en el que el imputado y la víctima u ofendido, pero también, en su caso, “la comunidad afectada”, proponen opciones de solución conducentes al acuerdo (artículo 27 LMA); la existencia de personajes, como el facilitador (artículos 48 y ss. LMA) y los órganos del Estado especializados en la práctica de estos “mecanismos” (artículos 40 y ss. LMA), y los “seguimientos” para el cumplimiento de los acuerdos adoptados (artículos 36 y ss. LMA).

La Ley Nacional de Mecanismos ha creado el régimen para la solución alternativa de litigios, dotado de un frondoso aparato de agentes y de laboriosos procedimientos. Si se alcanzan los objetivos asignados a cada pieza de este conjunto, los resultados pueden ser muy atractivos –sin perjuicio, por supuesto, de la indispensable valoración a la que han de estar sujetos desde la perspectiva de la justicia. El despliegue de medios es impresionante e invita a una cuidadosa reflexión y a una detallada observación de los buenos pasos del conjunto. No podemos olvidar que la decadencia o el fracaso de los sustitutivos de la pena privativa de libertad se han debido, en la generalidad de los casos, a la carencia de adecuados y eficientes instrumentos de acompañamiento y verificación.

Llaman la atención la figura del facilitador y el posible ingreso de la comunidad a la solución concertada de las controversias. El facilitador –con ésta u otras denominaciones– es una figura universalmente reconocida en el escenario de la justicia restaurativa y las soluciones alternas al proceso, de la que pueden provenir el éxito o el fracaso de aquéllas. Para ser mediador en materia penal –escribe Neumann– basta un buen *curriculum*. Es necesario contar con “personas de gran calibre humano, con vastos conocimientos técnicos y capaces de

asimilar y experimentar en la investigación empírica sin embanderarse en consignas previas”⁶⁵.

El facilitador tiene importante papel –de verdadero protagonista– en la mediación (artículo 21 LMA), en la conciliación (artículo 25 LMA) y en la junta restaurativa (artículo 27): protagonista muy cercano a los contendientes, aunque independiente de ellos, y factor de razón, entendimiento y justicia. De ahí la necesidad de que se apliquen adecuados criterios de selección y preparación al equipo de facilitadores, como lo prevé la LMA (artículos 48 y ss.).

No menos llamativa es la participación de la “comunidad afectada” en la “junta restaurativa” a la que se refiere el artículo 27 del mismo ordenamiento. No se ha expuesto el detalle para la identificación de la comunidad participante (conforme a la “afectación” que el delito ha causado en ella), de la convocatoria a la junta en la que puede participar y del peso que en ésta tengan sus aclamaciones y reclamaciones. Por ello será muy relevante el criterio que adopten los órganos estatales a cargo de los mecanismos y, sobre todo, el acierto con que se conduzca el facilitador, cuyo desempeño se halla en el corazón mismo de la junta restaurativa, como se desprende del procedimiento instituido en el artículo 27. Una vez más, el facilitador será artífice de los resultados que arrojen los “mecanismos”.

Para alentar la “confianza” de las partes en el intento de acuerdo reparatorio, que pudiera resultar infructuoso, el Código dispone con sentido práctico –aunque de nuevo se ponga distancia entre la verdad real y la verdad convencional–, que “la información que se genere como producto de los acuerdos reparatorios no podrá ser utilizada en perjuicio de las partes dentro del proceso penal” (artículo 196).

El artículo 191, a su vez, indica que deberá entenderse por suspensión condicional del proceso “el planteamiento formulado por el Ministerio Público o por el imputado” (pero la suspensión no es, en rigor, un mero planteamiento) que contiene “un plan detallado sobre el pago de la reparación del daño y el sometimiento del imputado a una o varias (...) condiciones (mencionadas por el CNPP) que garanticen una efectiva tutela de los derechos de la víctima u ofendido y que en caso de cumplirse pueda dar lugar a la extinción de la acción penal”.

⁶⁵ *La mediación penal...*, cit., p. 146.

El artículo 195 CNPP establece un muy amplio conjunto de posibles condiciones que el juzgador de control podrá imponer al imputado a propósito de la suspensión condicional del proceso. Se trata de un verdadero “plan de vida” que es preciso considerar con racionalidad, a fin de evitar excesos que lesionen al imputado de manera improcedente. Es preciso analizar con gran objetividad la pertinencia de las condiciones en relación con los objetivos de la suspensión. Se halla latente la posibilidad de excesos que oscurecerían el panorama, de suyo complejo, de esta solución alterna.

Es inquietante que a pesar de ser muy amplio el conjunto de medidas en manos de la autoridad judicial para fines de suspensión condicional, el catálogo legal no limita la potestad judicial ni brinda al imputado, en consecuencia, suficiente seguridad. Nótese que el primer párrafo del precepto citado señala que el juez “determinará imponer al imputado una o varias de las condiciones que deberá cumplir, las cuales en forma enunciativa mas no limitativa se señalan (...)”. Y la fracción XIV ensancha la discrecionalidad judicial cuando acepta “cualquier otra condición que, a juicio del juez de control, logre una efectiva tutela de los derechos de la víctima”.

La profesora Azzolini resume en los siguientes términos los riesgos y perjuicios que puede acarrear la suspensión condicional: a) “En primer lugar, contiene una respuesta de carácter sancionatorio para una persona que aún no ha sido juzgada, en ese sentido afecta la presunción de inocencia. El cumplimiento de las condiciones que fije el juez es una restricción a los derechos del imputado, cuyo único fundamento descansa en su propio consentimiento (...); b) “No es una figura que busque satisfacer el derecho fundamental de las víctimas de acceso a la justicia. Las víctimas u ofendidos, a pesar de que se les repara el daño sufrido, pueden sentirse defraudados en su reclamo de justicia porque el imputado no es condenado al cumplimiento de una pena. Por ello, es importante considerar los argumentos de la víctima cuando ésta se opone a que se conceda la suspensión condicional del proceso”; c) “La sociedad puede percibir la suspensión condicional del proceso como una consecuencia excesivamente benévola para el imputado y considerar que se está burlando a la justicia. De ahí que se aplique en delitos que no afecten los bienes jurídicos más valiosos”⁶⁶.

66 “Las salidas alternas...”, en Varios, *Comentarios al Código...*, cit., pp. 160-161.

En la misma línea del entendimiento y la economía –que pudieran coincidir o no con la exigencia de justicia–, podemos inscribir los denominados “acuerdos probatorios” celebrados “entre el Ministerio Público y el acusado, sin oposición fundada de la víctima u ofendido, para aceptar como probados alguno o algunos de los hechos o sus circunstancias” (artículo 345).

Nos encontramos ya en el territorio de la prueba convencional, es decir, la establecida a través de un pacto entre los contendientes, no necesariamente por medio de una investigación practicada por las autoridades a las que compete –se supone– conseguir veracidad y justicia en el proceso. De aquel sistema probatorio “puede resultar un perjuicio para la verdad y, por tanto, para la justicia”. En la discusión sobre este punto se observa que “el sacrificio de la verdad es la contrapartida inevitable de una ventaja que se asegura mediante ese riesgo; y aquí debe tenerse en cuenta el beneficio de la certeza que es la base del sistema de la prueba legal o más bien de todo el sistema de la prueba legal”. El “poder de disposición de las partes en cuanto a la valoración de las pruebas marcha paralelamente con su poder de disposición sobre la tutela de los intereses en litigio”⁶⁷.

Al respecto, Ferrajoli objeta frontalmente los procesos alternativos o las alternativas al proceso, mediante acuerdo entre los contendientes. “Las dos formas que puede revestir el acuerdo suponen una verdadera diferenciación procesal de las penas, a través de la relevancia penal asignada, en oposición al principio de igualdad, a la conducta procesal del imputado”. Se trata aquí del pacto sobre la pena y del pacto sobre el procedimiento⁶⁸.

El CNPP no restringe la posibilidad de estos arreglos a determinado conjunto de delitos, como ocurre en los supuestos de acuerdos reparatorios y suspensión condicional del proceso. Por ende, debemos entender que los muy inquietantes acuerdos probatorios, que forjan una “verdad convencional”, trabajada entre la autoridad y el inculpado –o su defensor– ciñen el objeto del proceso en todos los supuestos.

67 Carnelutti, Francesco, *Sistema de Derecho procesal civil*, trad. de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, UTEHA Argentina, Buenos Aires, 1944, t. II, pp. 479-480.

68 *Derecho y razón...*, op. cit., p. 746.

De esta suerte se ha “negociado” el alcance del proceso en cuanto a su tema o materia y, por vía de efecto, en lo que respecta a las consecuencias jurídicas del delito real o supuestamente cometido. Esta figura es preocupante; puede mellar el sistema mismo de justicia penal, convertido en una justicia convencional, que prescinde de la realidad de los hechos y se atiene al imperativo de una convención vertical, movida por consideraciones de diverso carácter. Obviamente, la “verdad pactada” no se ajusta al imperativo de la “verdad indagada”, que sería el adecuado para cumplir el gran objetivo constitucional y legal de “esclarecer los hechos”.

Existe una doble posibilidad de ejercer cierto control sobre las graves desviaciones que puede entrañar el arreglo o acuerdo probatorio (que pugna frontalmente con los fines del proceso penal, aunque acoja las recomendaciones deducidas de ciertos “modelos” procesales). Esa frontera para el desbordamiento reside en la oposición del ofendido o víctima, que no es determinante, puesto que puede ser desechada por el juzgador, y en la decisión de este mismo, que debe mirar hacia la justificación del acuerdo propuesto “por existir antecedentes de la investigación con los que se acredite el hecho”.

Habrà que confiar, pues, en este atento miramiento del juzgador como remedio contra la completa alteración de la verdad. Y no se puede soslayar la inconsecuencia de esta previsión con el régimen general del Código: el juez de control está otorgando valor decisivo a diligencias de investigación –que afortunadamente constan por escrito, suponemos–, contrariamente a la idea de que las determinaciones de fondo –y ésta es una determinación que sellará la solución de fondo, asumida por las partes y bendecida por el juzgador– no dependen de elementos de juicio ajenos al conocimiento directo e inmediato del tribunal, así se trate, en la especie, del órgano de control.

En la fracción III del apartado B) del artículo 20 constitucional aparece también una norma de considerable alcance en torno a la delincuencia organizada. El segundo párrafo no sólo autoriza, sino ordena, modalidades especiales en la persecución, la sanción y la “premiación” de sujetos involucrados en esa criminalidad. Así, determina que “la ley establecerá beneficios a favor del inculcado, procesado o sentenciado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos en materia de delincuencia organizada”.

Tenemos aquí otra expresión, muy relevante, del arreglo entre el M.P. y el inculpado⁶⁹. Ese fragmento, heredado de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, de 1996, ha “constitucionalizado” un supuesto excepcional, que operaba en la penumbra de aquel ordenamiento y ahora se manifiesta a la luz de la propia Constitución. Habrá que precisar a qué se denomina “ayuda eficaz”: si la que permite avanzar en investigaciones o la que se traduce en capturas y enjuiciamientos que culminen en condenas. También es posible que el contenido de ese concepto huidizo quede a merced de quienes negocian las ayudas penales.

Obsérvese que se trata de instituir un régimen de “beneficios”, es decir, de medidas favorables, bienhechoras, “premiales”, a favor de ciertas personas y a propósito de delincuencia organizada, no de otras hipótesis de persecución penal. Tómese en cuenta, en segundo término, que esta disposición “benéfica” abarca tanto a inculpados como a sentenciados: afecta, pues, la marcha del proceso y el cumplimiento de la condena.

El párrafo comentado alude a “investigación y persecución”, conceptos que regularmente se asocian a la actividad del Ministerio Público y de las policías que lo auxilian, aunque el artículo 21 constitucional, después de la reforma de 2008, ya no menciona “persecución”, sino sólo “investigación”. En consecuencia, la ayuda eficaz del procesado y del ejecutado, así como los beneficios legales respectivos, se dirigirán a favorecer el desempeño del Ministerio Público y de su auxiliar, y ocurrirán mientras se tramita el procedimiento o se ejecuta la condena. En tal virtud, el procesado y el condenado devendrán colaboradores del Ministerio Público –en los términos de la reforma constitucional es posible calificarlos como “ayudantes”– y de las policías.

Finalmente, se hace referencia a “delitos en materia de delincuencia organizada”. Una interpretación estricta de esta mención llevaría a entender que la investigación y la persecución se contraen a las conductas típicas recogidas precisamente bajo ese epígrafe, que han motivado los sucesivos giros de la legislación nacional. Una interpretación más laxa, con insuficiente sustento constitucional, no

69 Sobre este aspecto de la normativa procesal, cfr. García Ramírez, *La reforma penal constitucional...*, cit., pp. 149-150.

abarcaría solamente la conducta de delincuencia organizada, sino podría extenderse a cualesquiera de los “delitos objetivo” enlazados a la hipótesis general de organización criminal.

4. Recapitulación sobre medios alternos

Me permitiré agregar aquí, para cerrar los comentarios que he formulado a propósito de las soluciones alternas, algunas consideraciones generales –que traigo a este punto desde mi *Panorama del proceso penal*⁷⁰– sobre aquéllas y acerca del método de composición con amplia injerencia de los particulares. Creo útil insistir en esto, en tanto constituye –mucho más que la regulación de la oralidad en la etapa de juicio del procedimiento, es decir, los mal llamados “juicios orales”– el punto central del nuevo sistema de justicia penal, que no depende tanto de esos juicios como de los “no-juicios” constituidos por las soluciones negociadas, alentadas por sugerencias, incitaciones, presiones, mediaciones y otras factores que conducen al “arreglo”.

Hay favorecedores entusiastas de las soluciones compositivas en el escenario penal, como mis apreciados amigos Elías Neuman y Rita Mill⁷¹. Aquél afirma que “jueces, fiscales, abogados que han laborado –y muchas veces luchado– por establecer el decurso del *iter criminis*, la verdad material y objetiva de lo acontecido, deberán marchar en un futuro hacia la verdad consensuada”; “el Estado ha secuestrado el conflicto, aunque la víctima, y acaso el victimario, tuviesen deseos de conciliación”; el conflicto debe ser “devuelto a la víctima y al infractor”; “no se trata de privatizar a la justicia penal privatizando el conflicto, sino de repersonalizarla, lo que sugiere otras vivencias y compromisos, empezando por el resarcimiento de los daños a la víctima”⁷².

Sin embargo, también hay voces muy respetables que cuestionan la entrega al particular de la llave que abre la persecución penal. En este sentido, Carnelutti se pronuncia: “aunque el derecho lo afirme la parte lesionada, conviene que a su afirmación se asocie (si bien a veces de manera meramente formal) el Ministerio Público. Ello significa, en

70 Cfr. García Ramírez, *Panorama...*, cit., pp. 42 y ss.

71 De esta autora, véase el análisis contenido en su obra *Mediación penal*, Santa Fé, Rubinzal Culzoni, 2013, que contiene abundante información y comentario acerca de las soluciones alternativas al proceso –abarcaadas en el título de su obra– conforme a la legislación argentina y mexicana, vigentes en el tiempo en que se redactó este libro.

72 *La mediación penal...*, cit., pp. 29-30, 52 y 61.

último análisis, que la ley no se fía de la parte, no sólo para la actuación de la pena, pero ni siquiera para mover el proceso dirigido a actuarla. Esto ocurre porque el proceso penal, tanto en la fase ejecutiva como en la fase de cognición, es un instrumento peligroso, que debe ser manejado únicamente por aquellos a quienes la ley encomienda ese oficio; y aun por ellos mismos con máxima cautela⁷³.

Algunos tratadistas notables se han pronunciado frontalmente –con severas expresiones– acerca de las composiciones penales ampliamente utilizadas en el ordenamiento norteamericano –pero también, y cada vez más, en otros muchos. Alcalá-Zamora empleó una expresión severa: “bochornoso chalaneo, con apariencias de allanamiento y realidades de transacción penal”⁷⁴.

En síntesis, existen varias opciones en las manos de la política criminal, atentas al papel que debe jugar el individuo, ya no sólo el Estado, en la preservación penal de los bienes individuales y sociales. ¿Cómo atender el derecho a la reparación? ¿Qué alcance y naturaleza tiene ésta? ¿Existe derecho de la víctima al castigo del victimario y, en su caso, como preservar ese derecho? ¿Es conveniente que el litigio penal vuelva al foro de las decisiones particulares? ¿Conviene llevar también a este campo la privatización de la vida pública que ha ganado la partida en otras materias? ¿Es prudente permitir el acceso a este sector de la justicia de negociaciones y entendimientos, en los que operarán los más nobles y los más innobles motivos? ¿Es pertinente admitir en las relaciones entre particulares una disponibilidad de la persecución que enfrenta objeciones más o menos severas cuando se atribuye a los órganos del Estado? En este último supuesto, ¿cuál es la participación –desde residual hasta determinante– que deben tener el ofendido y/o la víctima? ¿Resulta aconsejable que cualquier ciudadano asuma la exigencia de justicia penal, como en algunos países puede asumir la de justicia constitucional?

Si se observa la “marcha de los acontecimientos”, se advertirá que progresa, quizás incontenible, la opción por soluciones negociadas, llámense privatizadoras, llámense “personalizadoras”, en el ámbito de la justicia penal. Constituyen, según los entusiastas de esta vía, la mejor posibilidad de lograr justicia: haciéndola los mismos

73 “Todavía sobre la litis en el proceso penal”, en *Estudios de Derecho procesal*, trad. de Santiago Sentís Melendo, EJEA, Buenos Aires, 1952, p. 63.

74 *Proceso, autocomposición y autodefensa...*, cit., p. 89.

justiciables, no apenas recibéndola de otra persona. Generalmente esas opciones sólo operan frente a delitos de escasa lesividad, cuyo espacio se amplía cautelosamente. El Estado y la sociedad se interesan menos en ellos e inclusive quisieran liberarse de una carga que agobia –¿innecesariamente? ¿perturbadoramente?– los cauces formales de la procuración e impartición de justicia. En todo caso, es cierto que la operación estricta de la legalidad penal, sin injerencia de procesos de autocomposición ni alivios que sustituyan o aligeren el enjuiciamiento, no parece alcanzar –en la realidad– los fines para los que fue pensada y en los que deposita, todavía, sus mejores defensas.

Por otra parte, la liberación creciente de la justicia penal a la iniciativa, el valor, la experiencia, la ilustración o el poder de los particulares –o todo ello, de una vez–, podría lesionar los mismos objetivos que se propone: no todo convenio encarna la justicia, ni los pactos entre víctima y victimario son siempre un modelo de equidad y una escuela de civismo, ni podría hacerse de lado la eficacia –cualquiera que ésta sea– de la prevención general que todavía ejercen la administración formal de justicia, la expectativa de sentencia y la ejecución de la pena, ni sería provechoso arrumbar el debido proceso legal, con su aparato de garantías, tan laboriosamente construido.

Como he dicho en otro punto, las decisiones finales –unas decisiones de política criminal, insertas en una política social de más amplio espectro– deben tomar nota del medio al que se dirigen y del momento en el que se aplican: desarrollo, fortaleza institucional, cultura de legalidad, respeto por los bienes de la persona y de la sociedad, rechazo de la violencia, adhesión a la paz, civilidad. No es sensato prescindir de ciertos principios entrañables, característicos de la justicia en una sociedad democrática; tampoco lo sería desatender el diagnóstico social y administrar la misma receta en todas las circunstancias.

Ahora bien, sin perjuicio de la consideración que merezcan los motivos y las razones a favor o en contra de cada una de las opciones procesales a las que me he referido, parece indispensable ir adelante en el reconocimiento a la víctima del papel procesal –“un” papel procesal, en definitiva– que le permita desplegar y satisfacer sus legítimos intereses, y por otra parte brindarle una suma de apoyos, remedios, auxilios –sin perjuicio de la reparación del daño que hagan el infractor

o el tercero civilmente responsable-, que la fortalezcan y favorezcan tras el severo golpe –en ocasiones devastador– que significa el delito.

De ahí la pertinencia, recogida en diversas legislaciones, de proveer distintas medidas de apoyo a la víctima: asesoría jurídica, asistencia médica y psicológica, auxilio económico urgente, etcétera. Es notable y plausible que algunas reformas procesales hayan colocado a la víctima en el centro de sus preocupaciones. En este sentido ha marchado una buena parte del discurso mexicano promotor de la reforma constitucional y secundaria.

(*) Este trabajo fue publicado en la Revista *Criminalia*, órgano de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, correspondiente al año LXXXII-2, nueva época, 2016.



¿DEL WELFARE STATE AL CARING STATE?*

Silvia Bagni

Doctora en Derecho Constitucional por la Universidad de Bolonia;
Investigadora y docente en Derecho Público Comparado
en la Universidad de Bolonia, Sede de Ravenna.

1. Elementos determinantes para la individualización de una nueva forma de Estado

El propósito de este estudio es el de proporcionar la prueba que, al menos sobre el plano de la ingeniería constitucional comparada, se está intentado, en algunos países, realizar un proceso de superación del *Welfare State*, no en sentido regresivo, es decir, de desmantelamiento de las garantías de los derechos sociales, sino en sentido progresivo, es decir, hacia una forma de Estado más inclusiva de todos los componentes de la comunidad estatal y que solidariamente responda a las necesidades humanas de sus miembros, que denominaremos *Caring State*, esto es, Estado que cuida¹, donde lo público cuida de lo privado, los individuos se cuidan los unos de los otros y entre ambos se cuidan del entorno en el que vivimos.

El núcleo fuerte de esta teoría se encuentra en las Constituciones del *buen vivir* de Ecuador y de Bolivia pero el objetivo de este estudio se propone demostrar que existen otros ordenamientos que están siguiendo un proyecto de desarrollo inspirado en elementos similares al así llamado *nuevo constitucionalismo* latinoamericano². Nuestra

1 Sobre la distinción entre *wellness, fitness, cure* y *care*, v. Z. Bauman, *Modernità liquida*, traducción de S. Minucci, Laterza, Roma-Bari, 2002, pp. 80-85, título original *Liquid Modernity*, Polity Press, Cambridge, 2000.

2 Cfr. Il “nuevo constitucionalismo” andino tra la alterità indigenista e ideologia ecologista, sesión monográfica a cargo de M. Carducci en “Diritto pubblico comparato ed europeo” (DPCE), n. 2/2012, pp. 319 ss. Sobre el significado de atribuir a la expresión v. en particular M. Carducci, *Epistemologia del Sud e costituzionalismo dell’alterità*, p. 319, donde se afirma que el constitucionalismo andino es “nuevo” “en cuanto expresivo de un “nuevo modo” de entender la Constitución en América latina cuyos

atención se dirige en particular a la Constitución sudafricana, integrada en la jurisprudencia constitucional que ha reconocido entre los valores y principios fundamentales del nuevo ordenamiento democrático las tradiciones de *ubuntu* y a la nueva Constitución de Bután, que ha introducido en la Carta fundamental el concepto de *Gross National Happiness*.

Estas experiencias se caracterizan por algunos valores peculiares puestos como fundamento de la relación entre la autoridad y los miembros de la comunidad: a los derechos individuales van unidos derechos colectivos, de los cuales son titulares los grupos autóctonos o toda la comunidad en su conjunto; se reconocen nuevos sujetos de derechos, como la Naturaleza, sin que ello comporte la disolución del valor de la persona en la dimensión comunitaria, sino más bien buscando, precisamente a través de la llamada a la tradición ctonia, una vía de comunicación, y por tanto de equilibrio, entre las diversas dimensiones. Esto se correlaciona fuertemente tanto en una nueva relación entre el hombre y el entorno, que sobre la base de las tradiciones culturales autóctonas se inspira en la búsqueda de armonía entre el individuo, la comunidad en la que vive y los otros seres vivos, en cuanto a la propuesta de un nuevo modelo económico, construido a través de indicios de desarrollo basados en una valoración holística de la vida humana, con el consecuente abandono de la idea occidental de “bienestar” (*wellness* o incluso *fitness*).

Los principios que son la base de esos nuevos modelos son aquellos de solidaridad y de respeto recíproco, de los cuales derivan no solamente derechos, personales y colectivos, sino también responsabilidades, hacia las generaciones futuras. Al final, se propone la superación de la idea de ciudadanía como *status* frente a la ciudadanía universal (art. 416, c. 6, Const. Ecuador), por la cual la titularidad de los derechos constitucionales correspondería solamente a la base de la común pertenencia al género humano.

productos finalmente autóctonos y no de exclusiva convivencia elitista, comprenden también las tradiciones jurídicas “ctonie””. V. también M. Carbonell (cur.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial Trotta, Madrid, 2004 y M. Carbonell (cur.), *Teoría del nuevo constitucionalismo: ensayos escogidos*, Editorial Trotta, Madrid, 2007. V. también las referencias al nuevo constitucionalismo andino en M. Petters Melo, *Neocostituzionalimo e “nuevo constitucionalismo” in America latina*, y en A.C. Wolkmer, *Pluralismo giuridico e costituzionalismo brasiliano*, en “DPCE”, n. 2/2012, respectivamente de p. 351 a p. 361.

Desde un punto de vista de contenido se podría objetar que los valores y los principios ya mencionados son compatibles, y en algunos casos implícitamente reconocidos, también en la forma del *Welfare State*. Resulta al contrario una absoluta novedad la metodología seguida en los caminos constituyentes de estos ordenamientos. De hecho, tales valores han sido introducidos en el ordenamiento a través de las cláusulas constitucionales (Ecuador y Bután) o criterios interpretativos de la Constitución (Sudáfrica) que reclaman cosmovisiones del mundo propias de las tradiciones culturales autóctonas, a fin de facilitar, de parte de todos los componentes de la sociedad, la identificación personal en el contexto constitucional. De este modo, la Constitución se propone como ruptura con el pasado y piedra angular para la construcción de un futuro realmente compartido. En los casos de Ecuador y Sudáfrica la tesis del paso a una nueva forma de Estado se refuerza desde un contenido ulterior que asume el *Caring State*, es decir, el de calificarse también como Estado intercultural.

La Constitución del *buen vivir* y el llamamiento al *ubuntu* plasman de hecho lo que el art. 1 de la Constitución ecuatoriana proclama Estado “intercultural, plurinacional” y el art. 1 de la Constitución boliviana “Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario”³, donde las diferentes culturas, la colonizadora y las autóctonas, no sólo conviven, sino que se influyen mutuamente. Finalmente, el pueblo conquistador siente el valor de la cultura ctonia como una contribución a la misma, “como algo con lo cual los ladinos sientan también relación, y algún tipo de relación, no ya del corte “folclórico” o de “atracción turística”, sino de potenciar para construir un Estado con base en la riqueza de autonomías éticas con repercusión en la estructura política”⁴. Las propuestas de cambio de las que el movimiento indígena se ha erigido principalmente promotor no están de hecho únicamente conectadas con la cuestión del reconocimiento de las Naciones originarias, sino más bien son propuestas generales

3 El artículo 2 prosigue reconociendo la existencia de las naciones y de los pueblos indígenas originarios y su dominio ancestral sobre los territorios, garantizando su derecho a la libre determinación en el interior de la unidad del Estado; el art. 3 define la nación boliviana como “conformada por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos, las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano”.

4 J.E.R. Ordóñez Cifuentes, *Restitución de la armonía cósmica. Propuesta jurídica de los pueblos originarios de Abya Yala*, in *Revista de la facultad de derecho del México*, 2008, p. 258.

encaminadas “a generar consensos en el contenido, en los objetivos comunes, hacia la convergencia en una agenda unitaria, un mínimo común”⁵ que haga converger a todos los pueblos hacia un proceso de profunda transformación⁶.

Es fundamental comprender cuál es el elemento innovador de este enfoque si no se quiere caer en la mera reiteración de discursos sin perspectivas prácticas de ejecución⁷.

Puesto que las tradiciones son interdependientes⁸ (es decir ninguna vive en sí misma, separada de las otras), incluso las jurídicas indígenas conviven ya un largo tiempo con otras, las cuales todas, religiosas o no, han adoptado las estructuras y las instituciones propias del Estado nacional y del derecho positivo. El resultado hasta ahora producido es que el derecho autóctono ha sido aplastado por aquél sobrevenido de la matriz occidental, o a lo sumo relegado a la reserva.

El derecho de la diferencia parte de “nosotros” (la cultura dominante) para reconocer a “ellos” (la cultura minoritaria o indígena).

5 L. Macas, *El Sumak Kawsay*, en *Debates sobre cooperación y modelos de desarrollo. Perspectivas desde la sociedad civil en el Ecuador*, a cargo de G. Weber, Centro de Investigaciones CIUDAD-Observatorio de la Cooperación al Desarrollo en Ecuador, Quito, 2011, p. 47.

6 Por ejemplo, el art. 57 reconoce como derecho colectivo de los pueblos aquel al que la dignidad y la diversidad de la respectivas culturas, tradiciones, historia y aspiraciones se refleja en la educación pública y en los medios de comunicación, abandonando el modelo de instrucción y de información en sentido único, al que también estamos habituados y quizá acostumbrados, llevados a creer que “la” historia sea necesariamente la historia de los conquistadores occidentales.

7 Algunos creen de hecho que el mismo multiculturalismo debe ser entendido de este modo: “Hence, for something to be called multicultural, two or more styles or traditions should contribute to each other in the process of creating a new one” (S. Chopel, *Culture, Public Policy and Happiness*, in “*Journal of Bhutan Studies*”, vol. 26, 2012, p. 86). Por ejemplo, sobre la experiencia canadiense cfr. T. Groppi, *Il multiculturalismo como strumento per la costruzione dell’identità nazionale: l’esperienza del Canada*, en *Stato democratico e società multiculturali. Dalla tutela delle minoranze al riconoscimento delle diversità culturali*, a cargo de D. Amirante y V. Pepe, cit., que presentando los diversos puntos de vista acerca de la valoración de la política de integración en Canadá entre lo positivo recuerda que “El multiculturalismo, se sostiene permitiendo a cada uno mantener su identidad originaria, consentir la formación de una nueva identidad canadiense, que se sume a la primera, dando vida a una peculiar forma de integración sin asimilación” (p. 20).

8 H.P. Glenn, *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, traducido por Sergio Ferlito, Bologna, il Mulino, título original: *Legal traditions of the World. Sustainable Diversity*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 579.

El enfoque del *nuevo constitucionalismo* latinoamericano, en particular del *buen vivir*, construye “uno” uniendo, bajo un plano paritario, los “nosotros” y los “ellos” que constituyen el Estado plurinacional⁹. Esto sucede, y aquí está el elemento determinante, a través de la entrada en la Constitución de elementos de la cultura ctonia que se elevan a valores fundamentales por la nueva comunidad nacional, en cuanto insertados en la Carta Magna no como derechos de una minoría sino como principios inspiradores de un comportamiento intrínsecamente coherente con el dictado constitucional, generalmente aplicable por cualquier persona¹⁰. Para crear la participación se hace por tanto un llamamiento no tanto al aspecto formal del derecho, sino al sustancial o moral de los principios que encarna la justicia. Por este motivo podría ser un modelo utilizable no sólo por las comunidades indígenas, sino también por las de inmigración. ¿Por qué de hecho, por ejemplo, negar el uso y la preservación de la lengua de origen a una comunidad de inmigración sólo porque se ha establecido sucesivamente respecto a otra ya presente?

En el caso butanés, al contrario, la constitucionalización de las tradiciones culturales locales juega una función de mediación en el paso de la forma de Estado absolutista a la democrática, facilitando la integración entre los dos sistemas jurídicos y evitando crisis de rechazo de parte de la comunidad hacia estructuras sociales ajenas de otra manera incomprensibles. Si desde un punto de vista histórico Bután no ha vivido ninguna experiencia de colonización por parte de potencias occidentales, la imposición superior de modelos jurídicos extranjeros querida por el soberano habría podido generar efectos y

9 En la misma línea v. M. Carducci, *Epistemologia del Sud e costituzionalimo dell'alterità*, cit., p. 320.

10 Se podría considerar como precursor de tal camino el ordenamiento indiano, aunque allí la contribución del derecho indígena y de las tradiciones culturales ctonias estén contestadas y en cada caso limitadas a soluciones de tipo organizativo (le *Panchayat*) y no a principios o valores constitucionales sustanciales. Cfr. D. Amirante, *The Indian multicultural State: a model for Asia or more?*, en *Stato democratic e società multiculturali. Dalla tutela delle minoranze al riconoscimento delle diversità culturali*, a cargo de D. Amirante y V. Pepe, cit.: “the more striking difference emerging with respect to the renowned models of western constitutional multiculturalism that in India minorities are not considered as “external” elements that need to melt in with the dominant society (as in the north-American approach) or simply needing to be protected against it (like the Canadian “mosaic” approach) but as actors of the construction of a common (plural) identity” (p. 38).

reacciones similares a las registradas en los Países realmente objeto de conquista. Por eso, la experiencia butanesa se presta a ser leída con la lupa de la interculturalidad, no subsistiendo en este caso un problema de minorías¹¹.

Se tratará a continuación de leer los derechos, los principios y los valores constitucionales de cada una de las experiencias consideradas a la luz de las tradiciones culturales autóctonas que han incorporado expresamente, poniendo en evidencia como esto las hace converger hacia una nueva forma de Estado, que redescubre la conexión entre el hombre y la naturaleza, que recupera la dimensión comunitaria de los derechos y que da cuenta de una sociedad intercultural.

2. EL BUEN VIVIR EN LA REGIÓN ANDINA

2.1. Intentos de definición

El *buen vivir* es un concepto abierto, no fácilmente definible, todavía en construcción¹²:

Es un espacio de encuentro de diferentes culturas, tanto aquella del *sumak kawsay* como las de feministas o biocéntricos. No es un mero ejercicio multicultural o de yuxtaposición de culturas, sino que es un encuentro intercultural, entendiendo que existe un plano de igualdad entre distintas culturas, pero que a la vez opera un decolonialidad en admitir la superioridad de los saberes europeos.¹³

11 En realidad, un problema de minoría existe también en Bután, respecto a los refugiados butaneses de origen nepalí expulsados del territorio en los años 80 y actualmente alojados en campos de refugiados en Nepal, que sigue sin resolverse no obstante el inicio de la transición constitucional. Quizás la lectura intercultural que se propone podría ser útil para abrir nuevas perspectivas de resolución de la cuestión.

12 En su intervención en el ámbito del seminario internacional "La recepción de la tradición jurídica autóctona en el nuevo constitucionalismo latinoamericano", celebrado en Ravena el 9 de abril de 2013, Michele Carducci ha propuesto siete diversas claves de lectura del buen vivir, como tradiciones ctonia; como nuevo modelo económico; como cosmovisión a fundamento de un modelo alternativo de gobernar un país; como característica del nuevo constitucionalismo; como nueva semántica de la Constitución, diversa de la occidental; como nuevo saber, además a aquel de los colonizadores; como superación de la "razón de estado económica".

13 A. Acosta, E. Gudynas, *La renovación de la crítica al desarrollo y el buen vivir como alternativa*, en *Utopía y Praxis Latinoamericana*, vol. 16, n. 53, 2011, pp. 71-83, en

Primero, también permaneciendo en el interior de las culturas indígenas del continente latinoamericano, se debería hablar de los “buenos vivires”, porque existen elaboraciones y declinaciones diversas en cada pueblo. Esta riqueza, que ya de por sí caracteriza el concepto en el sentido intercultural arriba descrito, está patente en la Constitución boliviana, que recoge explícitamente tradiciones de varios pueblos indígenas¹⁴. La Constitución de Ecuador desde este punto de vista es más monolítica, haciendo explícita referencia sólo al *sumak kawsay*¹⁵ quechua.

Fuera de las culturas tradicionales latinoamericanas, el concepto reclama cosmovisiones alternativas al desarrollo, elaboradas en otros ambientes, también propios de la cultura occidental, y ha sido identificado por algunos como un concepto “contra hegemónico”¹⁶. El punto de partida para comprender el *buen vivir* y el tránsito desde una concepción antropocéntrica de las relaciones entre el hombre y la Naturaleza, que encuentra su mayor elaboración en la cultura humanística laica y personalista católica, a una biocéntrica, que retorna al nuevo pensamiento ecologista. La Naturaleza no es percibida ya como Enemiga y por tanto como objeto de dominio y manipulación, a través del mito o la técnica¹⁷, sino como parte de un todo en equilibrio y armonía.

Más allá de la identificación o menos con un particular sistema, se puede afirmar que son elementos comunes al buen vivir:

- 1) Representar una alternativa al desarrollo, y no una mera concepción alternativa de desarrollo, repudiando el modelo económico capitalista occidental, basado en la idea de historia como progreso lineal y en un índice de bienestar fundado en

particular p. 81.

14 “Artículo 8.1. El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko Kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble)”.

15 “*Sumak y Kawsay*. *Sumak* significa plenitud, grandeza, lo justo, completamente, lo superior. *Kawsay* es vida en realización permanente, dinámica y cambiante; es la interacción de la totalidad de existencia en movimiento; la vida entendida desde lo integral. Es la esencia de todo ser vital. Por tanto, *Kawsay* es estar siendo” (L. Macas, *El Sumak Kawsay*, cit., p. 52).

16 F. Hidalgo Flor, *Buen vivir, Sumak Kawsay: aporte contrahegemónico del proceso andino*, en *Utopía y Praxis Latinoamericana*, vol 16, n. 53, 2011, pp. 85-94.

17 P. Barcellona, *Le passioni negate. Globalismo e diritti umani*, cit., pp. 59 ss.

una relación siempre creciente entre producción, consumo y crecimiento, que ha llevado a una civilización de la desigualdad; es una visión holística, que compromete al hombre a realizar en cada momento todas las condiciones materiales y espirituales para vivir bien. Se trata de un modelo que recupera la idea de solidaridad y relativiza el valor de parámetros tales como la productividad y la eficiencia¹⁸, que propone una forma de convivencia comunitaria donde el concepto de comunidad es ampliado hasta comprender al hombre y a la Naturaleza en el interior de la cual viven.

- 2) Postular una relación nueva y respetuosa entre los seres humanos y la Naturaleza. Esto último, en la Constitución de Ecuador, se introduce por primera vez en la historia del constitucionalismo, sujeto de derecho (art. 71 ss.)¹⁹. Eso está unido, en perspectiva económica, al rechazo de entender la Naturaleza como “recurso o medio” para disfrutar, exportar, comercializar, o como “capital natural”. Propone un modelo de utilización de la tierra capaz de mantener la biodiversidad, a través de un uso equilibrado de los recursos naturales. Palabras clave para comprender esta cosmovisión son respeto, cooperación, equilibrio y armonía²⁰.

En el origen, la Naturaleza era el único término de confrontación para el hombre, temida al tiempo que adorada como divinidad.

Desde los albores de la humanidad el miedo a los impredecibles elementos de la Naturaleza estuvo presente en la vida de los seres humanos. Poco a poco la ancestral y difícil lucha por sobrevivir se fue transformando en un desesperado esfuerzo por dominar la Naturaleza. Paulatinamente el ser humano, con sus formas de organización social antropocéntricas, se

18 F. Hidalgo Flor, *Buen vivir, Sumak Kawsay: aporte contrahegemónico del proceso andino*, cit., p. 91.

19 Cfr. A.M. Larrea Maldonado, *El Buen vivir como contrahegemonía en la Constitución Ecuatoriana*, en *Utopía y Praxis Latinoamericana*, vol. 16, n. 53, 2011, pp. 59-70. Para un análisis comparado de los modelos de juridificación de la relación entre hombre y Naturaleza cfr. L. Mezzetti (a cargo de), *I diritti della natura: paradigma di giuridificazione dell'ambiente nel diritto pubblico comparato*, Cedam, Padova, 1997.

20 E.R. Zaffaroni, Pachamama, Sumak Kawsay y *Constituciones*, en DPCE, n. 2/2012, p. 425.

puso figurativamente hablando por fuera de la ley de la Naturaleza. Se llegó a definir la Naturaleza sin considerar a la humanidad como parte integral de la misma. Y con esto quedó expedita la vía para dominarla y manipularla²¹.

El pensamiento ecologista propone recuperar el sentido de pertenencia del hombre a la Naturaleza, utilizando los conocimientos científicos adquiridos con el fin de sustituir el sentido de miedo inicial y la idea de dominación y explotación actual, por la de una relación de amor y “un profundo respeto por otras formas de entender el mundo, com o son los saberes ancestrales de los pueblos originarios”²².

En cuanto al primer aspecto, el *buen vivir* se sostiene en un conjunto de acciones sistemáticas, integradas y sostenibles en los campos económico, político, socio-cultural y ambiental, que comprometen al Estado a dar acción efectiva a objetivos de: mejora de la calidad y esperanza de vida; economía justa y solidaria; participación popular en el gobierno de la cosa pública; conservación de la naturaleza y de un ambiente sano; integración latinoamericana; protección y promoción de la diversidad cultural. Se trata de un nuevo tipo de constitucionalismo, que, introduciendo algunos valores fundamentales parcialmente diversos de aquellos tradicionales del Estado democrático y mediante el desarrollo de otros en una dirección nueva (como el desarrollo de la dignidad y de la persona, la tutela del medio ambiente, la participación política²³) señala fuertemente hacia la construcción de una nueva forma de Estado. Motor de todo esto es la participación popular en la vida política a través del ejercicio directo de la soberanía, como se ha visto en los procesos constituyentes de Venezuela, Ecuador, Bolivia y como aparece incorporado en las nuevas constituciones²⁴. Sin

21 A. Acosta, *La Naturaleza con Derechos. Una propuesta de cambio civilizatorio*, descargable en el sitio www.lai.at, p. 2

22 *Ibidem*, p. 4.

23 V. p.e., en cuanto a Venezuela, G. Pisarello, *La Constitución venezolana de 1999 en el “nuevo” constitucionalismo latinoamericano*, en DPCE, n. 2/2012, pp. 402 s.; en cuanto a Bolivia, C. Proner, *El Estado Plurinacional y la Nueva Constitución Boliviana*, en DPCE, n. 2/2012, p. 418.

24 F. Hidalgo Flor, *Buen vivir, Sumak Kawsay: aporte contrahegemónico del proceso andino*, cit., pp. 287 s. La importancia reconocida a la participación popular en la creación de un Estado del buen vivir se puede comprender a través del retorno a las modalidades de realizaciones del “Plan nacional para el buen vivir 2009-2013. Construyendo un Estado plurinacional e intercultural”, documento de programación de las políticas

embargo, mientras en Bolivia el proceso constituyente ha tenido un empuje propulsivo muy fuerte de parte del movimiento indígena y ha contribuido a reforzar su posición como sujeto protagonista de la política nacional, en Ecuador el papel de la nacionalidad originaria, aunque mucho mayor en el proceso constituyente en cuanto en las sucesivas acciones de gobierno, no ha llevado el movimiento a posiciones de protagonismo en el panorama político.

Otra característica fundamental de una política basada en el buen vivir es el rechazo del crecimiento económico como objetivo único de las políticas públicas, a favor de la búsqueda de una mayor calidad de vida para cada miembro de la comunidad. La calidad de vida no viene ya medida sobre todo en términos estrictamente económicos, sino en una visión holística, sobre la base de otros factores, culturales, sociales, ambientales, etc. Tal visión del valor de la vida del hombre estaba ya de alguna manera presente en los orígenes del constitucionalismo occidental²⁵ y hoy empiezan a reafirmarse en algunos ordenamientos constitucionales (v. infra § 4).

En cuanto al segundo punto, la perspectiva biocéntrica²⁶ ligada al concepto del buen vivir se ha traducido sobre el plano normativo, en particular en la nueva Constitución ecuatoriana, tanto en el reconocimiento constitucional de principios, valores, derechos ya presentes de alguna manera en textos normativos de otros Países (p. e. las restricciones de actividad susceptibles de poner en peligro la existencia de la biodiversidad, art. 73); sea en soluciones audaces respecto a cuestiones problemáticas, como p. e. la prohibición de producción y uso de comida transgénica (art. 15), la prohibición de reconocimiento de los derechos de propiedad intelectual sobre conocimientos ancestrales (art. 57, c. 1, n.12), la prohibición de extracción en las áreas protegidas (sobre el mismo v. infra el proyecto Yasuní), como aquellas en las que viven los pueblos en aislamiento voluntario (art. 57, c. 1, n. 21); sea en disposiciones completamente nuevas, constitutivas de situaciones jurídicas dirigidas a nuevos sujetos de derecho como la Naturaleza

públicas previsto en el art. 280 de la Constitución de Ecuador, descargable en el sitio <http://www.planificacion.gob.ec./plan-nacional-para-el-buen-vivir-2009.2013/>.

25 Por ejemplo, la búsqueda de la felicidad era uno de los tres valores primarios en los que se inspiraba la Declaración de independencia estadounidense de 1776.

26 E. Gudynas, *La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador*, en *Revista de Estudios Sociales*, n. 32, 2009, pp. 34 ss

misma²⁷, referida tanto en su “definición” occidental como en la tradicional indígena de *Pacha Mama* (art. 71 ss.)²⁸. Este enfoque es ya en sí perjudicial, porque permite introducir en el discurso sobre la tutela ambiental diversas cosmovisiones de la occidental, poniéndolas todas sobre el mismo plano. Por otra parte, se trata de una perspectiva nueva también para la teoría de los derechos. De hecho mientras el derecho a un ambiente sano es, en los ordenamientos occidentales y en la doctrina euro-estadounidense, reconocido como un derecho denominado de tercera generación, por tanto un derecho prestacional, ligado sin embargo al desarrollo de la persona y por ello (entonces) a las condiciones de vida del individuo²⁹ (aspecto que no desaparece en el ordenamiento ecuatoriano, sino que viene reclasificado en los derechos al buen vivir); al contrario, el reconocimiento de la Naturaleza como sujeto de derecho autónomo comporta una valoración de las violaciones de su esfera jurídica independientemente de la calidad de vida actual de los seres humanos que viven allí y permite una acción judicial en su defensa también de parte de las personas, físicas o jurídicas, que no han sufrido daños o lesiones directas a causa de las violaciones. Un punto intermedio respecto a esta reconstrucción en otros ordenamientos ha sido el de postular el reconocimiento de derechos a los animales³⁰.

Esta posición no es unánime en toda América latina, ni siquiera en todos aquellos países que son generalmente identificados como progresistas o populistas. Venezuela, p.e., ha incorporado una política económica que se inserta completamente en el modelo de desarrollo occidental³¹. El único País que se aproxima a la línea ecuatoriana es

27 Cfr. E.R. Zaffaroni, *Pachamama, Sumak Kawsay y Constituciones*, cit., pp. 422 ss. Cfr. también A. Acosta, *Hacia la declaración Universal de los Derechos de la Naturaleza. Reflexiones para la acción*, descargable en el sitio www.rebellion.org

28 A. Acosta, *La Naturaleza con Derechos. Una propuesta de cambio civilizatorio*, cit., p. 8.

29 Esto sucede también en Bolivia, donde el art. 33 reconoce entre los derechos sociales el derecho a un ambiente sano.

30 E. Gudynas, *La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador*, cit., p. 38. En materia ves las contribuciones del recentísimo volumen *La questione animale*, a cura de S. CASTIGNONE y L. LOMBARDI VALLAURI, Giuffrè, Milán, 2012, así como F. RESCIGNO, *I diritti degli animali. Da res a soggetti*, Giappichelli, Turín, 2005; L. BATTAGLIA, *Alle origini dell'etica ambientale: uomo, natura, animali in Voltaire, Michelet, Thoreau, Gandhi*, Dedalo, Bari, 2002.

31 Para un análisis histórico-jurídico de la relación entre capitalismo y democracia en Venezuela v. A. Somma, *Tradizione giuridica occidentale e modernizzazione latinoamericana. Petrolio, democrazia e capitalismo nell'esperienza venezuelana*, en *Rechtsgeschichte. Zeitschrift*

Bolivia, donde todavía subsisten fuertes tensiones y contradicciones internas, que en retrospectiva no faltan sobre el plano de la actuación gubernativa, ni siquiera en Ecuador, sobre todo en relación al conjunto de políticas de explotación de las fuentes naturales que es comúnmente denominado nuevo-extractivismo³².

2.2. El buen vivir como principio o norma constitucional

Las Constituciones ecuatoriana y boliviana muestran un enfoque diverso al buen vivir, entre los cuales el ecuatoriano debe ser reconocido seguramente como el más vanguardista y progresista³³. Mientras de hecho en la Constitución de Bolivia el vivir bien (*suma qamaña*) está insertado entre los principios, valores y fines del Estado ³⁴(capítulo II, art. 8), por tanto como elemento extrajurídico que debe inspirar la conducta pública, la Constitución ecuatoriana construye el buen vivir tanto como principio como estatuto de derechos (título II, capítulo II, Derechos del buen vivir), que el Estado debe por tanto garantizar a los sujetos interesados, los cuales tienen a su disposición una amplia serie de instrumentos jurídicos y acciones procesales de tutela.

El buen vivir (*sumak kawsay*) viene citado en la Constitución unas 21 veces (en comparación con solo 7 menciones al vivir bien en la Constitución boliviana), la primera en el preámbulo, como objetivo para la construcción de una nueva forma de convivencia ciudadana, basada en la diversidad y la armonía con la Naturaleza. Sucesivamente, lo encontramos como uno de los “deberes primordiales del Estado” (art.3, c. 1, n. 5) e inmediatamente después, en el título II dedicado a los derechos, el primer grupo es propio de los derechos del buen vivir: al agua (art. 12), a una alimentación sana y suficiente (art. 13),

des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte, n. 20, 2012, pp. 190-207, donde se lee “la esencia de la colaboración entre el capital y el trabajo como un hecho fundado sobre la inclusión de los trabajadores en el orden jerárquico, beneficiados de su correcto funcionamiento más bien que de medidas heterónomas de redistribución de la riqueza” (p. 200).

32 E. Gudynas, *La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador*, cit., p.44.

33 Sobre la diferencia del acercamiento jurídico entre las dos Constituciones v. E. Gudynas, *Debates sobre cooperación y modelos de desarrollo. Perspectivas desde la sociedad civil en el Ecuador*, cit., p. 87 ss.

34 Sobre la Constitución boliviana como constitución “principiológica” cfr. C. Proner, *El estado Plurinacional y la Nueva Constitución Boliviana*, cit., p. 419.

a un medio ambiente sano (art. 14), a la comunicación e información libre, intercultural, incluyente, diversa y participativa que comprende el derecho al acceso a las tecnologías de la información (art. 16), a la identidad cultural (art. 21), al tiempo libre (art. 24), a beneficiarse de las aplicaciones del progreso científico y de los saberes ancestrales, entre sus equivalentes (art. 25), a la educación (art. 26), a un hábitat seguro y saludable y a la vivienda digna (Art. 30), al disfrute del espacio ciudadano sostenible (art. 31), entendido como derecho de participación en su gobierno y como derecho de propiedad con función social y medio ambiental, a la salud, también sexual y reproductiva (art. 32), reconocido como derecho dependiente de las actuaciones de los otros derechos del buen vivir, al trabajo (art. 33) y a la seguridad social (art. 34). Este capítulo reconoce por lo tanto como pertenecientes al buen vivir gran parte de los derechos sociales y de tercera generación, que todavía son posteriormente enriquecidos o ampliados en los sucesivos capítulos a través del reconocimiento de los estatutos de derechos a grupos sociales individualizados (niños, adolescentes, jóvenes, mujeres embarazadas, discapacitados, ancianos, emigrantes³⁵, presos, consumidores) y a comunidades, pueblos y naciones en cuanto tales.

Del buen vivir dependen también deberes y responsabilidades para el ciudadano: “Ama killa, ama llulla, ama shwa. No ser ocioso, no mentir, no robar” (art. 83, c. 1, n. 2), pero sobre todo “Promover el bien común y anteponer el interés general al interés particular, conforme al buen vivir” (art. 83, c. 1, n. 7). Esto debe leerse en conexión con el sucesivo art. 85, que vincula la orientación de las políticas públicas a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, según el principio de solidaridad. Por lo tanto se da prevalencia a la perspectiva comunitaria respecto a la individualista, para imponer un intento de reconciliación de los intereses eventualmente en conflicto, pero “sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular”.

Finalmente, el buen vivir juega un papel fundamental en la Constitución económica del País, en cuanto preordena y vincula el régimen de desarrollo del Estado a determinados objetivos; “El régimen de desarrollo es el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socio-culturales y ambientales, que

35 El artículo 40 afirma: “Se reconoce a las personas el derecho a migrar. No se identificará ni se considerará a ningún ser humano como ilegal por su condición migratoria”.

garantizan una realización del buen vivir, del *sumak kawsay*” (art. 275, c. 1). Sin embargo, si el primer destinatario de la disposición es el Estado, que debe planificar la política económica del País en aquella dirección, las personas, comunidades, pueblos y naciones son llamadas a participar activamente en la empresa, a través del ejercicio de su responsabilidad “en el marco de la interculturalidad, del respeto a sus diversidades, y de la convivencia armónica con la naturaleza” (art. 275, c. 3). De nuevo, se trata de una obligación parcialmente nueva en el panorama jurídico constitucional. Si, p. e., también la constitución italiana recuerda los deberes de solidaridad, lo hace partiendo de una perspectiva personalista, de acción individual, como parte del desarrollo de la personalidad de cada uno (“La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre ya sea como individuo, ya sea en las formaciones sociales donde se desarrolla su personalidad, y requiere el cumplimiento de los deberes inderogables de solidaridad política, económica y social”). La Constitución ecuatoriana ampara a la persona en la comunidad en una escala siempre más incluyente, subrayando así que los objetivos a realizar miran siempre al bien común, dentro del cual está también lo individual. Aún, esta perspectiva encuentra confirmación en el art. 277, que enunciando los deberes generales de Estado para la realización del buen vivir indica una tríada de sujetos destinatarios, titulares de derechos para la Constitución: las personas, la colectividad, la Naturaleza. Cuando habla del buen vivir la Constitución no se refiere tanto a los ciudadanos, sino a estos grupos de destinatarios. No creo que se trate de un caso: el paradigma del ciudadano coincide hoy, en los modernos ordenamientos social-democrático, con la política de la exclusión, de la igualdad formal y no sustancial, de la neutralización de las diferencias a través de la abstracción jurídica³⁶ y por tanto exactamente con el sistema de desarrollo que se quiere superar.

El buen vivir como principio clave del modelo de desarrollo ecuatoriano encuentra concreta declinación en el capítulo dedicado a la “soberanía económica”. El art. 283 define el sistema económico como “popular y solidario” y pone como su objetivo “la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que hacen posible el buen vivir”. El régimen económico se enriquece respecto a la forma de organización típica del sistema liberal (pública, privada

36 P. BARCELLONA, *Le passioni negate. Globalismo e diritti umani*, cit., p. 93 y p. 100 así como P. BARCELLONA, *Diritto senza società. Dal disincanto all'indifferenza*, cit., p. 59.

y mixta), de la economía popular y solidaria, reconociendo de este modo las formas de producción e intercambio típicas de la tradición indígena³⁷. Es quizá interesante señalar, en un periodo en el cual en el interior de la Unión Europea las políticas de austeridad han impuesto incluso revisiones constitucionales como garantía de la contención de la deuda pública, que las disposiciones sobre la deuda pública del art. 290 reconocen como límite de legitimidad del endeudamiento la soberanía, los derechos y el buen vivir, y prohíbe expresamente la nacionalización de las deudas privadas.

Finalmente, la Constitución identifica un “Régimen del buen vivir”, subdividido en dos ámbitos, el de las acciones en el campo de los derechos sociales y el de los derechos de la Naturaleza, ya especificados en el capítulo VII del título II dedicado a los “Derechos”. En cuanto a la política de actuaciones del régimen del buen vivir en esta sede puede ser interesante anotar que entre la responsabilidad del Estado está también la protección de las personas, de la colectividad y de la Naturaleza de los efectos adversos de los desastres de origen natural o antropogénico mediante la prevención, la mitigación de los desastres, la recuperación y la mejora de las condiciones sociales, económicas y medio ambientales, con el objetivo de minimizar el estado de vulnerabilidad (art. 389). Por tanto pesa sobre el Estado un general y específico deber de protección del miedo frente a los desastres, también y sobre todo medioambientales, y no más sólo como un deber de mantenimiento de la seguridad y del orden público. Tal deber estatal incumbe sin embargo no sólo en relación con los individuos, sino también con la Naturaleza misma, nuevamente considerada como sujeto autónomo lesionado, con evidente referencia a la obligación de restaurar el medio ambiente en caso de desastre ecológico, que interesa tanto a los entes públicos como a los privados, también expresamente incluso en el sistema global de gestión de los riesgos. Se trata, esto último, de uno de los derechos de la Naturaleza enumerado en la Constitución en el art. 72 como derecho “a la restauración”. Es un derecho independiente de la obligación de indemnizar o resarcir a las personas que han sufrido daños directos del desastre e incluye también los daños causados a la Naturaleza de la explotación de los recursos naturales no renovables. En el sentido del art. 71, de hecho, la Naturaleza (*Pacha Mama*), definida como el lugar donde se reproduce y se desarrolla la vida, tiene el derecho a que se respete integralmente su existencia tanto

37 Véase también el art. 319.

como sus ciclos vitales, su estructura, funciones y procesos evolutivos. Este derecho es activado por cualquier persona, comunidad, pueblo o nación, y no precisa haber sufrido un daño a título individual. El Estado es responsable de aplicar el principio de precaución y eventualmente a poner restricciones respecto a actividades susceptibles de conducir a la extinción de especies, a la destrucción de los ecosistemas o a la alteración permanente de los ciclos vitales (esta obligación está integrado por la de consultar a las comunidades indígenas respecto a cualesquiera decisiones que preocupen a su territorio, a su existencia y a su estilo de vida, art. 75) mientras está totalmente prohibida la introducción de organismos y materiales genéticamente modificados que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional (art. 73). Las personas, comunidades, pueblos y naciones disfrutarán de las riquezas naturales y del medio ambiente pero los servicios medio ambientales deben permanecer bajo titularidad pública (art. 74).

Se trata por tanto de una perspectiva completamente nueva para el derecho, contra la cual se han levantado muchas objeciones, ya sean de naturaleza jurídica, como la duda sobre la efectiva accionabilidad de tales derechos, ya sean de naturaleza cultural, como la que teme un retroceso respecto al uso de la técnica y de las nuevas tecnologías. Si por una parte la acción popular prevista para la defensa de los derechos de la Naturaleza deberá medir su eficacia sobre el interés real de los individuos y de la comunidad para hacer valer tales derechos, por otro lado el ordenamiento no se ha entregado sin reserva a la subordinación al derecho natural en sentido literal, además, visto que la Constitución ha declarado inmediatamente que la Naturaleza tiene los derechos que esta misma le reconoce (art. 10, c. 2)³⁸.

Solo en Ecuador, la Naturaleza es reconocida como sujeto de derecho, mientras la “Constitución medio ambiental” en Bolivia se desarrolla sólo a través del paradigma de los derechos de la tercera generación, que son siempre y por tanto derechos de la persona (derecho a una medio ambiente saludable, derecho a la salud, etc.), es decir, situaciones jurídicas funcionales al desarrollo de la identidad individual.

38 Esta observación ha sido agudamente avanzada por Michele Carducci en su relación “*Il sumak kawsay* come formante culturale” defendida a Rávena en el ámbito del seminario internacional “El recibimiento de la tradición jurídica autóctona en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, el 9 de abril 2013.

El banco de prueba para verificar la efectiva y plena identificación de los pueblos y de los gobiernos en las actuaciones del buen vivir, y por tanto a la concreta promoción de un estilo de vida alternativo, es sin duda el de la explotación de los recursos naturales de los que el territorio de los países andinos es rico. Mientras, como decíamos más arriba, Venezuela y Bolivia han optado sin embargo al momento por modelos de desarrollo coherentes con la perspectiva de desarrollo económico, Ecuador, mientras no ha renunciado del todo a la política extractiva, ha probado recientemente a dar un giro fuerte hacia una opción favorable al abandono gradual de un modelo económico prioritariamente fundado sobre explotación incondicionada de los recursos del subsuelo. En 2007, de hecho, el Presidente Correa ha lanzado, en sede internacional a la Asamblea general de las Naciones Unidas, el proyecto Yasuní ITT³⁹. Con esta iniciativa Ecuador se ha comprometido a renunciar a la extracción de los recursos energéticos y minerales del subsuelo en los territorios de Ishpingo-Tambococha-Tiputini comprendidos en el Parque nacional Yasuni en la Amazonia ecuatoriana, con el objetivo de evitar la emisión a la atmósfera de 407 millones de toneladas de CO₂, consecuencia de la explotación del petróleo, igual a la producción anual del gas efecto invernadero de Países como Brasil o Francia. El área representa la reserva de biodiversidad más importante del planeta, además de ser la sede de las dos comunidades indígenas en aislamiento voluntario presentes en Ecuador. En cambio, Ecuador ha pedido a la comunidad internacional una coparticipación económica en el proyecto, igual a la mitad del valor de las entradas que el Estado pierde como resultado de la renuncia a la extracción (estimada en 3600 millones de dólares), a través de la realización de un fondo gestionado por el Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo (PNUD) al que los Estados, las organizaciones internacionales, las ONG y los individuos pueden contribuir, a utilizar sobre el territorio para la financiación de proyectos relativos a la explotación de energías limpias y renovables, a la reforestación, a la preservación del parque natural, a la búsqueda y desarrollo de sistemas energéticos sostenibles, al desarrollo de las comunidades agrícolas locales. Lamentablemente, el

39 Todas las informaciones sobre el proyecto se pueden obtener de la documentación presente en el sitio <http://yasuni-itt.gob.ec/Inicio.aspx>. Sobre el valor "controhegemónico" de este proyecto v. B. DE SOUSA SANTOS, *Epistemologías del Sur*, en *Utopía y Praxis Latinoamericana*, año 16, n. 54, julio-septiembre 2011, pp. 18 ss.

proyecto no recibió el apoyo necesario de la comunidad internacional: el 15 de agosto 2013 el presidente Correa ha abandonado definitivamente la iniciativa y pedido a la Asamblea Nacional de declarar de interés nacional la explotación minera del parque. El 22 de agosto, la sociedad civil ha presentado una solicitud para un referéndum nacional sobre el tema, cuyo resultado determinará el destino del desarrollo de una política ambiental coherente con el buen vivir en Ecaudor.

3. *Ubuntu* en el ordenamiento constitucional sudafricano

En Sudáfrica, el articulado proceso constituyente que de la Carta provisional de 1993 ha llevado a la adopción de la de 1996 se ha caracterizado por la voluntad de superar el pasado a través de la vía de la reconciliación⁴⁰, con el reclamo fuerte e imprescindible al valor de la dignidad humana, concebido también, en su dimensión comunitaria, arraigado profundamente en la cultura autóctona, a través de la idea zulú de *ubuntu*. Para comprender la aportación de esta tradición cultural ctonia a la construcción del nuevo ordenamiento sudafricano es necesario comprender *ubuntu* primero como concepto filosófico y ético, después como principio jurídico⁴¹. Tal profundización nos llevará a descubrir diversos puntos de conexión con el concepto quechua del *buen vivir* y, más en general, con la experiencia constituyente ecuatoriana.

Exactamente cómo podemos decir del *buen vivir*, *ubuntu* es la traducción zulú de un concepto o un valor que en otras tribus indígenas viene expresado en modos diversos y que es de difícil definición unívoca, por ser una visión del mundo compartida por la vasta mayoría de las sociedades tribales africanas⁴².

40 A. Lollini, *Costituzionalismo e giustizia di transizione. Il ruolo costituente della Commissione sudafricana verità e riconciliazione*, Il Mulino, Bologna, 2005; V. Federico, C. Fusaro (ed.), *Constitutionalism and Democratic Transitions. Lessons from South Africa*, Firenze University Press, Firenze, 2006.

41 Cfr. D. Cornell, *uBuntu, Pluralism and the Responsibility of legal Academics to the New South Africa*, lección inaugural en la Facultad de Derecho de la Universidad de Cape Town, 10 septiembre 2008, descargable en el sitio https://www.uct.ac.za/downloads/uct.ac.za/news/.../Drucila_Conell.pdf y publicada también en "Law and Critique", vol. 20, n 1, pp. 43-58. V. también algunas breves anotaciones en M. Caielli, *Le azioni positive nel costituzionalismo contemporáneo*, Jovene, Napoli, 2008, pp. 153-157.

42 P.F. Iya, *Ubuntu and human dignity: analyzing concepts and exploring relationship for in-depth understanding and application directed towards improving the quality of life in Africa*, en *Law in the Ubuntu of South Africa*, a cargo de D. Cornell, N. Muvangua,

uBuntu is both the African principle of transcendence for the individual, and the law of the social bonds⁴³. “This profound and all-encompassing social philosophy has on occasion been summed up in the word ubuntu, a term which has both the strength and the debility of being open to many different interpretations. At the heart of traditional African legal concern is a sense of human solidarity, of regard for all. No one is cast out or left by the wayside.⁴⁴

La “conexión” es en esta ética connatural al hombre, que nace insertado en una red de relaciones para él constitutivas en tanto en cuanto a su corporeidad. No se trata de un mero hecho social accidental: tales conexiones representan obligaciones morales reales recíprocas, pasos necesarios en el curso hacia el pleno cumplimiento de cada persona, de modo que el individuo no está sacrificado al grupo si no que es llevado a desarrollar contemporáneamente las dos dimensiones de sí mismo⁴⁵. Del mismo modo, también por la filosofía andina lo que cuenta es la relación entre los sujetos “el individuo como tal no es “nada” (un “no ente”) es algo totalmente perdido, si

descargable en www.isthisseattaken.co.za/pdf/Papers_Cornell_Muvangua.pdf, p. 382. El expediente corresponde al volume *uBuntu and the Law: African Ideals and Post-apartheid Jurisprudence (Just ideas: Transformative Ideals of Justice in Ethical and Political Thought)* a cargo de D. Cornell, N. Muvangua, 2 Ed., Fordham University Press, New York, 2011. Las páginas citadas en este artículo hacen referencia a la version telemática.

43 S. Fuller, D. Cornell, *Introduction*, en *Law in the Ubuntu of South Africa*, a cargo de D. Cornell, N. Muvangua, cit., p. 10. La obra, de la cual este párrafo ha desarrollado ampliamente la parte que tiene que ver estrictamente con Sudáfrica, representa una colección comentada y detallada de jurisprudencia y doctrina en materia de *Ubuntu*.

44 A. Sachs, *Towards the Liberation and Revitalization of Customary Law*, en *Law in the Ubuntu of South Africa*, a cargo de D. Cornell, N. Muvangua, cit., p. 357.

45 “umuntu ngumuntu ngabantu”: literalmente “una persona es una persona gracias o a través de otras personas” o dicho de otra manera “I am because you are”. Nelson Mandela explica el significado de *ubuntu* en una entrevista publicada en muchos videos en *youtube*. En palabras del juez Jajbhay en el caso *City of Johannesburg v Rand Properties* “In South Africa the culture of Ubuntu is the capacity to express compassion, justice, reciprocity, dignity, harmony and humanity in the interests of building, maintaining and strengthening the community. uBuntu speaks to our interconnectedness, our common humanity and responsibility to each that flows from our connection”. No se trata por tanto de mero comunitarismo o de *koinonia*, usado por ejemplo en Hechos de los Apóstoles 2, 44, porque el individuo no desaparece en la comunidad, sino más bien la comunidad es parte de la persona.

no se halla dentro de una red de múltiples relaciones”⁴⁶. En lugar de las tradiciones occidentales, el concepto comprende (sin agotarlo) aquello de “dignidad de la persona”. En el ordenamiento italiano, por ejemplo, la dimensión individual y la comunitaria están presentes en el art. 2 Constitución (“La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ya sea como individuo ya sea en las formaciones sociales donde se desarrolla su personalidad”) incluso si la interpretación de esto se debe entender por “formaciones sociales” y la capacidad preceptiva de los deberes de solidaridad están aún en vía de definición⁴⁷. La *weltanschauung* del mundo occidental, que domina también el marco internacional de las convenciones sobre derechos, ha puesto siempre en el centro al individuo, con el principio pluralista como uno de los lugares posibles e instrumentos para su realización personal; el vínculo al cual se refiere *ubuntu* es entendido al contrario en el sentido de “pertenencia” originaria a la comunidad, a la familia, a través de la nación hasta la humanidad entera, implicando intercambio y participación en la práctica y tradiciones comunes. Sobre esta base se desarrolla un fuerte sentimiento de reconocimiento hacia los avi y de responsabilidad hacia las generaciones futuras, de la cuales dependen muchos rasgos de la sociedad que practican *ubuntu*, no sólo culturales, sino también jurídicos, que podemos encontrar también en la idea de *buen vivir*, sobre todo en las obligaciones y en los deberes hacia el prójimo, pero también hacia la naturaleza⁴⁸.

La lógica de estas concepciones filosóficas no es aquella aristotélica del principio de contradicción: se aproxima más bien a aquella holística y complementaria de la *fuzzy logic*, donde no existen opuestos, en

46 J. Esterman, *Filosofía andina. Estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*. Abya, Yala, Quito, Ecuador, 1998, p. 97-98, citado por R. Ávila Santamaría, *El derecho de la naturaleza: fundamentos*, UASB Digital, Ecuador, 2010, p. 16; pero también L. Macas, *El Sumak Kawsay*, cit.: “el ser humano si no está relacionado con otro ser, no existe” (p. 52).

47 E. Rossi, *Art. 2 en Comentario a la Constitución*, a cargo de R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Utet, Turín, 2006, pp. 50 ss.; P. Rescigno, *Persone e gruppi sociali*, Editoriales scientifica, Napoles, 2006.

48 “(T)he welfare of the individual is inextricably linked to the welfare of the collectivity and that, in turn, is inextricably linked to an harmonious relationship with the ancestors and with nature” (Van Niekerk citado por I.J. Kroeze, *Doing things with values II: the case of ubuntu*, en *Law in the Ubuntu of South Africa*, a cargo de D. Cornell, N. Muvangua, cit., p. 422).

cuanto cada elemento contiene en sí tanto el ser como el no ser en un continuo devenir, así como en las tradiciones culturales chinas⁴⁹.

El *buen vivir* ha tenido reconocimiento directo en la Constitución y a través de los primeros programas de políticas públicas elaboradas por el Gobierno Correa al día siguiente del nuevo curso ordinamental, pero hasta ahora no ha encontrado expresión en la incipiente jurisprudencia, ni siquiera en las sentencias de la Corte constitucional. *Ubuntu*, al contrario, mientras que aparece en los debates constituyentes, no ha encontrado manifestación expresa en ninguna cláusula constitucional⁵⁰, en contra sin embargo, existe una rica elaboración jurídica del concepto desarrollada a través de la casuística sudafricana.

Ha sido citado por primera vez por la Corte constitucional en el caso *S v Makwanyane* de 1995 sobre la ilegitimidad constitucional de la pena de muerte, donde el concepto viene definido por el juez Mokgoro en su voto particular⁵¹ ya sea en sus implicaciones ética y morales (“Generally, ubuntu translates as humaneness. In its most fundamental sense, it translates as personhood and morality. Metaphorically, it expresses itself in umuntu ngumuntu ngabantu, describing the significance of group solidarity on survival issues so central to the survival of communities”) que en aquellas político-

49 Cfr. todavía R. Ávila Santamaría, *El derecho de la naturaleza: fundamentos*, UASB Digital, Ecuador, 2012, p. 17 e v. también, para algunos signos en la lógica aplicada al derecho, S. Bagni, *La classificazione degli ordinamenti giuridici nel diritto pubblico comparato: sei domande per una meta-ricerca sull'autonomia di una scienza e alcune riflessioni sulla dottrina delle forme di Stato*, en “Anuario di diritto comparato 2013”, en vías de publicación. Habla de ““fuzzy” multiculturalism” citando Subrata K. Mitra, D. Amirante, *The Indian multicultural State: a model for Asia or more?*, en *Stato democratico e società multiculturali. Dalla tutela delle minoranze al riconoscimento delle diversità culturali*, a cargo de D. Amirante y V. Pepe, cit., p. 33.

50 *Ubuntu* viene incluido en el epílogo de la Constitución de 1993, sobre todo con el fin de dar fundamento a la constitución de la Comisión sobre la Verdad y la Reconciliación: “there is a need for understanding but not for vengeance, a need for reparation but nor for retaliation, a need for ubuntu but not for victimisation”, cfr. S. Fuller, D. Cornell, *Introduction*, en *Law in the Ubuntu of South Africa*, a cargo de D. Cornell, N. Muvangua, cit., p. 15.

51 El concepto también se menciona en la opinión de la mayoría y en otros votos particulares pero es la opinión del juez Mokgoro a desarrollar en modo analítico reflexiones sobre el tema. La posición del juez sobre el tema la encontramos expresa también en Y. Mokgoro, *Ubuntu and the Law in South Africa*, en *Law in the Ubuntu South Africa*, a cargo de D. Cornell, N. Muvangua, cit., p. 363 ss.

ideológicas y jurídicas, siendo reconocido como principio supremo del ordenamiento, no escrito pero parte de la super-Constitución⁵².

El juez Mokgoro afirma en la sentencia que la nueva Constitución sudafricana reconoce y valora los ideales y las tradiciones indígenas, de los que deriva el concepto de *ubuntu*, incorporándolos en el ordenamiento como parámetros interpretativos del *Bill of Rights*, en una óptica de diálogo y comunicación con las culturas indígenas, que han sido silenciadas antes del paso a la democracia. Esta argumentación se hace eco de los rasgos de la experiencia ecuatoriana, aunque dentro de un contexto cultural, social y político diferente, por el cual parece rentable comparar el proyecto de refundación de *New South Africa* y la revolución ciudadana, ya que ambos casos ofrecen una llave de lectura también jurídica del proceso refundacional, habiendo incorporado en el ordenamiento y hecho justificables, valores propios de la cultura indígena.

El reconocimiento de *ubuntu* entre los principios supremos del nuevo ordenamiento constitucional se encuentra también en el caso *S v Mandela* del 2001, siempre en materia penal, donde el juez Davis de la *Supreme Court of Appeal* afirma que la sociedad sudafricana es ahora “a constitutional community, based on fundamental principles including those of freedom, dignity, Ubuntu and respect for life (...) where each and every person is deserving of equal concern and respect and in which community grows sourced in the principle of ubuntu”.

En *Dikoko v Mokhatla* del 2006 la Corte constitucional es llamada a pronunciarse en un caso de difamación acerca de la constitucionalidad de la reparación compensatoria. En su *dissenting opinion* sobre el *quantum* de la reparación acordado por la Corte de mérito a la parte agraviada el juez Mokgoro afirma que en el espíritu de Ubuntu, en el que debe inspirarse la legislación nacional en cuanto principio constitucional de base del ordenamiento, se debería promover la utilización de remedios “en forma específica”, tales como la rectificación, la negación o la retirada, dirigidas a una justicia real restauradora y conciliadora, y no meramente retributiva y resarcitoria, que tiene por objeto restaurar el

52 “In interpreting the Bill of Fundamental Rights and Freedoms, as already mentioned, an all-inclusive value system, or common values in South Africa, can form a basis upon which to develop South African Human Rights jurisprudence. Although South Africans have a history of deep divisions characterized by strife and conflict, one shared value and ideal that runs like a golden thread across lines, is the value of ubuntu – a notion now coming to be generally articulated in this country”.

equilibrio y la armonía entre las partes, y no al contrario exacerbar el conflicto⁵³. El juez Sachs, contribuyendo con el juez Mokgoro en la parte relativa al *quantum* de la reparación, reitera una vez más que *ubuntu* se ha de considerar un valor fundamental de nuevo ordenamiento democrático: “uBuntu-botho is more than a phrase to be invoked from time to time to add a gracious and affirmative gloss to a legal finding already arrived at. It is intrinsic to and constitutive of our constitutional culture” y sucesivamente afirma la necesidad para el legislador de elaborar en cada campo normativas conformes a este valor constitucional y por las cortes de justicia, en los casos de difamación, de ir más allá de “the hydraulic pressure on all concerned to go with the traditional legal flow”, buscando nuevos instrumentos procesales coherentes con el objetivo de una justicia restauradora respecto a la dignidad violada⁵⁴.

Otra decisión ha examinado la libertad de expresión e información, esta vez bajo un perfil sustancial y no procesal. Se trata del caso *The citizen (1978) (Pty) Ltd and Others v McBride (Lara Johnstone; Freedom of Expression Institute; South African National Editors' Forum; Joyce Sibanyoni Mbizana; Mabasa Mxenge as Amici Curiae)* de 2010: los demandantes (periodistas y editor de un periódico) habían sido condenados por difamación y violación de la dignidad humana por haber publicado artículos en los que se oponían a la candidatura convenida del jefe de policía metropolitana de uno de los distritos más importantes de Sudáfrica definiéndolo “como un criminal y un asesino”. El candidato convenido había estado de hecho en el pasado condenado por un atentado frente a un bar de Durban, donde habían perdido la vida varias personas. El convenido era entonces miembro del ANP y había

53 “In our constitutional democracy the basic constitutional value of human dignity relates closely to ubuntu or botho, an idea based on deep respect for the humanity of another. Traditional law and culture have long considered one of the principal objectives of the law to be the restoration of harmonious human and social relationships where they have been ruptured by infraction of community norms. It should be a goal of our law to emphasize, in cases of compensation for defamation, the re-establishment of harmony in the relationship between the parties, rather than to enlarge the hole in the defendant’s pocket, something more likely to increase acrimony, push the parties apart and even cause the defendant financial ruin”.

54 “In the light of the core constitutional values of ubuntu-botho, trial Courts should feel encouraged proactively to explore mechanisms for shifting the emphasis from near-exclusive attention to quantum, towards searching for processes which enhance the possibilities of resolving the dispute between the parties, and achieving a measure of dignified reconciliation”.

podido aprovechar la amnistía para los crímenes políticos en base a la *Promotion of National Unity and Reconciliation Act (Reconciliation Act)* de 1997. En el juicio la Corte interpreta la *Reconciliation Act* a la luz de los principios de *ubuntu* y *botho*, es decir, valores que han caracterizado desde siempre el modo de vida de las comunidades sudafricanas según “law, order, generosity, peace and common decency”, también si al día de hoy tales valores están fuertemente amenazados. La Corte recuerda cómo *ubuntu* ha sido implementado en el epílogo de la Constitución de 1993 y cómo tales conceptos han sido considerados las bases para la construcción de la nueva Sudáfrica, teniendo como objetivos “bridge-building, national unity and reconciliation”. Por este motivo la libertad de expresión encuentra el límite del respeto de la dignidad, interpretado a la luz de los mencionados principios.

Ubuntu ha constituido un parámetro de constitucionalidad, además de en la materia de las libertades civiles y del derecho penal, también en la de los derechos económicos, sociales y culturales⁵⁵, incluso la propiedad, y de nuevo no por casualidad se trata de las mismas materias y de casuística similar a la que en Ecuador corresponde al régimen del *buen vivir*.

Por ejemplo, en la sentencia *Port Elizabeth Municipality v Various Occupiers* del 2004, en un caso que contrastaba el derecho de propiedad y el derecho a la vivienda, el juez Sachs afirma:

The constitution and PIE confirm that we are not islands ourselves. The spirit of ubuntu, part of the deep cultural heritage of the majority of the population, suffuses the whole constitutional order. It combines individual rights with a communitarian philosophy. It is a unifying motif of the Bill of Rights, which is nothing if not a structured, institutionalized and operational declaration in our evolving society of the need for human interdependence, respect and concern.

El juez defiende la necesidad de interpretar el derecho de propiedad más allá de su significado ordinario en *common law*, teniendo como objetivo llegar a un juicio “justo e igualitario”, según el espíritu de reconciliación propio de la nueva Constitución, que ha incorporado

55 Cfr. C.I. Tshoose, *The Emerging Role of the constitutional Value of Ubuntu for Informal Social Security in South Africa*, en “*African Journal of Legal Studies*”, vol. 4, 2009, pp. 12-19.

ubuntu como principio supremo del *Bill of Rights*. Algunos autores añaden que el espíritu de mediación y reconciliación que la Constitución ha promovido haciendo una llamada al concepto de *ubuntu* puede ser realizado concretamente sólo a través de instrumentos de democracia participativa.

It is important to emphasize that this sustainable reconciliation is only possible through direct participatory democracy in which everyone in the community must have a voice and must be heard. Thus participatory democracy is organic to the communities in conflict and it is the actual voices of the human beings involved in the conflict that must be heard in order to enable a genuine reconciliation of the parties.⁵⁶

Estas argumentaciones nos llevan directamente al concepto andino del *buen vivir*, que no puede ser comprendido al margen de una idea renovada de democracia representativa, directa y comunitaria⁵⁷.

En los casos *Bhe and Others v Magistrate, Khayelitsha and Others; Shibi v Sithole and Others; South Africa Human Rights Commission and Another v President of the Republic of South Africa and Another*, decididos por la Corte constitucional en el 2004, el concepto de *ubuntu* es utilizado para sancionar el derecho tradicional de origen consuetudinario en materia de sucesiones, que prevé el derecho de primogenitura en línea masculina y la prohibición de heredar para las mujeres en presencia de familiares masculinos. El juez Langa, incluso reconociendo el derecho de primogenitura contrario a la Constitución, subraya que el derecho tradicional consuetudinario, que la Constitución justamente protege, sea en general coherente con el espíritu de *ubuntu*⁵⁸.

56 S. Fuller, D. Cornell, *Introduction, en Law in the Ubuntu of South Africa*, a cargo de D. Cornell, N. Muvangua, cit., p. 28.

57 Esta observación es de F. Ramírez, referida en su relación al seminario internacional "Il recepimento della tradizione giuridica autoctona nel nuovo costituzionalismo latinoamericano", celebrado en Rávena en la sede de la Escuela de Jurisprudencia el 9 de abril de 2013.

58 "The positive aspects of customary law have long been neglected. The inherent flexibility of the system is but one of its constructive facets. Customary law places much store in consensus-seeking and naturally provides for family and clan meetings which offer excellent opportunities for the prevention and resolution of disputes and disagreements. Nor are these aspects useful only in the area of disputes. They provide a setting which contributes to the unity of family structures and the fostering of co-

La incidencia del concepto de *ubuntu* sobre el reconocimiento de los derechos culturales se encuentra también en el caso *MEC for Education, Kwazulu-Natal and others v Pillay*⁵⁹ del 2008. De hecho viene reconocido como derecho cultural de una minoría étnica el hecho de mandar a la escuela a la propia hija con un *piercing* ritual en la nariz, en cuanto expresión de una tradición propia de la comunidad a la que la familia de la niña pertenece.

Finalmente, en el caso *Everfresh Market Virginia (Pty) Ltd v Shoprite Checkers (Pty) Ltd* (CCT105/10) del 2011 se discute si la interpretación de cláusulas contractuales según la buena fe debe ser reconocida como un deber directamente derivado de la Constitución en base a su interpretación según el espíritu de *ubuntu*. El juez Yacoob en su opinión de minoría afirma que el derecho de los contratos, de matriz occidental y dominado por el *common law*, debe ser desarrollado a la luz de los valores tradicionales propios de la población sudafricana, entre los cuales están los de la interpretación y ejecución del contrato según la buena fe derivada del concepto de *ubuntu*⁶⁰, por el cual ninguna parte puede aprovecharse de la otra interpretando las cláusulas contractuales según el mero interés personal (“The idea that people or entities can under take to negotiate commercial reason, certainly implicates *ubuntu*”). En la opinión de la mayoría el razonamiento desarrollado en el mérito viene confirmado, a pesar de que el recurso al final venga rechazado por motivos procesales.

operation, a sense of responsibility in and of belonging to its members, as well as the nurturing of healthy communitarian traditions such as ubuntu. These valuable aspects of customary law more than justify its protection by the Constitution”.

59 *MEC for Education KwaZulu-Natal, Thulani Cel: School Liaison Officer, Anne Martin: Principal of Durban Girls’ High School, Fiona Knight: Chairperson of the Governing Body of Durban Girls’ High School v Navaneethum Pillay, Governing Body Foundation, Natal Tamil Vedic Society Trust, Freedom of Expression Institute* 2008 (2) BCLR 99 (CC).

60 “The common law if contract regulates the environment within which trade and commerce take place. Its development should take cognizance of the values of the vast majority of people who are now able to take part without hindrance in trade and commerce. And it may well be that the approach of the majority of people in our country place a higher value on negotiating in good faith than would otherwise have been the case. Contract law cannot confine itself to colonial legal tradition alone” (punto 23 de la sentencia).

4. *Gross National Happiness in Bhutan*

Mientras en Ecuador se discutía en asamblea constituyente acerca del contenido de la nueva Constitución, del otro lado del mundo, un pequeño País asiático, Bután, estaba viviendo un cambio de época similar, de un régimen de monarquía absoluta a uno de monarquía parlamentaria, consagrado en la adopción de su primera Carta constitucional, entrada en vigor en el 2008, el mismo año de la de Montecristi. Sin embargo, mientras en el caso de Ecuador el proceso constituyente se ha fundado sobre un fuerte movimiento popular, la democratización en Bután ha venido desde arriba, por la voluntad exclusiva de la misma monarquía⁶¹. En el 2001 el Soberano Jigme Singye Wangchuck instituye il *drafting committee* para la elaboración del proyecto de constitución, mientras en el 2006, cuando el procedimiento ya estaba dirigido hacia su conclusión, abdica en favor del hijo, aclarando que “democracy was not necessarily Buthan’s goal, but a part of good governance and key pillar of the King’s ultimate objective (...) In order for the country to achieve “collective happiness” its citizen must be come empowered, in the King’s view”⁶². El proceso de democratización fue iniciado ya en 1953, con la instauración de la primera Asamblea Parlamentaria, siempre por voluntad del Soberano; seguido en los años con varias reformas tales como la descentralización administrativa, que introducía formas de democracia participativa a nivel local, y la creación, en 1998, de un Gobierno apoyado en el Parlamento, y no elegido por el Rey, tal camino ha culminado con el paso definitivo a la monarquía parlamentaria consagrado en un proceso constituyente que el Soberano ha querido “participativo”, es decir itinerante (como el ecuatoriano), a través la consulta tanto de la *élite* cultural del País como de la población en las ciudades, debiendo incluso afrontar la resistencia popular al cambio, tanto que se decidió

61 A. Sinpeng, *Democracy from above: Regime Transition in the Kingdom of Buthan*, in “Journal of Buthan Studies”, vol. 17, 2007, p. 21 ss.; M. Gallenkamp, *Democracy in Buthan. An Analysis of Constitutional Change in a Buddhist Monarchy*, Institute of Peace and Conflict Studies, New Delhi, 2010. Sin embargo, hay evidencia de pueblos organizados democráticamente en Bután entre los Thakali: M. Winding, *The Thakali. A Himalayan Ethnography*, London, 1998.

62 A. Sinpeng, *Democracy from above: Regime Transition in the Kingdom of Buthan*, cit. p. 37.

no presentar el texto a referéndum confirmativo por miedo a que el pueblo no lo hubiera aceptado⁶³.

El caso butanés, sin embargo, no interesa tanto en este contexto en relación al proceso de transición democrática, sino más bien por haber introducido en la nueva Constitución un concepto bajo múltiples aspectos revolucionarios, es decir, aquello de “felicidad interior bruta” (*Gross National Happiness*). Más que en el preámbulo, tales indicadores están incluidos en el art. 9 titulado “Principles of State Policy”, en el apartado 2 “The States shall strive to promote those conditions that will enable the pursuit of Gross National Happiness”; y en el artículo 20 sobre el Ejecutivo: “1. The Government shall protect and strengthen the sovereignty of the Kingdom, provide good governance and ensure peace, security, well-being and happiness of the people”.

Desde hace tiempo existe una corriente de pensamiento entre los economistas, entre los cuales por todos Amartya Sen, crítica contra la utilización solamente del producto interior bruto como indicador de prosperidad de un Estado y promotor de la introducción de los parámetros ulteriores en su medición, que tomen en consideración las necesidades del hombre de manera holística, incluso también aspectos emocionales y culturales. Tal corriente de pensamiento ha sido redescubierta con la crisis del 2008 y ha encontrado un referente concreto de sus ideas en la constitucionalización del concepto de “felicidad interior bruta” en Bután. Los diferentes países mayoritariamente industrializados están hoy dando signos evidentes de querer cuanto menos considerar alternativas al PIB y miran la experiencia butanesa con interés⁶⁴.

63 La participación popular en el proceso de redacción de la Constitución ha venido a través de varios instrumentos como: la distribución de copia del proyecto a la población; encuentros directos con el pueblo en todos los distritos, producido del 29 de octubre de 2005 al 4 de mayo de 2006; publicación *on line* del proyecto de Constitución, con la posibilidad de proponer sugerencias e incluir comentarios; constitución del *comité de drafting* representativo de las varias clases y grupos sociales; utilización de la comparación en los trabajos preparatorios. Cfr. S. Kinga, *The Constitution- The King's Gift: Difiling and Sanctifying a Sacred Gift*, en las actas de la conferencia internacional “Beyond the Ballot Box: Report from the Deepening and Sustaining Democracy in Asia Conference, 2009”, p. 135 consultadas *on line* en el sitio <http://www.buthanstudies.org.bt/publications/conference-publications/>.

64 Cfr. los ejemplos británico y estadounidense referidos en N.I.J. Hoellerer, *The Use of Qualitative and Ethnographic Research to Enhance the Measurement and Operationalisation of Gross National Happiness*, en “*Journal of Buthan Studies*”, vol. 23, 2010, p. 28. En Italia, por ejemplo, el pasado 11 de marzo ha sido presentado en la Cámara de los Diputados

Una de las características del buen vivir es la de proponerse como alternativa al modelo económico hoy imperante basado en la idea de desarrollo. Si bien la “felicidad interior bruta” se inserta, en su elaboración teórica, en el interior de un paradigma de desarrollo sostenible, el hecho de estar íntimamente ligada a la herencia cultural tradicional butanesa, en particular con los principios de la religión budista que predica la armonía entre el ser humano y el propio entorno natural⁶⁵, ha supuesto la comparación con la experiencia ecuatoriana posible y rentable. Además, hay que considerar que Bután es desde siempre un Estado “aislado” en el panorama internacional, y ha sufrido limitadas injerencias y contaminaciones de parte de la cultura occidental⁶⁶, por lo cual la elaboración y la actuación sobre el plano político de un programa como el de la “felicidad interior bruta” puede ser sin más considerado como expresión original de tradiciones y derecho ctonias, y no mera importación de conceptos extranjeros.

El origen de la expresión y de la política del gobierno que se sigue se encuentra en la voluntad reformadora del cuarto soberano butanés Jigme Singye Wangchuck, que en 1972 afirma por primera vez “Gross National Happiness is more important than Gross National Product” y se compromete a promover el objetivo de crear “an enlightened society in which happiness and well being of all people and sentient beings is the ultimate purpose of governance”⁶⁷. En realidad, el concepto es también expresión de un criptotipo jurídico: de hecho ya en el primer Código de leyes después de la unificación del reino, en 1792, se lee: “if the Government cannot create happiness (*dekid*) for its people, there is no purpose for the Government to exist”. El principio desarrolla por tanto la misma función que en Occidente se atribuye al art. 16 de la Declaración francesa, es decir, la de definir los contenidos sustanciales de lo que sucesivamente será definido “constitución”. Sin embargo, el concepto de felicidad presupuesto en la cultura butanesa no coincide exactamente, como veremos, con el discurso sobre la felicidad que encontramos en la literatura occidental, incluso si, en función de la comparación que

el primer informe BES sobre bienestar igualitario y sostenible, un proyecto realizado por iniciativa conjunta del CNEL y del ISTAT.

65 “Article 3 Spiritual Heritage. 1 Buddhism is the spiritual heritage of Bhutan, which promotes the principles and values of peace, non-violence, compassion and tolerance”.

66 Al menos hasta 1971, año en el que entra en las Naciones Unidas.

67 T. Waggmo, J. Valk, *Under the Influence of Buddhism: The Psychological Wellbeing Indicators of GNH*, en “Journal of Bhutan Studies”, vol. 26, 2012, p. 53.

estamos desarrollando, es importante subrayar el hilo común de estudio en la historia de las dos tradiciones culturales diferentes.

La idea de “felicidad interior bruta” presupone que la condición de bienestar de un pueblo no puede ser leída solamente a través de los parámetros económicos. Por esto, en el programa de gobierno han sido individualizados cuatro pilares sobre los cuales se concentra la acción pública para la realización del objetivo: 1) promoción de la cultura, 2) desarrollo económico igual y sostenible, 3) buen gobierno y 4) conservación del medio ambiente. En cuanto al primer pilar, el art. 4 de la Constitución⁶⁸ está específicamente dedicado a la tutela y promoción de la cultura en todas sus formas, así como al desarrollo de los valores tradicionales. Respecto al segundo pilar, el Estado se empeña en minimizar las diferencias de ingresos y riqueza, así como a promover la distribución equitativa de los recursos públicos⁶⁹. Acerca del cuarto pilar, la Constitución reconoce la propiedad estatal de los recursos mineros, de las aguas y de los bosques (art. 1, c. 12), en cuanto al art. 5, dedicado al medio ambiente, define específicamente a cada butanés como *trustee* de los recursos naturales y del medio ambiente del país, para sí y para las generaciones futuras⁷⁰. El deber de protección ambiental, entendido como mantenimiento de la biodiversidad y preservación de la contaminación, incluso acústica y afirmado sea como deber individual de cada ciudadano (art. 8, c. 2), sea como empeño específico estatal. Así encontramos, incluso en esta cultura, la fuerte conciencia de la interconexión temporal entre las diferentes generaciones de la humanidad. La acción estatal se concreta a través de la previsión constitucional de instituir áreas ambientales protegidas (art. 5, c. 5), la obligación de que los bosques no pueden descender por

68 “Article 4 Culture. 1. The State shall endeavor to preserve, protect and promotes the cultural heritage of the country, including monuments, places and objects of artistic or historic interest, Dzongs, Lhakhangs, Goendeys, Ten-sum, Nyes language, literature, music, visual arts and religion to enrich and the cultural life of the citizens”.

69 “The State shall endeavor to develop and execute policies to minimize inequalities of income, concentration of wealth, and promote equitable distribution of public facilities among individuals and people living in different parts of the Kingdom”.

70 “Article 5 Environment 1. Every Bhutanese is a trustee of the Kingdom’s natural resources and environment for the benefit of the present and future generations and it is the fundamental duty of every citizen to contribute to the protection of the natural environment conservation of the rich biodiversity of Bhutan and prevention of all forms of ecological degradation including noise, visual and physical pollution through the adoption and support of environment friendly practices and policie”.

debajo el 60% del territorio (art. 5, c. 3) y la prohibición legislativa para las empresas de desarrollar actividades que pongan en peligro el medio ambiente. Esta postura que afecta a la naturaleza está íntimamente conectada con los valores de la tradición cultural butanesa, donde las creencias populares se entrecruzan con los principios éticos del budismo, que se fundamentan en una visión biocéntrica del universo⁷¹. Así, por ejemplo, se lee en un estudio antropológico desarrollado para comprender las uniones entre cultura y políticas públicas, que la casi unanimidad de la muestra entrevistada cree que la naturaleza es sede de espíritus y divinidad⁷².

En el 2008, junto a la nueva Constitución ha sido aprobado por el Gobierno también un índice de medida de la “felicidad interior bruta”, que con un enfoque holístico tiene en cuenta los indicadores de felicidad materiales e inmateriales, subdivididos en nueve áreas (*psychological wellbeing, health, education, time use, cultural diversity and resilience, good governance, community vitality, ecological diversity and resilience standards*).

Como para el buen vivir, también respecto al proyecto de la “felicidad interior bruta” se han levantado muchas críticas en relación a la vaguedad de la expresión y a la dificultad de la concreta implementación, sobre todo en la elección de los parámetros utilizados para medir el nivel de respeto al individuo y a la comunidad. En esta sede sin embargo hemos querido dejar aparte los problemas implementativos⁷³ para concentrarnos en los valores y los aspectos culturales y tradicionales que están implicados en tal concepto, que, en consecuencia de la elección de haber incluido la “felicidad interior bruta” como principio constitucional, se convierten en criterios interpretativos de las normas del ordenamiento jurídico.

71 Cfr. F. Rescigno, *I diritti degli animali*, cit., p. 25, nota 48.

72 S. Chopel, *Culture, Public Policy and Happiness*, cit., p. 89.

73 Necesariamente, cada ordenamiento deberá seguir un camino propio en la elección de los parámetros a considerar para valorar la felicidad interior bruta, en cuanto la idea de felicidad estará íntimamente conectada con el contexto étnico, social, económico y cultural de cada pueblo. Cfr. las observaciones desarrolladas por N.I.J. Hoellerer, *The Use of Qualitative and Ethnographic Research to Enhance the Measurement and Operationalisation of Gross National Happiness*, cit., en particular p. 40 s. donde, citando a Donnelly, afirma que la búsqueda social deberá dirigirse a comprender “the nature of happiness as experienced by the Bhutanese”.

El proyecto constituyente butanés se ha desarrollado como símbolo de integración entre la tradición cultural local y el constitucionalismo occidental, utilizado como modelo para diseñar e hilvanar el boceto de la nueva constitución: “Policymakers in Buthan recognize that “simply imposing development models from outside which do not take religion and tradition into account will not only serve to diminish existing culture, but will also meet with limited success”⁷⁴.

Dentro de la ética budista, incorporada a la Constitución⁷⁵, encontramos principios tales como la compasión y el altruismo, la comprensión y la gentileza, que actúan de fundamento de deberes constitucionales expresos individuales y estatales⁷⁶. Otro principio ético fundamental del que deriva su originalidad el concepto de “felicidad interior bruta” es el de la interdependencia entre los hombres y entre el hombre y la naturaleza, que obliga por tanto al respeto para todos los seres vivos.

Mahayana Buddhism is deeply embedded in all aspects of Bhutanese society and thus, in GNH. The basic doctrine of Mahayana Buddhism is sunyata – the interdependence of all things in the cosmos. According to this principle, nothing exists independently from each other, but everything influences and depends on each other⁷⁷.

74 T. Wangmo, J. Valk, *Under the Influence of Buddhism: The Psychological Wellbeing Indicators of GNH*, en “Journal of Buthan Studies”, vol. 26, 2012, p. 55. Se reenvía a este escrito para los puntos de contacto entre la idea de “felicidad interior bruta” y los principios éticos budistas. La necesidad de fundar una epistemología jurídica de los derechos sobre las tradiciones locales ha sido advertida también en Sudáfrica: cfr. A. Sacha, *Towards the Liberation and Revitalisation of Customary Law*, en *Law in the Ubuntu of South Africa*, a cargo de D. Cornell, N. Muvangua, ct., p. 355: “Inequality and division were promoted through the law, non it spite of it (and not even referring to the impact of slave trade). There is no gain, only loss, in tying the origins of our human rights movement to the West”.

75 “Article 3 Spiritual Heritage. 1. Buddhism is the spiritual heritage of Buthan, which promotes the principles and values of peace, non-violence, compassion and tolerance”.

76 Entre los deberes de todo ciudadano encontramos, en el art. 8, c. 3: “A Bhutanese citizen shall foster tolerance, mutual respect and spirit of brotherhood amongst all the people of Bhutan transcending religious, linguistic, regional or sectional diversities”. Y todavía, en el art. 9, c. 20: “The State shall strive to create conditions that will enable the true and sustainable development of a good and compassionate society rooted in Buddhist ethos and universal human values”.

77 N.I.J. Hoellerer, *The Use of Qualitative and Ethnographic Research to Enhance the Measurement and Operationalization of Gross National Happiness*, cit., p. 37.

Una consecuencia de esto está en el hecho que, como en el *ubuntu*, la felicidad no destaca sólo como cifra individual, sino “it is a function of relational harmony, where people relate and mutually contribute to each other”⁷⁸.

We have now clearly distinguished the ‘happiness’...in GNH from the fleeting, pleasurable ‘feel good’ moods so often associated with that term. We know that true abiding happiness cannot exist while others suffer, and comes only from serving others, living in harmony with nature and realizing our innate wisdom and the true and brilliant nature of our minds”. It includes harmony with nature (again absent from some Western notions of happiness) and concern for others.⁷⁹

También en Occidente la filosofía desde sus orígenes se había conformado con la idea de “felicidad”⁸⁰, la *eudaimonia* aristotélica, entendida como fin principal del ser humano. Sin embargo, en el curso del siglo y sobre todo en el periodo en el que ha nacido el constitucionalismo, los mayores filósofos han llegado o para dar una visión meramente individualista y por tanto subjetivista, inadecuada para fundar una ley común y un objetivo a perseguir por el Estado en lo concerniente a sus ciudadanos⁸¹; o a transformarla en *oikonomia*, para lo cual “La autorrealización del sujeto - al cual hace referencia

78 S. Chopel, *Culture, Public Policy and Happiness*, cit., p. 95. Cfr. también K. Ura, S. Akire, T. Zangmo, K. Wangdi, *A Short Guide to Gross National Happiness Index*, the Centre of Bhutan Studies, Thimphu 2012, en particular p. 4, descargable del sitio www.grssnationalhappiness.com.

79 K. Ura, S. Alkire, T. Zangmo, K. Wangdi, *A Short Guide to Gross National Happiness Index*, ct., en particular p. 7, descargable del sitio www.grssnationalhappiness.com, donde se cita uno de los primeros discursos del Primer Ministro al día siguiente de la aprobación de la Constitución.

80 Sobre el tema de la felicidad véase F. De Luise, G. Farinetti, *Storia della felicità. Gli antichi e i moderni*, Einaudi, Torino, 2001 y A. Trampus, *Il diritto alla felicità. Storia di un'idea*, Laterza, Roma-Bari, 2008; R. Ferrara, *Il diritto alla felicità e il diritto amministrativo*, en *Giustizia amministrativa*, n. 12, 2008.

81 Cfr. L. Fonnesu que comenta las posiciones de Kant sobre el papel de la felicidad en el ámbito jurídico: “El derecho se distingue de la ética, pero renuncia también a la referencia a la felicidad en nombre de la prioridad de la libertad como espacio individual y por tanto en nombre de la prioridad del derecho mismo”. (L. Fonnesu, *La felicità e il suo tramonto. Dall'Illuminismo all'idealismo*, en “Filosofía política”, 1/2013, p. 18 y sucesivas, respecto al punto de vista de Fichte y Hegel).

la noción aristotélica de *eudaimonia* – se convierte así en un asunto público, inherente a un proyecto de gobierno promovido por el Estado para el “bien común” de la nación”, pero de la visión comunitaria y solidaria rousseauiana y en general característica del iluminismo francés e italiano⁸², se transforma sobre el plano jurídico a través de los dos sucesivos siglos en el Estado del *welfare*, del bienestar, entendido como “disfrute, y a la vez, auto-empleo”⁸³.

Es ya evidente que se trata de principios que son comunes tanto al buen vivir como al *ubuntu*. También en este caso, la formación de la cultura ha integrado perfectamente lo jurídico-legal, transformándolo desde el interior hasta el punto que el resultado, también sobre el plano constitucional, sirve hoy de modelo original también para los ordenamientos occidentales, en cuanto a Bután se presenta como primero y único País que persigue para sus miembros el “estado de felicidad”.

5. CONCLUSIONES

Llegados al final de nuestra comparación, recapitulamos los puntos de conexión entre las experiencias analizadas. Las Constituciones de Ecuador, Sudáfrica y Bután han apuntado sobre la integración en el sistema de las fuentes del derecho tradicional o indígena⁸⁴, a través de un modelo de transposición intercultural, es decir, que ha subsumido a nivel general principios y valores de las culturas locales, como fundadores y penetrantes de las nuevas comunidades nacionales. Para Ecuador y Sudáfrica el proceso constituyente se ha legitimado desde la voluntad de superación del pasado, colonial y racista, y de la prevalencia del deseo de reconciliación sobre el de venganza. El pasado de discriminación que ha caracterizado a ambas experiencias ha llevado al ordenamiento a reconocer valores comunitarios y de solidaridad y a identificar como palabras-clave de tal síntesis

82 V. las referencias y el análisis crítico en M.L. Lanzillo, *Una “candida” felicità. Le peripezie della coscienza borghese nei Lumi francesi*, en “Filosofía política”, 3/2012, pp. 399-418.

83 Cfr. M. Esposito, *Il governo della felicità. Un percorso genealogico e critico sul concetto di benessere*, en “Filosofía política”, 1/2013, p. 29. La búsqueda de la felicidad en la Declaración de Independencia americana iba de la mano con el derecho de propiedad: cfr. R. Laudani, *La felicità nera. Contro-storia di un mito americano*, en “Filosofía política”, 1/2013, p. 62.

84 A. Sachs, *Towards the Liberation and Revitalisation of Customary Law*, en *Law in the Ubuntu of South Africa*, a cargo de D. Cornell, N. Muvangua, cit., pp. 349 ss.

“equilibrio” y “armonía”: entre la propia parte espiritual y la corporal, entre el yo y el otro, entre el hombre y la Naturaleza, exorcizando así el miedo a lo diverso, al global, al desastre ambiental⁸⁵. La recepción del derecho de las tradiciones ctonias ha sido percibida como la piedra clave para la refundación sobre nuevas bases de los respectivos ordenamientos jurídicos. Mientras en Ecuador eso ha sucedido de manera explícita a nivel constitucional, en Sudáfrica ha sido la Corte constitucional, a través de sus pronunciamientos, anclados al deber impuesto por la Constitución a las Cortes en el art. 39, de reconocer el pensamiento jurídico africano tradicional como parte integrante del marco de valores del ordenamiento, a través de la fusión con la tradición occidental para dar vida a un marco nuevo, definido, con intención despectiva “rainbow jurisprudence”⁸⁶.

En Bután, al contrario, el proceso constituyente no nace de un movimiento popular o nacionalista, pero marca igualmente un momento de profundo cambio institucional, en cuanto coincide con el paso de una forma de Estado absolutista a una democrática.

En todos los ordenamientos estamos frente a conceptos de difícil definición, discutidos por parte de la doctrina, que se interroga sobre su pertenencia real a una cultura indígena específica; sobre su calificación como valores del ordenamiento jurídico; sobre el elemento efectivo de novedad respecto a conceptos ya ampliamente conocidos en el escenario cultural occidental como dignidad, participación, solidaridad, etc.; sobre concretas posibilidades de hibridación. Es importante subrayar cómo el enfoque intercultural no requiere la victoria de uno de los dos contenidos, sino más bien tiende hacia un proceso de ajuste y cambio recíproco. Este punto de vista nos permite redimensionar muchas de las críticas antes mencionadas, que siguen planteando una perspectiva de dominio cultural⁸⁷.

85 Cfr. Z. Bauman, *Paura liquida*, traducido por Marco Cupellaro, Roma-Bari, Laterza Editori, título original: *Liquid Fear*, Cambridge, Polity Press, 2006.

86 A. Cockrell, *Rainbow Jurisprudence*, en “South Africa Journal on Human Rights”, vol. 12, 1996, pp. 1-38, donde el autor critica la falta de rigor de parte de la Corte constitucional sudafricana en la construcción de una jurisprudencia basada preferentemente sobre sus valores y sobre sus normas.

87 Por lo que respecta a Sudáfrica se ve por ejemplo, la crítica sobre la compatibilidad entre las tradiciones patriarcales y paternalistas de *Ubuntu* y el *Bill of Rights*, que prevé, entre otras cosas, la prohibición de discriminación de género en I. Keevy, *African Philosophical Values and Constitutionalism: A Feminist Perspective on Ubuntu as*

El elemento común que ciertamente se reconoce es el de proponerse como visión del derecho y de los derechos opuesta al actual modelo liberal y liberista dominante⁸⁸. El terreno privilegiado para caracterizar en modo original la alternativa es el de la relación entre el hombre y la Naturaleza, ya sea a través del reconocimiento de situaciones autónomas subjetivas en poder de la Naturaleza, como en Ecuador, ya sea a través de la subordinación de los derechos individuales de propiedad y de iniciativa económica a paradigmas normativos que impongan la conciliación de los intereses personales al bien común y a los derechos colectivos de la comunidad, como en Ecuador y Sudáfrica, ya sea a través de la definición de los objetivos de política pública por medio de parámetros no tanto económicos como el PIB, sino culturales, espirituales y ambientales, como los incluidos en los conceptos del buen vivir y de *Gross National Happiness*.

La vía elegida para concretar en el interior de los ordenamientos jurídicos estos valores y principios constituye, en mi opinión, el auténtico elemento novedoso: se trata de hecho de proponer un modelo que no se presenta como universal sino que aspira a crear uno universal a través de la reconciliación entre la tradición indígena y la cultura dominante, sin imponer exenciones o renunciaciones, pasando por una renovación interna entre ambas y allanando el camino a la generación de un embrión cultural que tendrá vida propia, sin tener que recurrir a ningún parricidio.

(*) Traducción de l'italiano por M^a Mercedes Serrano Pérez, Profesora de derecho constitucional, UCLM (España).

a Constitutional Value, tesis doctoral en derecho en la *Faculty of Law*. University of the Free State Bloemfontein, 2008, descargable del sitio http://etd.uovs.ac.za/cgi-bin/ETD-browse/view_etd?URN=etd-03272009-095125.

88 Cfr. N. Boheler-Müller, *Some thoughts on the Ubuntu jurisprudence of the Constitutional Court*, en *Law in the Ubuntu of South Africa*, a cargo de D. Cornell, N. Muvangua, cit., p. 483 s: "Ubuntu can, and should, become central to a new constitutional jurisprudence and to the revival of sustainable African values as part of the broader process of the African renaissance (...) an attempt to move beyond a liberal conception of human rights discourse>>



