

DERECHO PENAL Y CRIMINALÍSTICA

XII Jornadas sobre Justicia Penal

Sergio

GARCÍA RAMÍREZ

Olga

ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL

Coordinadores



Vanguardia en
Ciencias Penales

Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Instituto de Formación de la Procuraduría General
de Justicia del Distrito Federal

DERECHO PENAL Y CRIMINALÍSTICA
XII Jornadas sobre Justicia Penal

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie ESTUDIOS JURÍDICOS, Núm. 208

Coordinadora editorial: Elvia Lucía Flores Ávalos
Cuidado de la edición: Miguel López Ruiz
Formación en computadora: José Antonio Bautista Sánchez

DERECHO PENAL Y CRIMINALÍSTICA

XII Jornadas sobre Justicia Penal

SERGIO GARCÍA RAMÍREZ
OLGA ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL
Coordinadores



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE FORMACIÓN DE LA PROCURADURÍA
GENERAL DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

MÉXICO, 2012

Primera edición: 20 de octubre de 2012

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

INSTITUTO DE FORMACIÓN DE LA PROCURADURÍA
GENERAL DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

4a. y 5a. cerrada de Avenida Jardín, s/n
Col. Ampliación Cosmopolita, Del. Azcapotzalco
02920 México D. F.

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-02-3708-9

CONTENIDO

Elementos para la construcción de una política de Estado para la seguridad y la justicia en democracia	1
Sergio GARCÍA RAMÍREZ	

MESA 1

Los límites de la responsabilidad penal	13
Luis de la BARREDA SOLÓRZANO	
Persona jurídica y derecho penal. Un análisis sistémico . . .	21
María Eloísa QUINTERO	
Acceso a la justicia de los migrantes irregulares en México .	35
Loretta ORTIZ AHLF	
Consideraciones en torno a la Ley de Ejecución de Sanciones Penales y Reinserción Social para el Distrito Federal .	51
Antonio SÁNCHEZ GALINDO	
Reinserción social y función de la pena	67
Jorge OJEDA VELÁZQUEZ	

MESA 2

Reformas a la Ley de Seguridad Nacional	81
Javier CORRAL JURADO	
Seguridad nacional y derecho penal	95
René GONZÁLEZ DE LA VEGA	

Justicia penal militar	113
Alejandro Carlos ESPINOSA	
Implicaciones penales de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre tratados y sentencias internacionales	123
Sergio A. VALLS HERNÁNDEZ	

MESA 3

La trata de personas en México.	135
Elena AZAOLA	
Secuestro. Tratamiento en el fuero común	147
Óscar MONTES DE OCA	
El análisis espectral aplicado a la investigación de docu- mentos.	161
María Guadalupe MARTÍNEZ FLORES	
Cibercriminalidad	171
Óscar Manuel LIRA ARTEAGA	

MESA 4

La investigación criminalística de los delitos ambientales. . .	181
Juan Alejandro VILLAFRANCO CASTRO	
El dictamen médico/psicológico especializado para casos de posible tortura y/o maltrato	185
Jorge LÓPEZ HERNÁNDEZ	
Clausura	203
Olga ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL	

Derecho penal y criminalística. XII Jornadas sobre Justicia Penal, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y el Instituto de Formación de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, se terminó de imprimir el 20 de octubre de 2012 en Cromo Editores S. A. de C. V., Miravalle 703, col. Portales, delegación Benito Juárez, 03570 México, D. F. Se utilizó tipo *Baskerville* de 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel cultural 57 x 87 de 37 kilos para los interiores y cartulina couché de 162 kilos para los forros; consta de 1,000 ejemplares (impresión *offset*).

ELEMENTOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UNA POLÍTICA DE ESTADO PARA LA SEGURIDAD Y LA JUSTICIA EN DEMOCRACIA*

Sergio GARCÍA RAMÍREZ**

En nombre de los organizadores de este encuentro académico, agradezco a ustedes su participación en las Jornadas sobre Justicia Penal correspondientes a 2011. Las Jornadas de esta especialidad constituyen un programa anual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Cuentan con apreciable arraigo, adquirido y probado a lo largo de doce años. En ese periodo nos hemos ocupado en el estudio, el debate y la difusión de grandes temas del orden penal: sustantivo, adjetivo, ejecutivo; asimismo, hemos examinado cuestiones relevantes de criminología y criminalística.

Esta tarea se ha desarrollado desde la perspectiva científica y académica, pero también desde la perspectiva práctica. Estamos conscientes de que lo que se concibe y discute en la doctrina y en el examen legislativo debe anidar en la realidad mexicana, conforme a nuestra circunstancia, a nuestras necesidades, a nuestras posibilidades y expectativas. Esta será la mayor aportación que hagan los académicos al desarrollo del país y de las disciplinas de nuestra incumbencia, que son o debieran ser factores para impulsar ese desarrollo.

* Exposición en la sesión inaugural de las XII Jornadas sobre Justicia Penal. Derecho penal y criminalística.

** Cooordinador de las Jornadas. Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Investigador Nacional Emérito del Sistema Nacional de Investigadores. Presidente de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

Por ello, hemos procurado invariablemente que coincidan en las Jornadas sobre Justicia Penal estos dos enfoques acerca de los temas analizados. Hemos sido testigos de una gran animación legislativa, mostrada a través de reformas constitucionales numerosas y muy importantes cambios a la legislación secundaria, que abarcan, inclusive, la expedición de nuevos códigos y la copiosa formulación de proyectos e iniciativas formales, de naturaleza sustantiva o adjetiva, tanto para la Federación como para muchas entidades federativas. Nos hallamos, pues, en una etapa de gran atención hacia los temas penales, que motivan y justifican estos encuentros auspiciados por el Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Como punto de inicio de las Jornadas deseo compartir con nuestro director, a quien nuevamente agradecemos su solidaridad y patrocinio, y con todos ustedes, una breve reflexión acerca de la circunstancia en la que estas Jornadas se realizan. Me refiero al contexto nacional, por una parte, y al universitario, por la otra. Se trata, en ambos casos, de un marco sugerente para el estudio de la seguridad pública y de la justicia penal. Es bien sabido por quienes me hacen el favor de escucharme, que durante el mes de junio pasado, el doctor José Narro, rector de la Universidad Nacional Autónoma de México, convocó a una conferencia internacional para examinar, con la participación de un buen número de especialistas, los problemas más apremiantes que enfrentamos en materia de seguridad pública y justicia.

Esta Conferencia Internacional, reunida en las instalaciones de la antigua Facultad de Medicina —que alguna vez también alojó al Tribunal del llamado Santo Oficio— fue oportunidad para la presentación de valiosas exposiciones y útiles intercambios de puntos de vista. Con esta base se formuló un documento elaborado, a iniciativa del rector Narro, por un grupo de académicos que recogieron las opiniones de los participantes en el evento internacional. Formamos parte de ese grupo, coordinado por el doctor Jorge Carpizo, quien había cumplido una función decisiva en la organización de la Conferencia, los profesores Luis

de la Barreda, Ernesto López Portillo, Luis Raúl González Pérez, Guillermo Silva y yo mismo.

El documento elaborado por ese grupo de trabajo constituye una aportación valiosa de la Universidad Nacional Autónoma de México al conocimiento de grandes temas nacionales, y un punto de referencia muy importante para nuestras actuales deliberaciones. Ha sido ampliamente difundido en muchos medios y está a disposición de ustedes en versión impresa y en las páginas de internet de la Universidad Nacional y del Instituto de Investigaciones Jurídicas.

El documento, denominado “Elementos para la construcción de una política de Estado para la seguridad y la justicia en democracia”, no pretende ser una propuesta acabada, una sugerencia final de política estatal en la materia que aborda. De ahí que se diga, con razonable cautela, que ofrece elementos para la construcción de una política de Estado. Así se reconoce que en concepto de los participantes en la conferencia y en la consulta posterior que se ha hecho con intensidad, no tenemos todavía una verdadera política de Estado en esta materia. Por lo tanto, se plantea la necesidad de construir esa política en forma tal que nos permita enfrentar con eficacia y con un razonable grado de consenso los temas que suscitan la seguridad y la justicia en democracia.

Desde luego, hablamos de seguridad en el más generoso de los sentidos, a un tiempo el más amplio, profundo y relevante, que es la seguridad humana. En ello ha puesto énfasis el documento, y desde luego lo puso también la conferencia que lo motivó. Hablamos, asimismo, de justicia, particularmente en el ámbito penal, aunque no sea esta la única vertiente de la justicia que debe preocuparnos, pero fue la más frecuentemente abordada en la conferencia. Y decimos además, con énfasis: en democracia.

Esta alusión a la democracia es particularmente importante. Ha formado parte de las preocupaciones de anteriores jornadas sobre justicia penal, y seguramente se hallará también en estas. En efecto, no se trata de procurar o de garantizar justicia de cual-

quier manera. Sabemos que hay muchas formas de intentar el establecimiento o el restablecimiento de la seguridad y de la justicia penal, ahí donde se han enrarecido o perdido, pero deseamos que esto ocurra —porque tal es la decisión constitucional de la nación mexicana— precisamente en democracia. Esto implica una política de seguridad y de justicia atenta a los valores y principios constitucionales que garantizan, en beneficio de la nación, el sistema democrático. Hay formas fuertemente autoritarias de plantear un régimen de seguridad y justicia. No son ellas las que propone o patrocina nuestro documento.

En seguida me permitiré mencionar muy brevemente algunos de los elementos que este documento señala para la construcción de la política sugerida. No pretendo hacer aquí una exposición detallada de la propuesta, sino solo rescatar algunos de los datos que apunta, y que son, a mi juicio, contenidos fundamentales, porque revisten notable importancia, y nos mantendrán atentos durante estas Jornadas. De todo ello oiremos y hablaremos más adelante. Formará parte de la exposición de los ponentes, cuya participación agradecemos, y de las preguntas y deliberaciones de los participantes.

Considero que en primer término podemos colocar, con toda la trascendencia que reviste, la prioridad o primacía que se ha puesto en el régimen constitucional de los derechos humanos. Insisto en esta idea: tengamos seguridad y justicia, sin abandonar por ello los derechos humanos, sin ceder a la tentación que se cifra en el falso dilema entre seguridad o derechos humanos. La seguridad es, finalmente, un componente de la democracia, y constituye un derecho humano. Esta es una consideración, entre otras varias, en que cargaron el acento la Conferencia y el documento sustentado por la Universidad Nacional, con base en aquella y en otras aportaciones.

Retorno a la reflexión en torno a la seguridad que se pretende. Los abogados solemos hablar de seguridad en diversos sentidos o con distintas connotaciones: seguridad jurídica, seguridad pública, seguridad nacional, seguridad ciudadana. Ahora bien,

el documento que estoy invocando se compromete con lo que desde hace algún tiempo se denomina seguridad humana. Esta implica el ejercicio verdadero de los derechos fundamentales del ser humano. Es en este ambiente, en este clima de ejercicio de los derechos básicos, donde se puede disfrutar realmente de una seguridad digna de este nombre.

Se menciona también la racionalidad en el uso de la fuerza. Nadie ha sostenido que el Estado no pueda o no deba emplear la fuerza de la que se halla investido para la seguridad de los ciudadanos, o dicho en otros términos, para la garantía misma de la seguridad humana. Desde la Declaración de Derechos de 1789 se ha entendido y advertido que el Estado debe contar con elementos de fuerza a título de herramienta para mantener el orden y la paz, pero el uso de la fuerza debe ser invariablemente racional. Es indispensable emplearla con mesura, acotada por ciertos principios de legalidad, necesidad, proporcionalidad, temporalidad. En fin, hay fronteras que hacen de la fuerza un instrumento de civilidad, no un nuevo factor de opresión y desorden.

Hablamos también del fortalecimiento del liderazgo civil. Ha requerido un gran trabajo de los mexicanos, un trabajo histórico cumplido por la nación y la república, consolidar nuestras instituciones civiles. No ha sido labor de algunos años, sino de siglos. Es preciso fortalecer el liderazgo civil, con respeto, sin duda, a los instrumentos de diverso orden de los que el liderazgo civil puede valerse para llevar adelante su encomienda en favor del Estado de derecho, los derechos fundamentales de los individuos y la democracia.

El documento comentado pone a la vista de los lectores y aspira a poner a la vista de todos los ciudadanos, en la medida en que logremos su más amplia difusión, la indispensable primacía de la prevención sobre la represión. En aquella se ha de cargar el acento. Esta prevención se procura por diversas vías, distintos medios o caminos. No la ejercen solamente los cuerpos encargados de la seguridad pública, las instituciones policiales. La prevención más radical y eficaz se obtiene a través del empleo

de satisfactores relacionados con los altos valores y deberes de la vida colectiva: educación, salud, apertura de horizontes y expectativas para los jóvenes.

La política de Estado que se pretende debe ser integral y transversal, es decir, debe llevarse adelante considerando los distintos espacios en los que opera propiamente una política que podemos llamar “de Estado”. Hay que cruzar todas las acciones, todas las tareas, todas las funciones del Estado y de la sociedad, coordinando y concertando fuerzas de las distintas áreas del quehacer político y del quehacer social. Esto supone —como se indica en otra parte del documento— la asunción responsable de compromisos por parte de todos los sectores de la nación.

Nadie podría ni debería sustraerse al gran esfuerzo de seguridad y de justicia. Ciertamente, no se trata de endosar a unos las cargas que corresponden a otros, sino de asumir cada quien la carga propia y desempeñarla y desplegarla en forma armoniosa y con sentido de responsabilidad, rindiendo cuentas del ejercicio de la autoridad que se ejerce o de la función que se asume. Esto involucra un desempeño transparente. La transparencia y la rendición de cuentas son pasos adelante —pero es mucho, todavía, lo que se debe avanzar— logrados por la sociedad mexicana en años más o menos recientes. No debemos retroceder. Es preciso ganar nuevos territorios en la evaluación constante y responsable de las acciones del gobierno y de la sociedad en los rubros de seguridad y justicia.

Se ha destacado la atención específica que merecen, en forma descollante, ciertos sectores de la sociedad, determinados conjuntos humanos, cuyos integrantes se hallan en situación de mayor riesgo o vulnerabilidad. Vienen al caso todos aquellos cuyo desvalimiento convoca a una observación más atenta y a un cuidado más puntual. No me refiero a pequeños grupos solamente, sino a muy amplios sectores de la sociedad, que por distintos motivos históricamente observados y reproducidos, se han mantenido en una situación de mayor vulnerabilidad y han resentido sus con-

secuencias a través de la frecuente vulneración de sus derechos o de su papel en la sociedad.

A propósito de estas tareas específicas, hay que atraer el interés y llamar al trabajo en torno a los jóvenes, niños, adolescentes, menores de edad en general. Una parte esencial de la propuesta universitaria se cifra en volver los ojos hacia la juventud, sugerir políticas relacionadas con los jóvenes, más allá de las acciones que se han adoptado en torno a estas cuestiones en años recientes o no tan recientes. Se ha insistido en que la juventud no es el problema. El verdadero problema radicaría en desatender a la juventud. El riesgo crecería, y los tropiezos serían mayores que los que actualmente tenemos. Es indispensable evitar que el horizonte más atractivo para determinados grupos juveniles sea la criminalidad. Lo es conseguir que sus expectativas y sus esperanzas sean más luminosas. A ello insta el documento de la UNAM acerca de política de Estado sobre seguridad y justicia.

En la misma línea de reclamaciones específicas y bien justificadas se encuentran las cuestiones denominadas “de género”. Tomamos nota de la desatención, la violencia, la discriminación que afecta a las mujeres, quienes constituyen, por cierto, la mayoría de la población. En este ámbito persiste la violencia, que se muestra en delitos e infracciones u otros supuestos de infortunio, que es preciso identificar, reconocer y corregir.

Otro tema principal examinado en el marco de las reflexiones y conclusiones de la Conferencia, y luego expuesto en los elementos de la UNAM, es el concerniente a la reforma en materia de justicia penal. De esto se han ocupado los ponentes y participantes en varias jornadas de la especialidad, organizadas por nuestro Instituto. Y de la misma cuestión se ocuparán las presentes Jornadas. Se trata de un tema que requiere constante, incesante examen. Ha habido numerosas reformas normativas en los últimos años, pero es preciso mantener la marcha hacia una reforma real de la justicia penal, labor en la que proliferan los retos, para utilizar una expresión muy socorrida.

La reforma real de la justicia penal se debiera proyectar en la investigación de los delitos, la procuración de justicia, el Ministerio Público —cuya autonomía resulta cada vez más necesaria, urgente inclusive—, la defensa pública, la racionalidad de la tipificación penal y la fijación de punibilidades. Nuestros códigos punitivos contemplan una notoria multiplicación de tipos penales, no siempre de la manera más adecuada y razonable, y cada vez más punibilidades excesivas que no resultan congruentes con el régimen internacional de los derechos humanos y con algunos compromisos contraídos por México.

Es preciso, ciertamente, mejorar la acción y los resultados en la gran batalla —también denominada “guerra”, con propiedad o sin ella— contra el crimen organizado, como también es necesario perfeccionar las acciones dirigidas hacia las formas tradicionales de criminalidad, las más conocidas, no por fuerza desorganizadas, que han causado por lo menos los mismos daños, o acaso mayores, que el crimen organizado.

En suma, el documento al que me estoy refiriendo, y cuya lectura sugiero, presenta algunos de los temas eminentes que vamos a estudiar en estos días de reflexión compartida. Contiene un catálogo de cuestiones relevantes a propósito del crimen, de la actuación del Estado y la sociedad en este terreno y de la inseguridad, que se ha convertido, hoy día, en el problema más grave entre los muchos que aquejan a la sociedad y al Estado mexicano.

Según estudios estadísticos y encuestas confiables, experiencias largamente compartidas, las condiciones de inseguridad en que vivimos son cada vez más severas, y requieren de nuestra parte una atención cada vez mayor, y, por supuesto, más exitosa. En esto no hemos tenido los buenos resultados que requerimos. De no alcanzarlos, tendremos una erosión cada vez más grave, que han padecido algunas instituciones del país en los últimos años. Esto vulnera nuestras expectativas y la vida y el trabajo de nuestros compatriotas, por los que debemos responder.

No abundaré en consideraciones de este carácter, muy generales. Tómense mis palabras como una suerte de introducción

preocupada a los temas que veremos a partir de ahora, inclusive los conectados con la criminalística, que constituyen un capítulo especial de estas XII Jornadas. Concluyo ya con la expresión de gratitud de la doctora Olga Islas de González Mariscal, mi distinguida colega y cocoordinadora del encuentro, y la manifestación de mi propio agradecimiento por el invaluable apoyo que hemos recibido de la dirección del Instituto de Investigaciones Jurídicas, y por la concurrencia de los ponentes y de quienes asisten a las Jornadas sobre Justicia Penal y contribuyen a la continuidad y el prestigio de este programa universitario.

LOS LÍMITES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

Luis de la BARREDA SOLÓRZANO*

Las figuras típicas que prevén los delitos —ya sea en un código penal, ya sea en otro ordenamiento— describen únicamente la conducta, y en su caso los medios de comisión, con que se lesiona el bien jurídico tutelado.

Quien realiza la conducta o los medios de comisión descritos en la figura típica es el autor material: el que priva de la vida a otro en un homicidio, el que se apodera de la cosa ajena mueble en un robo, el que daña la salud o la integridad de otro en unas lesiones.

En los tipos que contienen medios de comisión, el autor material —autor principal lo llamó Francesco Carrara— realiza la conducta y los medios de comisión previstos en el tipo, o bien hay varios autores materiales, uno —o varios— que realiza la conducta típica, y otro —u otros— que llevan a cabo los medios de comisión típicos. En la violación, por ejemplo, lo que hace delictiva la conducta de la cópula es que se obtiene utilizando la violencia física o la violencia moral, medios sin cuya presencia la cópula no sería una conducta delictuosa. Para que haya violación se requiere que se imponga al sujeto pasivo la cópula por medio de la violencia, la cual puede ejercer el mismo sujeto que copula con el pasivo o un tercero distinto del que efectúa esa cópula. En este

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM; miembro de número de la Academia Mexicana de Ciencias Penales y del Sistema Nacional de Investigadores.

último caso, ambos, el que copula y el que ejerce la violencia que vence la resistencia del sujeto pasivo, son autores materiales, porque tanto la cópula como los medios comisivos forman parte del núcleo del tipo, descrito en cada una de las figuras típicas.

También es autor material quien ejecuta la tentativa de lesionar el bien jurídico tutelado en alguna de esas figuras típicas, poniéndolo en peligro actual o inminentemente. La tentativa está prevista en la parte general del código penal. Por decirlo esquemáticamente, en la tentativa punible el autor se aproxima de manera inminente, conforme a su plan delictivo, a la lesión del bien, realizando la acción o la omisión conducentes a esa lesión, pero esta no se produce por causas ajenas a su voluntad. La conducta típica no se consuma en su totalidad, o no se inicia siquiera, pero el autor realiza actos u omisiones encaminados a la consumación.

Por otra parte, en la parte general del código penal se describen otras conductas, distintas a las previstas en cada figura típica, que van encaminadas a la lesión del bien protegido. Esas conductas son anteriores o simultáneas a las del autor material. Las conminaciones del derecho penal no pueden limitar su alcance a los sujetos que lesionan o ponen en peligro actual o inminentemente el bien jurídico. Abarcan asimismo a otros sujetos que, sin lesionar o poner directa e inminentemente en peligro el bien, realizan conductas que influyen o favorecen la del autor material. Esos sujetos encaminan sus conductas en ese sentido. Eso es precisamente lo que hace reprochable su proceder y lo que justifica plenamente que tales conductas sean también objeto de la conminación penal.

En el Código Penal Federal mexicano esas conductas —que dan lugar a otras formas de autoría y a la participación en el delito— han sido descritas en el artículo 13. Con variantes insustanciales, los diversos códigos penales del país contienen preceptos similares.

Para que esas conductas puedan ser sancionadas es indispensable que se encuentren descritas y prohibidas en la ley. Sin una disposición como la del artículo 13 tales conductas quedarían im-

punes en virtud del principio de legalidad penal: *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Solo las conductas explícitamente previstas en un texto legal son punibles. Cada sujeto activo del delito responde por su propia conducta. En el derecho penal humanitario y democrático no se responde jamás por la conducta de otro.

El artículo 13 del Código Penal Federal dispone que son autores o partícipes del delito: a) los que acuerden o preparen su realización; b) los que lo realicen por sí; c) los que lo realicen conjuntamente; d) los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro; e) los que determinen dolosamente a otro a cometerlo; f) los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión; g) los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito, y h) los que, sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo.

Con las salvedades a que me referiré a continuación, el artículo 13 es un gran acierto de sus redactores: enumera exactamente las conductas que deben ser punibles en relación con cada una de las conductas previstas en las diferentes figuras típicas.

Dos objeciones pueden hacerse al numeral. Por una parte, que señale como responsables del delito a los que acuerden o preparen su realización, pues el acuerdo, si el delito no se lleva a cabo al menos en grado de tentativa, es irrelevante jurídicamente, y la preparación del delito es una forma de auxilio o ayuda a cometerlo, lo que expresamente está previsto en otra parte del artículo 13. Por otra parte, los supuestos que se refieren a *realizar* el delito son innecesarios y redundantes, pues cada una de las figuras típicas prevé esa realización.

Fuera de eso, el artículo 13 es plausible, pues, como se ha apuntado, incluye las diversas conductas antisociales en relación con cada figura típica que ameritan la prohibición penal.

“Autor mediato” denomina la doctrina a quien se sirve de otro para cometer el delito. Servirse de otro significa utilizar o instrumentalizar a un tercero no responsable (caso de la coacción) o responsable culposo para que realice la conducta típica.

“Autor intelectual” llama la doctrina a quien determina dolosamente a otro a cometer la conducta típica. “Determinar” significa ser la causa intelectual determinante de la conducta del determinado. A diferencia del sujeto que actúa bajo coacción, el determinado actúa libremente. El autor intelectual lo persuade a actuar de esa manera con argumentos, por promesa de retribución, exaltando sus emociones, etcétera.

Cómplice es quien auxilia o ayuda dolosamente al autor material a cometer el delito. El auxilio o la ayuda es toda acción previa o simultánea a la realización de la conducta típica cuyo efecto es facilitarla.

Los que presten ayuda al delincuente con posterioridad al delito en razón de una promesa previa a su ejecución realizan también una conducta encaminada a la lesión del bien, pues esa promesa anterior al delito influye en la decisión del autor material.

La regla de que son responsables del delito quienes intervienen con otros en su comisión cuando no se puede precisar el resultado que cada quien produjo responde a la necesidad de no dejar impune el delito cometido por una pluralidad de sujetos cuando la autoría es incierta.

La diferencia entre el autor y el partícipe del delito es que el primero tiene el dominio del hecho típico; esto es, quien dirige el curso causal del hecho hacia la producción de una mutación determinada del mundo físico, a saber: la lesión del bien jurídico. En otras palabras, tiene el dominio del hecho típico el que proyecta un programa o plan racional conforme al cual calcula que se desarrollará la causalidad, y pone una causa necesaria para su éxito, sin la cual el plan no habría podido realizarse. Por tanto, son autores el autor material y el autor mediato, y son partícipes el autor intelectual y el cómplice.

La iniciativa del presidente de la República presentada en abril de este año a la Cámara de Senadores pretende adicionar el artículo 13 del Código Penal Federal introduciendo supuestos adicionales de responsabilidad penal. Se consideraría también autores o partícipes del delito a los que actúen, produciéndolo

o facilitándolo, *sin la intención directa de cometerlo*, cuando por cualquier medio tengan conocimiento o *posibilidad de conocer* que su actuación concatenada a otras conductas individuales o de grupo es idónea para que se realice; los que *no participen en su ejecución*, y sean integrantes de la organización delictiva a la que pertenece el sujeto que lo cometió; los que *no participen en su ejecución*, y permitan o contribuyan al funcionamiento de la organización delictiva a la que pertenece el sujeto que lo cometió, siempre que conozcan su naturaleza, y los que de manera idónea produzcan o faciliten su ejecución por la delincuencia organizada, *al realizar un delito diverso* y por cualquier medio se desprenda el conocimiento o *la factibilidad de conocer* la ejecución.

En la exposición de motivos, el presidente de la República indica que, al investigar la delincuencia organizada, el Estado mexicano ha detectado acciones que vistas aisladamente revisten una apariencia ajena a la delictiva, pero en realidad confluyen en la aportación de elementos para la comisión de los delitos; que en estas prácticas intervienen grupos de sujetos en las actividades delictivas que logran diluir la responsabilidad penal al realizar solamente actos que preparan o facilitan la comisión de un delito, y que, de conformidad con el régimen vigente, las acciones que preceden a la comisión de un delito grave no son consideradas delictivas, o, a pesar de ese carácter, no es posible vincularlas a la actividad de delincuencia organizada.

Añade el presidente que la iniciativa reconoce nuevos grados de participación en la comisión de delitos cuyo eje está en el conocimiento o en la posibilidad de conocer que con su ejecución se generan las condiciones propicias para que las cadenas delictivas realicen su actividad en un espacio de impunidad. Se amplía así el régimen de imputación de un delito bajo la modalidad de participación para cualquiera de los integrantes de la delincuencia organizada respecto de los delitos cometidos por otro de sus miembros.

La iniciativa observa que la intención con que se realizan conductas tipificadas como delitos tiene un papel indispensable

para la determinación de la responsabilidad penal, y propone reconocer en el elemento cognitivo del actuar la base para establecer una nueva forma de participación delictiva para *llevar al ámbito penal actos que carezcan del elemento volitivo* de pretender un resultado específico, pero que, de manera concatenada a otras conductas, resultan idóneas para producir o facilitar un delito. Se propone, entonces, sancionar por la vía penal a quienes actúen produciendo o facilitando el delito *sin la intención directa de cometerlo* cuando por cualquier medio tengan conocimiento o *posibilidad de conocer* que su actuación concatenada a otras conductas individuales o de grupo, es idónea para que se realice.

La iniciativa también propone responsabilizar penalmente a todos los miembros de una cadena delictiva de los ilícitos cometidos por alguno de sus integrantes cuando redunden en beneficio de “una organización de delincuencia organizada” (*sic*), incorporando al orden jurídico nacional la figura de *injusto colectivo*.

Asimismo, la iniciativa plantea responsabilizar por un delito a los que *sin participar en su ejecución* contribuyan al funcionamiento de la delincuencia organizada o asociación delictuosa a la que pertenece el sujeto que lo cometió siempre que conozcan la naturaleza de ese grupo.

La iniciativa presidencial, en suma, se propone hacer a una persona penalmente responsable: a) del delito cometido por otra aun sin haber tenido intervención intencional alguna ni conocimiento de que se planeaba cometer ese delito, si tuvo la posibilidad de conocer que su actuación, concatenada a otras conductas, era idónea para facilitar el delito; b) del delito cometido por otro si se es miembro de la misma organización criminal; c) del delito cometido por otro si se contribuyó al funcionamiento de la organización delictiva a la que pertenezca el autor, y d) del delito cometido por otro si se facilitó su ejecución al realizar un delito diverso cuando se desprenda el conocimiento o la factibilidad de conocer la ejecución.

Las formas de responsabilidad penal propuestas rompen con principios básicos del derecho penal humanitario al hacer partí-

cipe de un delito, en la modalidad de complicidad, a quien no auxilió dolosamente a la comisión del delito, y al establecer responsabilidad penal de un sujeto por los delitos cometidos por otros.

En la primera de esas formas de responsabilidad penal se está creando la monstruosa figura de cómplice culposo inconsciente.

El taxista que traslade a un hombre a determinado sitio sin saber que el pasajero pensaba en ese sitio cometer un asalto junto con un compinche que lo esperaba allí, aunque jamás le hubiera pasado por la mente que se iba a perpetrar tal asalto, será responsable de los delitos cometidos por ese par de delincuentes, porque tuvo la posibilidad de adivinar, si hubiera echado a volar la imaginación, que eso podría ocurrir.

El oficinista que le presta dinero a un compañero de trabajo porque este le asegura que no tiene para comprar una medicina cara para su hijo, responderá del robo cometido por el embaucador si este utiliza la cantidad prestada en comprar una navaja para perpetrarlo, pues el oficinista compasivo pudo haber imaginado que lo que su compañero quería era comprar el arma blanca para apoderarse de la cartera de un transeúnte amenazándolo con el instrumento. El vendedor de la navaja será asimismo responsable de ese robo, porque pudo representarse en la mente que la navaja podría tener ese mal uso. Las conductas del oficinista de buen corazón y la del vendedor, concatenándose, facilitan el robo, por lo que uno y otro son responsables de este, lo mismo que el ladrón.

En la segunda de esas formas de responsabilidad se ignora un principio básico del derecho penal humanitario y democrático: penalmente nadie responde más que de su propia conducta, jamás de la de terceros. El individuo que pertenezca a una banda criminal es penalmente responsable precisamente del delito de pertenencia a una banda criminal. El individuo que contribuya al funcionamiento de una banda criminal es responsable de esa contribución. El individuo que cometa cierto delito que facilite la ejecución de otro delito, sin que él supiera al cometerlo que así sería, es responsable solo del delito que cometió.

Los gobiernos democráticos no han recurrido a esa figura que la exposición de motivos denomina “injusto colectivo” ni siquiera para perseguir penalmente a grupos terroristas. A quien se le demuestra que pertenece a uno de esos grupos se le condena precisamente por su pertenencia al grupo, no por los delitos cometidos por todos y cada uno de los integrantes de la asociación. Hay una diferencia de magnitud criminal enorme entre pertenecer a una banda de delincuentes sin participar en ningún crimen sangriento, y poner una bomba en un centro comercial asesinando o mutilando a decenas de personas.

Una cosa es crear las normas que prohíban las diversas conductas antisociales que aún no están previstas por la ley y establecer punibilidades proporcionales a la gravedad del delito, y otra, muy distinta, ensanchar el ámbito de la responsabilidad penal a tal punto que el ensanchamiento permita que se culpabilice a un sujeto por un auxilio que no imaginó que estaba prestando o por la conducta de otro.

Quiero reiterarlo: en el derecho penal humanitario nadie es culpable más que de su propia conducta. El autor intelectual, el cómplice y el autor mediato son responsables de su propia conducta: determinar a otro a cometer un delito, servirse de otro para cometer un delito, auxiliar a otro a cometer un delito, *siempre dolosamente*.

Concluyo con la postura que respecto de esta iniciativa asumió la Academia Mexicana de Ciencias Penales: la delincuencia debe enfrentarse con firmeza, pero sin transgredir principios del derecho penal ilustrado y democrático, aquel que surgió en el Siglo de las Luces en oposición a la Inquisición.

PERSONA JURÍDICA Y DERECHO PENAL UN ANÁLISIS SISTÉMICO

María Eloísa QUINTERO*

SUMARIO: I. *Las sociedades modernas*. II. *Responsabilidad de la persona jurídica. Importancia y estado del arte*. III. *En síntesis*.

En los próximos minutos examinaremos la factibilidad y legitimidad de la aplicación del derecho penal al ámbito de las personas jurídicas. Haremos el análisis desde una perspectiva sistémica. Pero primero consideramos necesario realizar un pequeño paréntesis y aclarar que esta ponencia parte del estudio de las sociedades actuales, y en ellas centra el tema.

I. LAS SOCIEDADES MODERNAS

Antes de argumentar y contraargumentar sobre la responsabilidad de la persona jurídica deberíamos preguntarnos qué conceptos de sociedad, norma y persona hemos adoptado, pues ello aclararía muchas divergencias y coincidencias que vayamos encontrando. No es cometido de esta ponencia profundizar sobre cada uno de ellos; sin embargo, dedicaremos unos minutos al primero: sociedad.

Las sociedades actuales distan enormemente de aquellas descritas por las doctrinas de los siglos XIX y XX. La dimensión, com-

* Profesora-investigadora en el Instituto Nacional de Ciencias Penales (Inacipe).

posición, estructura jerárquica, y las “contingencias” que presentan han llevado a que las mismas sean caracterizadas como “modernas” y “complejas” —hablando en sentido luhmaniano—. Y ello así porque mientras en las premodernas se pretendía negar en gran medida la contingencia de las selecciones de sentido, apoyándose para ello en prácticas y semánticas fundamentadas en la divinidad, en las sociedades de hoy se aprecia una nítida diferenciación entre lo normativo y lo cognitivo. Las mismas ya no son concebidas como comunidades perfectas que proporcionan a sus partes (los individuos) una autorrealización plena. Antes bien, se muestran como una muy diferenciada y abstracta red comunicativa.

Consecuentemente, tanto desde la sociología como desde el derecho penal, se abandona poco a poco la noción de intersubjetividad para comenzar a valorar la dimensión sistémica. En este devenir, el lugar tradicionalmente reservado al sujeto es ocupado hoy por los sistemas autorreferenciales; así como el concepto de “persona” ha sido precisado tras la clara distinción que se hace entre este e individuo. Es este el contexto actual de la ciencia, son estas las bases que nutrirán nuestra ponencia.

II. RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA. IMPORTANCIA Y ESTADO DEL ARTE

En México, el titular del Ejecutivo Federal presentó una iniciativa¹ en la que propone un artículo 11, que expresa:

Las personas jurídicas de naturaleza privada, serán responsables de los delitos que se cometan con sus propios medios o con los que ellas proporcionen, de modo que resulten cometidos a nombre o bajo su amparo y en beneficio de ésta, cuando sean realizados por sus representantes legales, quienes tengan facultades para obligarlas en términos de las disposiciones aplicables, o por quienes se ostenten como tales.

¹ Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Penal Federal y del Código Federal de Procedimientos Penales.

La responsabilidad de la persona jurídica de naturaleza privada será autónoma de la responsabilidad penal de sus representantes legales, quienes tengan facultades para obligarlas o de quienes se ostenten como tales, y subsistirá aún cuando se presente alguna de las causas de extinción de la responsabilidad penal previstas en este Código que resulten aplicables para las personas físicas, o por las que se suspenda el procedimiento, en términos del Código Federal de Procedimientos Penales.

La decisión exteriorizada concuerda con la tendencia que ha llevado a diversos países a aceptar la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Así, Holanda, Chile, España, por mencionar algunos ejemplos.

También los organismos internacionales se han expresado en este sentido. A modo de ejemplo, la Directiva de la Unión Europea sobre Trata de Personas y Protección a Víctimas² señala y obliga a los Estados miembros a que adopten las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables penalmente por ese tipo de ilícitos.³

Todo esto se explica por diversos motivos. Desde una perspectiva pragmática, podríamos remarcar tres grandes razones que nos orillan a afirmar la necesidad de reconocer la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En primer lugar, podemos remarcar que el reproche penal de la persona jurídica se torna oficioso en virtud del innegable *papel que tienen en nuestra sociedad*. Las agrupaciones civiles y comerciales, las estructuras empresariales, los partidos políticos, entre otros, son sin duda quienes determinan comúnmente el mercado, la información, y hasta el curso de la política actual. Ingenuo resultaría hablar de contaminación ambiental, fraudes fiscales, delitos electorales, responsabilidad por deficiencias en el producto y de-

² Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la prevención de las víctimas, y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo.

³ Véanse artículos 5 y 6 de la Directiva 2011/36/UE.

más, sin referir —principal o tangencialmente— al proceder de ciertas personas jurídicas.

En segundo lugar, es importante reconocer la responsabilidad de la persona jurídica, pues de esta forma se allanaría el camino para *descubrir al autor dentro de la empresa*. Dicho con otras palabras, y como es sabido, las actuaciones sociales se entrelazan con tal complejidad que muchas veces las estructuras empresariales, lejos de brindar una clara distribución de funciones, brindan el marco ideal para que el autor se oculte, esfume, disuelva en el interior de la persona jurídica. Delimitando actuaciones entre la persona colectiva y la persona individual, y por ende responsabilidades, se podría llegar a la consecuente punición de uno, otro u ambos, según corresponda.

En tercer lugar, otra razón que abona —pragmáticamente— para que se sancione a las personas jurídicas es *la dimensión que adquieren ciertos daños y su reparación*. Por brindar algunos ejemplos, piénsese en casos de contaminación ambiental, fraudes masivos, daños producidos por productos defectuosos, o accidentes aéreos. En muchos casos el sistema se ve casi impelido a reconocer la responsabilidad de la persona jurídica, ya que la responsabilidad individual se muestra notoriamente insuficiente, y no permite llegar a una reparación integral del daño.

Hemos brindado hasta aquí algunas razones que resaltan la relevancia del tema. Sin embargo, ninguno de los argumentos esbozados fundamenta la responsabilidad penal de la persona jurídica. En otras palabras, los razonamientos brindados hablan desde lo pragmático y lo útil, pero no responden el cuestionamiento inicial: ¿pueden las personas jurídicas ser sujetos de reproche penal? Las respuestas que ha dado la doctrina han sido dispares.

Tradicionalmente se ha entablado la discusión en torno a dos argumentos centrales: 1) la falta (o presencia) de capacidad de *acción*, y 2) la falta (o presencia) de capacidad de *culpabilidad* en las personas morales o jurídicas.

También se ha afirmado que aceptar la posibilidad de sancionar penalmente a la persona jurídica implica violar el principio

de personalidad de la pena, pues —según dicen— uno es siempre el sujeto que actúa (persona física), mientras otro se convierte en el destinatario de la sanción (persona jurídica). Señalan asimismo que la punición de personas jurídicas llevaría a la violación del principio *non bis in idem*, como así ignorar la falta de capacidad de pena que estas detentan, entre otros.

Argumentos como estos han llevado a que los dogmáticos se dividan en tres grandes grupos: 1) aquellos que entienden que las personas jurídicas nunca podrían recibir reproche penal; 2) quienes vislumbran alguna posibilidad de imputación siempre que se adecuen y/o reformulen los conceptos de acción y/o culpabilidad, o bien, se haga uso de algún tipo de ficción jurídica, y 3) los que no solo negamos que la persona jurídica sea incapacidad desde el punto de vista penal, sino que postulamos su punibilidad.

En otras palabras, y haciendo un paralelo con la gráfica expresión que al hablar de omisión acuñó Radbruch, podemos decir: 1) un gran sector afirma que la persona física y la persona jurídica son, desde la perspectiva penal, como “A y no A”, y por ende, su posición frente al derecho no puede ser la misma. Por otro lado (2), hay quienes intentan una reconciliación entre ambos sujetos, sin negar la diferencia radical que se evidencia entre ellos. En este sector doctrinal podemos encontrar posturas muy divergentes; desde nuestra perspectiva, existen dos grandes subgrupos: a) aquellos que pugnan por un modelo “ficticio” de imputación, como por ejemplo, la teoría de la representación, y b) aquellos que apuestan a la reformulación del principio de culpabilidad. Por último (3), existe un sector doctrinal minoritario, sector que aspira superar el plano óptico diferenciador (“A y no A”), para advertir que desde lo normativo no existe tal diferencia, y por ello también en casos de personas jurídicas se debe atribuir responsabilidad penal.

Un análisis detallado de cada tendencia supondría mucho más que una conferencia; sin embargo, y con objeto de completar esta pequeña síntesis, haremos referencia a los puntos de discusión que —desde nuestra perspectiva— son más relevantes.

Como se podrá adivinar, son mayoría los autores que afirman que los únicos sujetos susceptibles de imputación penal son las personas físicas. Ergo, en relación con las personas jurídicas rige el famoso apotegma *societas delinquere non potest*.

A los partidarios de dicha afirmación los podemos encontrar —con variados y divergentes fundamentos— tanto en la cuna de las posturas más ontológicas como también en ámbito normativo funcional. Incluso el profesor Günther Jakobs podría ser enlistado en este grupo. A saber, conforme a Jakobs, culpabilidad es la “falta imputable de fidelidad de la norma”;⁴ en otras palabras, la imputación de un posicionamiento frente a una norma. Una toma de postura de estas características presupone —en palabras del profesor— una conciencia que se representa en el plano de la comunicación como capaz de aprehender el significado de la norma hacer la norma parte de uno mismo, o, por el contrario, errarla —de forma imputable—. Y por ello expresa el autor que “únicamente una persona a quien se le adscribe una conciencia propia competente en el plano comunicativo puede comportarse de forma culpable...”.⁵ Siendo ello así, la referencia a la autoconciencia no es problemática cuando de personas físicas se trata, pero importa una tarea dificultosa en caso de personas jurídicas. Por ello es que el profesor Jakobs termina aseverando: “...una persona jurídica no puede desautorizar la norma: no puede desempeñar el rol de un autor penal por carecer del equipamiento suficiente”;⁶ es decir, carece de *autoconciencia*, pues la persona jurídica necesita de las personas físicas para que estas actúen por ella.⁷

⁴ Jakobs, Günther, “¿Punibilidad de las personas jurídicas?”, en Montealegre Lynett, Eduardo (coord.), *Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, t. I, p. 338.

⁵ *Idem*.

⁶ *Ibidem*, p. 342.

⁷ Son interesantes las argumentaciones que esgrime el profesor; en respuesta a ello se han dado precisos contraargumentos. Me refiero al trabajo de Guillermo Orce, al cual me remito. Orce, Guillermo, “Responsabilidad de las personas jurídicas”, en Montealegre Lynett, Eduardo (coord.), *Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, t. II, 2003.

Sin duda los argumentos para negar la responsabilidad de la persona jurídica son atractivos y vigentes. Antes de dar respuestas a ellos, analizaremos tres tópicos que consideramos básicos en la argumentación:

1. *¿Conciencia o comunicación?*

Como lo adelantamos, gran parte de los debates parten de la siguiente afirmación: “únicamente una persona a quien se le adscribe una *conciencia propia* competente en el plano comunicativo puede comportarse culpablemente...”.⁸ Y en virtud de ello, dada la imposibilidad de aprehender una conciencia propia en la persona moral, algunos niegan la responsabilidad de esta, mientras otros intentan esbozar “soluciones” ante esa falta de conciencia. En ese último sentido, se ha propuesto considerar que la *conciencia* del órgano (y sus miembros —personas físicas—) pase a la persona jurídica, para luego realizar la imputación pertinente a esta última.

Consideramos que lo propuesto es un artilugio jurídico, mas no una solución. Ya otras veces se ha incurrido en prácticas dogmáticas parecidas. Por citar solo un ejemplo: en el ámbito de la omisión, cuando campeaba la idea de la causalidad como fundamento de imputación, se hizo necesario justificar la punición de la omisión pese a que esta *per se* no importa “causación”. En otras palabras, indiscutiblemente la acción (aventar al niño a las vías del tren en el momento en que la máquina está pasando) causa algo; mas la omisión (impedir que el niño a cargo se acerque y caiga en las mismas vías del tren), por sí no causa el resultado. Por ello es que entonces se ideó la tesis de la causalidad hipotética, para así poder reprochar el resultado aun cuando no había tal. Es este un ejemplo de los tantos artilugios jurídicos que —desde la doctrina— se han ideado. Hay muchos otros, pero todos tienen

⁸ Jakobs, “¿Punibilidad de las personas jurídicas?”, *Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en derecho penal, cit.*, p. 338.

un denominador común: se crean, en definitiva, para no reconocer la inoperancia del postulado que los nutre.

En la actualidad presenciamos la misma situación: los doctrinarios remarcan que la persona jurídica no tiene consciencia —en sentido tradicional—; entonces proponen que se entienda que esta le es “prestada” por los miembros de su órgano. Una vez más, se crea un artificio en lugar de reconocer que el postulado del que se parte es errado.

No ajeno a estas y otras circunstancias, Jakobs concluye sosteniendo que “[l]a personas jurídicas... son,... desde luego personas, pero no precisamente, personas penales activas”,⁹ y ello porque en el caso de las personas jurídicas difícilmente se le podría adscribir una consciencia propia comunicativamente competente.

La conclusión del profesor sorprende. Él, como muchos otros, hace referencia a la “consciencia”; con mayor precisión, habla de “consciencia comunicativamente competente”. Entonces nos preguntamos: ¿por qué esa necesaria referencia a un elemento natural (a un elemento que es “entorno”) como la *consciencia*? ¿Por qué conservar el concepto de *consciencia* (como expresión de la voluntad del sujeto) al fundamentar cuándo puede un sujeto expresar un sentido de fidelidad a la norma, si, en una explicación sistémica de lo social, la “consciencia” se diluye en la comunicación, dado que ya no es sujeto, ni la persona la que comunica, sino la propia comunicación?

Siendo ello así, negamos que debamos hablar y debatir en torno a la presencia o ausencia de consciencia. Brindaremos algunas razones.

- a) El propio Luhmann señala textualmente: la constitución de los sistemas sociales —en este caso, agregamos nosotros, el derecho—,... no son expresión de una apertura de las consciencias, sino más bien, lo contrario. La socialidad de la consciencia no puede ser ya entendida como uni-

⁹ Jakobs, “¿Punibilidad de las personas jurídicas?”, *Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en derecho penal*, cit., p. 336.

dad, sino como diferencia, y en cuanto a esta última, es condición eventual que la conciencia se pueda encontrar a sí misma (o sea, establecer su identidad). Siendo ello así, nos preguntamos ¿por qué seguir hablando de conciencias?

- b) Por otro lado, debemos recordar lo siguiente: cuando Luhmann propone abandonar los conceptos tradicionales de acción social, lo hace tras remarcar en estas consideraciones críticas más que loables. Mencionaremos solo dos:

En primer lugar, los conceptos tradicionales de acción consideran al sujeto por sobre la acción, y esto lleva a que esta última dependa (en forma y esencia) del primero. Por eso Luhmann reprueba todo concepto de acción social que dependa y se derive del sujeto. El concepto de acción —dice el autor— tiene que ir más allá de simples consideraciones antropológicas y psicológicas.

En segundo lugar, los conceptos tradicionales de acción son de escasa complejidad, y por ende no conciben con la complejidad de “lo social” ni sirven para reducir la complejidad que debe enfrentar.

Por estas y otras múltiples razones, propone el sociólogo abandonar las concepciones tradicionales de acción social, ya que —conforme remarca— las acciones se entienden solo como imputación de comunicaciones. La comunicación pasa a explicar, fundar y reproducir la sociedad. Mientras el ser humano —y sus mecanismos— son tratados como un tipo de sistema junto con los sistemas vivos y los sociales.

- c) Si la dogmática penal recurre a la *conciencia*, y al papel de esta como elemento de expresión de una voluntad (fiel o no a la norma), con ello se está regresando al plano de los actos del ser humano, incluso al plano de las acciones sociales en el sentido tradicional, y, por ende, abandonamos parcialmente el plano de la comunicación. Ello implica una incoherencia dentro de la concepción sistémica del

derecho; es decir, un aspecto difícil de explicar en posturas como las de Jakobs, posturas que se basan en la comunicación.

- d) Por último, tampoco entendemos por qué debemos seguir hablando de consciencia, máxime si se tiene en cuenta que “...a la conciencia sólo le caben dos posibilidades: la participación en la comunicación y la observación”.¹⁰

Para ser más claros: el concepto de comunicación luhmanniano se compone de tres *selecciones*: “información”, “participación” y “comprensión”. Es decir, comunicación como: 1. unidad de información, 2. acto de comunicar: participación (*Mitteilung*), y 3. acto de entender: comprensión (*Verstehen*). Esto quiere decir que en cada proceso comunicativo, dada la información, alguno tiene que tomar la decisión de hacer saber, mientras algún otro tiene que comprender¹¹ estos procesos (incluyendo la diferencia entre información y participación). De darse estas selecciones,¹² estaremos recién en presencia de la comunicación, pues la comunicación es la emergencia de una síntesis de las tres selecciones (información, participación y comprensión).¹³

Siendo ello así, la conciencia podría participar en la comunicación, y en la observación, pero de manera eventual. En otras palabras, podría darse su participación en la comunicación, mas no es parte esencial de sus selecciones, ni mucho menos, la conciencia es la comunicación en sí. Ergo, ¿por qué seguimos requiri-

¹⁰ Luhmann, Niklas, *Complejidad y modernidad. De la unidad a la diferencia*, Madrid, Trotta, 1998, p. 13

¹¹ Por *comprensión* se entiende “... la forma particular del observar, adecuada a la dimensión social...; esta requiere de la observación con ayuda de la diferenciación entre sistema y entorno, y que se conciba al sistema que ha de comprenderse como un sistema que se orienta, pleno de sentido, hacia su entorno”. Luhmann, Niklas, *Sistemas sociales*, Barcelona, Anthropos, 1998, p. 101.

¹² Luhmann necesita de un medio para representar todas las posibilidades de selección necesarias al momento de comunicar, y ese medio es el sentido (*Sinn*)

¹³ Luhmann, *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*, Madrid, Trotta, 1998, p 42; *Sistemas sociales, cit.*, p. 148.

riendo la presencia de conciencia al evaluar quién puede y quién no puede ser merecedor de reproche o imputación. Es esta otra inconsistencia en la que incurren, incluso, aquellos que adoptan una visión sistémica.

2. *Persona jurídica y comunicación*

Desde una perspectiva sistémica, lo que al derecho le concierne es la determinación de la fidelidad a la norma que acarrea cierta *comunicación*.¹⁴ Siendo ello así, la pregunta clave sería: ¿pueden las personas jurídicas ser parte integrante de alguna de las selecciones de la comunicación?

En nuestro sistema, la persona jurídica es una autoorganización reconocida por el derecho,¹⁵ un sistema organizacional que se autodescribe como un sistema de acción.¹⁶ Así, y como tal —sistema de acción—, cada empresa toma decisiones comerciales, firma contratos, adopta campañas publicitarias o estrategias de mercado, asume decisiones de riesgo, paga impuestos y realiza los demás actos sociales propios de su personalidad. Es que no caben dudas de que las personas jurídicas con sus acciones, sus actos, participan en la comunicación. Tampoco se cuestiona que en cada una de esas actuaciones sociales se comunica claramente el sentido deseado. Lo contrario, es decir,

¹⁴ Ciertamente es que ni el individuo ni la persona física comunican, sino que es la comunicación la que comunica. El ser humano y lo social son entidades autónomas. Conforme la postura sistémica funcional de la cual hemos partido, los seres humanos —sus procesos psicofísicos como tal— no pueden ser parte o elementos de los sistemas sociales, no pueden “...formar parte del sistema, sino que pertenece al entorno de éste”, y ello es así porque cada uno es parte de una esfera diferente, cada uno actúa con base en principios diversos: el uno *consciencia* y el otro *comunicación*. Ahora bien, ello no obsta a que con sus actos sean parte de las selecciones de la comunicación.

¹⁵ En ese sentido, Orce Guillermo, “Responsabilidad de las personas jurídicas”, *Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en derecho penal*, cit.

¹⁶ Teubner, Gunther, *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*, Lima, Ara Editores, 2005.

negar la participación de la persona moral en la comunicación, importa afirmar que la persona jurídica no es un agente social; en otras palabras, no es parte de lo social. Pero ¿acaso no le hemos reconocido jurídicamente? ¿Acaso dicho reconocimiento no implica admitir su papel como agente en lo social? Ello sin duda.

Consideramos que la persona jurídica puede participar de una comunicación que respete a la norma, pero también que la ponga en entredicho. De ser el caso, de darse un acto social que comunica una infidelidad a la norma, un no respeto, estamos sin duda ante la presencia de un delito, lo cual no podemos obviar.

Como literalmente Luhmann señala “Sea como fuere, trátense de seres humanos individuales o de organizaciones, el sistema jurídico está obligado a ajustar su autodescripción a un entorno en el que los sistemas autorreferenciales producen turbulencias que no pueden controlarse desde ninguna posición y que, con mayor razón, no pueden ordenarse jerárquicamente”.¹⁷

¿Podemos escapar al ajuste requerido en torno a las turbulencias que producen los sistemas? ¿Podemos dejar de reaccionar frente a la desviación que importan una acción con clara expresión de sentido (comunicación) de infidelidad a la norma, por provenir esta de una persona jurídica? Desde luego que no. Y no solo no podemos, sino, que en respeto a la vigencia del derecho, estamos compelidos a ello. Pasaremos a explicar este punto.

3. Vigencia del derecho (realidad de derecho)

¿Por qué es necesario reconocer la comunicación contraria a derecho emitida por las personas jurídicas? ¿Por qué debemos asumir su consecuente penalización? Porque no solo la prevención del injusto, sino la sanción del mismo hacen a la vigencia del derecho. Y en el caso, está claro que la persona jurídica comunica y, en su comunicación, muchas veces decide no respetar

¹⁷ Luhmann, *El derecho de la sociedad*, México, Universidad Iberoamericana, 2002, p. 611.

la norma. En otras palabras, las empresas pueden decidir pagar impuestos o no hacerlo, respetar derechos del trabajador, o violar cada uno de ellos; adecuarse a los estándares de seguridad, o poner en peligro o lesionar las garantías de los otros; y en todas esas acciones puede darse una comunicación delictiva. Ello es innegable. Sin embargo, nuestro sistema no reacciona. No solo omitimos señalar las comunicaciones como “delitos”, sino que tampoco les aplicamos sanción.

¿Por qué hacemos eso? Porque partiendo desde lo ontológico, remarcamos la diferencia, la calificamos como infranqueable. Dejamos así que el entorno (óntico) defina al sistema (normativo). Ello es un gran error. En todo sistema la elección de una u otra distinción (en este caso, la que se pretende realizar en torno a la persona jurídica) “...nunca viene determinada por el entorno, sino que siempre es construcción del sistema. El entorno no contiene información alguna acerca de qué distinciones utilizar para observarlo”.¹⁸ En otras palabras, el propio sistema (en el caso, derecho penal) es el que debe ser capaz de manejar su *complejidad*, o sea, determinar los aspectos del ambiente que son relevantes para sus propias operaciones, y, a través de estas, para la constitución de sus propios elementos.¹⁹ Entonces, responsabilizar a las personas jurídicas ¿es una opción? Sin duda que no. El reconocer la responsabilidad penal no es atropello a las capacidades de la persona jurídica ni una opción de política criminal ni una medida utilitaria. La responsabilidad penal de la persona jurídica, más allá de lo ya expresado, se evidencia propia y autorreferencial.

III. EN SÍNTESIS

No se trata de negar la diferencia entre persona física y persona moral (“A y no A”), sino por el contrario, de superar el estadio de análisis para pasar un nivel normativo.

¹⁸ Luhmann, *Complejidad y modernidad*, cit., p. 12.

¹⁹ *Ibidem*, p. 13.

Como ya se dijo en relación con “acción/omisión”, lo penalmente relevante no son las diferencias fenotípicas, sino genotípicas. Lo importante es advertir si las discrepancias existentes pueden ser funcionalmente equivalentes. Esas son las conclusiones a las que arribamos en el ámbito de los delitos de omisión. Lo mismo sucede en el caso de la persona jurídica y en el de la persona física cuando de imputación penal se trata.

Construir conceptos penales funcionalmente equivalentes es tanto como reconocer la divergencia subyacente. Dicho con otras palabras, la diferencia se da en entorno y no *per se* en el sistema. Siendo ello así, construir el sistema con base en determinaciones del entorno, es lo que nos parece inapropiado.

La persona jurídica comunica, y ante esa comunicación debe reaccionar el sistema. Entendemos que los conceptos tradicionales del derecho penal han sido moldeados con base en la problemática de la responsabilidad individual. Y por ello, forzoso es reconocer cuánto camino resta por recorrer. No obstante, al asumir la problemática que nos ocupa (responsabilidad o no de la persona jurídica) consideramos necesario no olvidar lo que en el campo de la omisión, la comunicación y la pena hemos aprendido. Sirvan estas líneas como una invitación a retomar el debate, pero sin reiterar los errores que hemos descrito.

ACCESO A LA JUSTICIA DE LOS MIGRANTES IRREGULARES EN MÉXICO

Loretta ORTIZ AHLF*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Instrumentos internacionales obligatorios para México que regulan la libertad de circulación y residencia.* III. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

En México, la equiparación entre nacionales y extranjeros resulta evidente si se parte del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), que establece que todo individuo que se encuentre en territorio nacional goza de las garantías que otorga el capítulo I, título I, de la Constitución. A pesar de esa equiparación entre los nacionales y los extranjeros, la legislación secundaria atinente al estándar mínimo de derechos de los extranjeros es contraria a la CPEUM y a los tratados celebrados por México. Desgraciadamente, la jurisprudencia sobre la materia mantiene los conceptos de violación tanto de normas constitucionales como de los tratados en materia de derechos humanos celebrados por México.

* Licenciada en derecho por la Escuela Libre de Derecho; doctora por la Universidad a Distancia de España. Es profesora de la Escuela Libre de Derecho desde hace treinta años, y de la Universidad Iberoamericana.

1 *Conceptualización de inmigrante irregular en el sistema jurídico mexicano*

La Ley General de Población (LGP), en su artículo 44 precisa que “inmigrante es el extranjero que se interna legalmente en el país con el propósito de radicarse en él, en tanto adquiere la calidad de inmigrado”.¹ Con base en la anterior definición puede conceptualizarse al inmigrante irregular como el extranjero que se interna a México ilegalmente.

Los requisitos para internarse legalmente a México, de conformidad con el artículo 62 de la LGP, son los siguientes:

- I. Presentar certificado de buena salud física y mental, expedido por las autoridades del país donde proceden, en los casos que fije la Secretaría de Gobernación;
- II. Ser aprobados en el examen que efectúen las autoridades sanitarias;
- III. Proporcionar a las autoridades de migración, bajo protesta de decir verdad, los informes que les sean solicitados;
- IV. Identificarse por medios idóneos y auténticos, y en su caso acreditar la calidad migratoria;
- V. Presentar certificado oficial de antecedentes expedido por la autoridad del lugar donde hayan residido habitualmente en los casos que fije la Secretaría de Gobernación;
- VI. Llenar los requisitos que se señalan en sus permisos de internación.

2. *Jurisprudencia del Poder Judicial Federal*

A. *Legal estancia y acceso al amparo*

A pesar del artículo 1o. constitucional, no sujeta el ejercicio de las garantías individuales a gozar de legal estancia en el país y

¹ Artículo 44, Ley General de Población, publicada en el *DOF* del 26 de diciembre de 1990; última reforma publicada en el *DOF* del 8 de noviembre de 2006.

de que los tratados celebrados por México exigen que se garanticen de manera efectiva a toda persona dentro de la jurisdicción del Estado mexicano los derechos humanos regulados en dichos instrumentos internacionales, la Suprema Corte de Justicia de la Nación niega el derecho de audiencia a un inmigrante bajo el argumento jurídico de que este goza de expectativas de derechos.

EXTRANJEROS. LOS ARTÍCULOS 37 Y 60 DE LA LEY GENERAL DE POBLACIÓN, ASÍ COMO LOS NUMERALES 106 Y 139 DE SU REGLAMENTO, RESPETAN LA GARANTÍA DE AUDIENCIA.

El derecho de audiencia contenido en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos implica dar al gobernado la oportunidad de ser escuchado, es decir, de ofrecer y desahogar pruebas dentro de los procedimientos en que se involucran sus derechos adquiridos. Ahora bien, un derecho adquirido conlleva la introducción de un bien, una facultad o un provecho en el patrimonio o esfera jurídica de una persona, mientras que una expectativa de derecho supone la pretensión o esperanza de que se realice una situación determinada que posteriormente genere un derecho, es decir, el primero constituye una realidad y la segunda corresponde a algo que en el mundo fáctico no se ha materializado; por lo que si una ley o acto concreto de aplicación no afecta derechos adquiridos sino simples expectativas de derecho, no transgrede el aludido derecho constitucional. En ese sentido, se concluye que los artículos 37 y 60 de la Ley General de Población, así como los numerales 106 y 139 de su reglamento, al establecer que la Secretaría de Gobernación puede negar a los extranjeros la entrada, permanencia o regreso al país, o el cambio de calidad o característica migratoria, entre otras causas, cuando estime que se infringió la Ley, su Reglamento, u otras disposiciones administrativas aplicables en la materia y que para poder ejercer otras actividades además de las que les haya sido expresamente autorizadas, los extranjeros requieren permiso de la mencionada dependencia, respetan la garantía de audiencia, por tratarse de expectativas de derecho. Esto es, si un extranjero tiene una determinada calidad o característica migratoria distinta, el derecho adquirido es sólo respecto a la ya otorgada por la Secretaría de Gobernación y no en relación con la que pretende

obtener, de ahí que al no tratarse de un derecho incorporado a su esfera jurídica, las referidas disposiciones no menoscaban derecho fundamental alguno.²

La anterior argumentación jurídica vulnera los derechos humanos del inmigrante, contradice el artículo 1o. constitucional y los tratados celebrados por México.

El amparo en revisión 10/2008 precisa:

Es cierto que el artículo 33 constitucional dispone que los extranjeros tienen derecho a los derechos constitucionales que otorga el Capítulo I, Título Primero de la Constitución General de la República, y por ende, en principio gozan del derecho a la igualdad, pero lo cierto es que, tal situación no implica que en la Constitución, no se reconozca la diferente situación jurídica y de hecho que existe entre los mexicanos y los extranjeros, pues de los artículos transcritos se advierte que el propio Constituyente estableció tal distinción, al determinar por un lado la calidad de mexicano y por otro la de extranjero... si la igualdad consiste en que a igual situación de hecho debe corresponder igual trato, y viceversa, a situaciones desiguales trato diverso.

En ese sentido, es cierto que los artículos reclamados introducen un trato diferenciado para los extranjeros, pues sólo son ellos a quienes se les otorga la autorización para tener una cierta situación migratoria y no a los nacionales, sin embargo, ello es así, porque las situaciones jurídicas entre ambos son desiguales, ya que desde el punto de vista jurídico (por así disponerlo la Constitución) existe diferencia entre un nacional y un extranjero, por ende es lógico que ante una diversa situación jurídica corresponda un diferente tratamiento, es decir si uno de los sujetos a quien está dirigida la norma no cuenta con la calidad de mexicano, no es jurídicamente factible que se le trate como tal.

Lo anterior es así, porque colocarse en absoluta igualdad a los extranjeros y a los nacionales, la distinción prevista en los artículos 30 y 33 de la Constitución Federal, no tendría razón de ser

² Amparo en revisión 11/2008 del 6 de febrero de 2008, núm. de registro 169,922, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXVIII, septiembre de 2008, tesis 1a., XC/2008, p. 206.

de donde se sigue que la desigualdad de trato establecida en los artículos 37 y 60 de la ley general de Población, así como 106 y 139 del Reglamento de la Ley general de población no es artificiosa ni arbitraria, pues esa diferencia proviene directamente del texto constitucional.³

Cabe recordar en relación con la jurisprudencia de la Suprema Corte, la reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Vélez Loor vs. Panamá*, donde precisa que

los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyas, siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana. En efecto, si bien los Estados guardan un ámbito de discrecionalidad al determinar sus políticas migratorias, los objetivos perseguidos por las mismas deben respetar los derechos humanos de las personas migrantes.⁴

Nuestro ordenamiento jurídico puede regular de manera diversa a los nacionales y extranjeros atendiendo a una determinada política migratoria, siempre y cuando no se violen sus derechos humanos. Este mismo sentido debe atribuirse al artículo 10. constitucional, por cuanto obliga a las autoridades a respetar los derechos fundamentales contenidos en nuestras garantías individuales a toda persona, aunque ciertos derechos pueden limitarse a los extranjeros cuando las limitaciones no sean arbitrarias y sean necesarias para mantener el orden público.

B. Legal estancia y justicia penal

En el ámbito de la justicia penal, se observa que los inmigrantes en situación irregular suelen renunciar a su derecho de

³ Amparo en revisión 10/2008, del 23 de enero de 2008.

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Vélez Loor vs. Panamá* del 23 de noviembre de 2010, pp. 32 y 33.

denunciar la comisión de un delito, por temor de que el Ministerio Público los detenga y los entregue a las autoridades migratorias. La anterior situación se confirma con la simple lectura del artículo 156 del Código Penal Federal, que señala:

“Artículo 156. Al extranjero expulsado de la República que vuelva a ésta, se le impondrá de uno a dos años de prisión y se le expulsará después de hacer efectiva esta sanción”.

Por temor a una expulsión o detención, son pocas las sentencias que aluden al derecho de acceso a la justicia penal de los inmigrantes en situación irregular. Una de ellas es la siguiente:

Denuncia o querrela. Los extranjeros se encuentran legitimados para promoverla aun cuando no acrediten su legal estancia en el país. El artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos distingue entre los nacionales y extranjeros, al señalar que todo individuo que se encuentra en territorio mexicano goza de las garantías que otorga la propia Constitución, con las limitaciones que en ella se establecen; por otro lado, el numeral 33 dispone que los extranjeros tienen derecho a las garantías que otorga en su Capítulo I, Título Primero, dentro de las cuales se encuentra la contenida en el dispositivo 17, segundo párrafo, de la misma Ley Fundamental, en la cual señala que toda persona tiene el derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijan las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. En consecuencia, todo extranjero que sufra una lesión en su esfera jurídica, se encuentra legitimado para denunciar o querrellarse aun cuando en el caso de que no compruebe su legal estancia en el país.⁵

⁵ Amparo en Revisión, 1 de septiembre de 2000. Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Arteaga Álvarez. Secretario. J. Martín Rangel Cervantes. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Instancia: Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito, tomo XIII, marzo 2001, tesis XX, .2º.13 P, p.1740.

C. Legal estancia y acceso a la justicia laboral

En lo atinente al reclamo de los derechos laborales de los inmigrantes en situación irregular, cabe recordar el artículo 74 de la LGP, que dispone.

Artículo 74:

Nadie deberá dar ocupación a extranjeros que no comprueben previamente su legal estancia en el país y sin haber obtenido la autorización específica para prestar ese determinado servicio.⁶

La disposición vulnera las garantías constitucionales contenidas en los artículos 5o. y 11 de la CPEUM y diversas disposiciones convencionales de los tratados suscritos por México. Se ha mantenido dicha disposición para impedir el ejercicio del derecho del trabajo a los extranjeros y obligar a los inmigrantes que desean trabajar, a demandar el amparo de la Unión. Un ejemplo donde se reconoce la violación de la garantía constitucional contenida en el artículo 1o., por la aplicación de las disposiciones de la LGP en materia laboral, es el siguiente:

Trabajadores extranjeros. Cuando demandan acciones laborales inherentes a riesgos de trabajo, las autoridades de la República no están obligadas a exigirles que previamente les comprueben su legal estancia en país, en términos del artículo 1o., párrafo segundo, del Convenio Relativo a la Igualdad de Trato a los Trabajadores Extranjeros y Nacionales en Materia de Reparación de los Accidentes de Trabajo, por ser jerárquicamente superior a las leyes federales que así lo exijan. Los artículos 67 de la Ley General de Población y 149 de su Reglamento disponen, en esencia que las autoridades de la República, sean federales, locales o municipales, así como notarios públicos, los que sustituyan a éstos o hagan sus veces y los corredores de comercio, están obligados a exigir a los extranjeros que tramiten ante ellos asuntos de su competencia,

⁶ Artículo 74 de la Ley General de Población, publicada en el *DOF* del 22 de diciembre de 1990.

que previamente les comprueben su legal estancia el país; sin embargo, esta obligación no es aplicable a los trabajadores extranjeros cuando demandan acciones laborales inherentes a riesgos de trabajo, de acuerdo con Convenio relativo a la Igualdad de Trato a los Trabajadores Extranjeros en materia de Reparación de los Accidentes de Trabajo ya que es un convenio internacional suscrito por el Estado mexicano como Miembro de la Organización de Trabajo, publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 7 de agosto de 1935, convenio que se encuentra en el nivel jerárquicamente superior a las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución Federal, como lo sostuvo el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Tesis P. LXXVII/99, publicada en la página 46 del Tomo X, noviembre de 1999, Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de rubro: “Tratados internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las Leyes Federales y en un segundo plano respecto de la Constitución Federal”. El artículo primero, párrafo segundo, del aludido Convenio, precisa que los trabajadores extranjeros y sus derecho habientes que fueren víctimas de un accidente de trabajo, recibirán igualdad de trato sin ninguna condición de residencia, y el vocablo “residencia” es sinónimo de domicilio, de acuerdo con el artículo 27 del Código Civil para el Estado de Nuevo León es el lugar en que la ley tiene por situadas a las personas para el cumplimiento de sus obligaciones y el ejercicio de sus derechos”, entonces, deviene inaplicable el artículo 67, de la Ley General de Población y el correlativo 149 de su ley reglamentaria, sólo por lo que hace a las acciones inherentes a riesgos de trabajo, pues si la fuente de aquel mandato emana de un convenio internacional que se ubica jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Carta Magna, de acuerdo con la interpretación que el mas alto Tribunal judicial del país dio al artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es que prevalezca el convenio sobre lo que dispone la ley secundaria.⁷

⁷ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época. Instancia: Segundo Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Cuarto Circuito, tomo XIX, febrero de 2004, tesis IV.2o.T.78L p. 1163.

A pesar del cambio favorable en la anterior tesis, se modifica nuevamente el criterio en la siguiente tesis, en abierta violación de las garantías constitucionales y de los derechos humanos regulados en los tratados internacionales:

EXTRANJEROS, LOS ARTÍCULOS 37 Y 60 DE LA LEY GENERAL DE POBLACIÓN, ASÍ COMO LOS NUMERALES 106 Y 139 DE SU REGLAMENTO, RESPETAN EL PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY, EN RELACIÓN CON LA GARANTÍA DE LIBERTAD DE TRABAJO. El principio de igualdad, contenido en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no implica que todos los individuos deban encontrarse siempre en condiciones de absoluta igualdad, sino que frente a la ley reciban el mismo trato que aquellos que se encuentran en similar situación de hecho; de manera que no toda desigualdad de trato es violatoria de derechos constitucionales, sino sólo cuando distingue entre situaciones iguales, sin que exista para ello una justificación razonable y objetiva. En ese tenor y tomando en cuenta que acorde con los artículos 30 y 33 constitucionales la situación jurídica y de hecho de los extranjeros es distinta a la de los mexicanos, resulta evidente que aunque los artículos 37 y 60 de la Ley General Población, así como los numerales 106 y 139 de su Reglamento, otorgan un trato diferenciado para los extranjeros respecto de los mexicanos, por requerir únicamente aquéllos la autorización de la Secretaría de Gobernación para poder trabajar y obtener cierta calidad migratoria respecto a su estancia en el país, sí respetan el principio de igualdad ante la ley, en relación con la garantía de libertad de trabajo contenidos, repetidamente, en los artículos 1o. y 5o. constitucionales, ya que la referida desigualdad de trato no es artificiosa ni arbitraria, sino que proviene directamente del texto constitucional.⁸

La sentencia antes transcrita desconoce todas las obligaciones internacionales del Estado mexicano en el ámbito de los derechos

⁸ Amparo en revisión 1030/2007, del 16 de enero de 2008, número de registro 168,923, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXVIII, septiembre de 2008, tesis XCI/2008, p. 205.

humanos, y de manera sorprendente da un giro que representa un grave desconocimiento de la garantía de igualdad contenida en la CPEUM. El que la Constitución de manera expresa limite ciertos derechos a los extranjeros no significa que con base en esas limitaciones de manera arbitraria se pueda otorgar un trato desigual a los extranjeros, lo cual significaría que las demás garantías individuales pueden limitarse de igual forma aunque no se ajusten a los preceptos constitucionales.

D. Legal estancia y acceso a la jurisdicción civil

En lo atinente al ámbito civil, a pesar de que el artículo 1o. de la CPEUM dispone que todo individuo que se encuentra en territorio nacional goza de las garantías individuales, el derecho de acceso a la jurisdicción civil de los inmigrantes en situación irregular en México se encuentra obstaculizado,⁹ con fundamento en el artículo 67, que señala:

⁹ Véanse artículos 67, 68, 69 y 72 de la LGP.

“Artículo 68. Los jueces y oficiales del Registro Civil no celebrarán ningún acto en que intervenga algún extranjero, sin la comprobación previa, por parte de éste, de su legal estancia en el país, excepto los registros de nacimiento en tiempo, y de defunción, en los términos que establezca el Reglamento de esta Ley. Tratándose de matrimonios extranjeros con mexicanos, deberán exigir además autorización de la Secretaría de Gobernación.

En todos los casos deberán asentarse las comprobaciones a que se refiere este artículo y darse aviso a la Secretaría de Gobernación del acto celebrado.

Los matrimonios y divorcios entre mexicanos y extranjeros se inscribirán en el Registro Nacional de Extranjeros, dentro de los treinta días siguientes a su realización.

Artículo 69. Ninguna autoridad judicial o administrativa dará trámite al divorcio o nulidad de matrimonio de los extranjeros, si no se acompaña la certificación de que expida la Secretaría de Gobernación de su legal residencia en el país y de que sus condiciones y calidad migratoria les permite realizar el acto.

...

Artículo 72. Los jueces y oficiales del Registro Civil y los jueces en materia civil o familiar, comunicarán a la Secretaría de Gobernación los cambios del estado civil de los extranjeros dentro de los cinco días siguientes a la fecha en que quede firme el acto, sentencia o resolución de que se trate”.

Las autoridades de la República sean federales, locales o municipales, así como los notarios públicos, los que substituyan a éstos o hagan sus veces y los corredores de comercio, están obligados a exigir a los extranjeros que tramiten ante ellos asuntos de su competencia, que previamente les comprueben su legal estancia en el país, y que en los casos que establezca el Reglamento, acrediten su condición y calidad migratoria les permiten realizar el acto o contrato de que se trate, o en su defecto, el permiso especial de la Secretaría de Gobernación. En los casos que señale el Reglamento, darán aviso a la expresada Secretaría en un plazo no mayor de quince días, a partir del acto o contrato celebrado.

Afortunadamente, el Tercer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Civil, al interpretar el citado artículo, determinó que la disposición limita el acceso a la jurisdicción civil, y que por tanto resulta violatoria de la garantía constitucional contenida en el artículo 1o. de la CPEUM. Señala la tesis:

EXTRANJEROS, LA CONDICIÓN O CALIDAD MIGRATORIA QUE TIENEN EN TERRITORIO MEXICANO NO PUEDE RESTRINGIR SU GARANTÍA DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 67 DE LA LEY GENERAL DE POBLACIÓN).

El artículo 67 de la Ley General de Población establece el deber de las autoridades mexicanas en sus diferentes niveles de gobierno, así como de los notarios y corredores públicos, al exigir a los extranjeros que tramiten actos o contratos competencia de los aludidos funcionarios, acrediten que su condición o calidad migratoria les permita efectuar los mismos, en su defecto, que cuenten con un permiso especial de la Secretaría de Gobernación para ello. La interpretación de “actos o contratos competencia de las autoridades”, comprende el ejercicio de una acción jurisdiccional. En este aspecto resulta indispensable precisar que la letra “o”, entre sus diversas acepciones, tiene la relativa a “equivalencia, significado ‘o sea’, o ‘lo que es lo mismo’”, definición que es la que debe imperar en la frase “actos o contratos” inserta en el precepto legal. La interpretación que antecede es así, en primer término, porque el contexto de la frase “actos o contratos” invo-

lucra no sólo la competencia de las autoridades mexicanas de los distintos niveles de gobierno, sino también de fedatarios públicos como los notarios y corredores, de tal manera que dicha cuestión denota una semejanza en relación con los servicios que pueden brindar estos últimos y las funciones de las primeras, esto es, la de formalizar actos a través de los cuales un extranjero pretenda adquirir un derecho o una obligación en territorio mexicano. En segundo lugar, una interpretación del vocablo “acto”, que involucra el ejercicio de una acción jurisdiccional, implicaría restringir a los extranjeros la garantía de acceso a la administración de justicia por Parte del Estado mexicano, consagrada en el artículo 17 de la CPEUM, restricción que se encuentra vedada al legislador ordinario por estar reservada al órgano constituyente en atención a lo establecido en el artículo 1o. de nuestra Carta Magna.¹⁰

II. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES OBLIGATORIOS PARA MÉXICO QUE REGULAN LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA

El derecho de circular libremente y a elegir residencia en el territorio de México se encuentra regulado básicamente en las declaraciones Universal y Americana,¹¹ el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,¹² la Convención sobre la Protec-

¹⁰ Amparo Directo 488/2007, Sentencia del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, 31 de octubre de 2007. Núm. de Registro: 169, 296, Tesis aislada 1.3º.C.681 C, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXVIII, julio de 2008, p. 1727.

¹¹ Declaración Universal, art. 13: “1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. 2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar de su país”. Declaración Americana, art. 19: “Toda persona tiene derecho de fijar su residencia en el territorio de un Estado de que es nacional, de transitar por él libremente y no abandonarlo sino por su voluntad”. Ambos instrumentos nos obligan a el Estado mexicano por cuanto sus normas constituyen normas consuetudinarias obligatorias o normas de *ius cogens* (imperativas).

¹² Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, “Art.12-1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.

ción de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares,¹³ Convención sobre los Derechos del Niño,¹⁴ y la Convención Americana sobre los Derechos Humanos.¹⁵ La De-

2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país incluso del propio.

3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuándo éstas sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud, o la moral pública, o los derechos y las libertades de los terceros y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto”.

¹³ Convención sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares,

¹⁴ Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre 1990. Ratificación de México, 21 de septiembre de 1990, publicada en el *DOF* de 25 de enero de 1991. La Convención establece en su artículo 9, que los Estados Parte velarán para que “*el niño no sea separado de sus padres contra su voluntad*”, y el artículo 10 de manera clara se especifica: “De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados partes al tenor de lo dispuesto en el párrafo 1, del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o sus padres para entrar en un Estado Parte, o para salir de él a los efectos de reunión de la familia será atendida por los Estados Parte de manera positiva, humanitaria y expedita. Los Estados garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traiga consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares. El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin... los Estados partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por la ley y que sean necesarias para proteger la salud o la moral públicas, o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención”.

¹⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos,

“Art. 22-1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.

2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio.

3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática,

claración Universal reconoce el derecho de circular libremente a toda persona en cambio la Declaración Americana contempla como titular del derecho tan solo al nacional. Por su parte, el PIDCP y la CADH hacen extensiva la libertad de tránsito y de residencia a toda persona que se halle legalmente en el territorio.

La diferencia principal entre los dos últimos instrumentos se centra en que la CADH permite limitar la libertad de circulación y residencia cuando lo exija el orden público o la prevención de actos delictivos, a determinadas zonas específicas. Cabe aclarar que la interpretación de dichas disposiciones por los órganos cuasijurisdiccionales y jurisdiccionales internacionales ha ido evolucionando para llegar a la conclusión de que el titular del derecho es toda persona.

III. CONCLUSIONES

1. En México son vulnerados los derechos de circulación y residencia de los inmigrantes en situación irregular, como puede apreciarse en el *Informe sobre la Detención Arbitraria en México*, que calificó las detenciones realizadas a dichos inmigrantes, como arbitraria y violatoria de sus derechos fundamentales.¹⁶ Confirma dicha situación el monitoreo sobre el estado real del derecho de acceso a la justicia de los inmigrantes en situación irregular en México, realizado por “Sin Fronteras” en diversas estaciones migratorias, el cual arrojó los siguientes datos:

para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.

4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público.

5. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar al mismo”.

¹⁶ Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria Acerca de su Visita a México, E/CN.4/2003/8/Add.3, párrafo 39.

- En las estaciones migratorias las verificaciones del estatus migratorio y las detenciones se sustentan en motivos de origen nacional o social, características físicas o forma de hablar de las personas.
- Los inmigrantes en situación irregular son objeto de abusos, estafas, intimidación y uso indebido de fuerza.
- En la mayoría de los casos son deportados sin recabar ninguna información preliminar.
- En la mayoría de los centros de detención no se les provee de las herramientas de información básica e indicación de los procedimientos para permanecer en el país legalmente. El inmigrante no es informado sobre las razones de su detención, no tiene acceso a un abogado defensor, un traductor cuando lo requiera y no se le comunica del derecho a la asistencia consular.
- Se priva de la libertad a niños, niñas y adolescentes y sus declaraciones son obtenidas sin la presencia de su representante legal o quien ejerza la patria potestad.
- Se ejerce coacción sobre los inmigrantes al rendir sus declaraciones, sin que se les informe de la naturaleza y consecuencias jurídicas de las mismas.
- En algunos casos se infringe la garantía de contradicción y se les niega copia de su declaración.¹⁷

Las detenciones realizadas a los inmigrantes en situación irregular son contrarios a las obligaciones adquiridas por el gobierno de México, de conformidad con los artículos 9 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los artículos 7 y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

2. Desgraciadamente, las autoridades administrativas mexicanas involucradas en los asuntos migratorios realizan sus actividades al margen de la legalidad y con absoluta impunidad,

¹⁷ Gutiérrez Contreras, Juan Carlos (coord.), *Derechos humanos de los migrantes*, México, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, Comisión Europea y Secretaría de Relaciones Exteriores, 2005, pp. 111-117.

vulnerando el derecho contemplado en el artículo 11 constitucional y diversos derechos contemplados en los tratados en materia de derechos humanos ratificados por México, generando con su actuación la responsabilidad del Estado mexicano, al incumplir diversas obligaciones internacionales que adquirió a raíz de la celebración de diversos instrumentos.

Atestigua la anterior afirmación, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos,¹⁸ que detectó que en la detención y aseguramiento de las personas indocumentadas participan miembros de instituciones que no tienen competencia en asuntos migratorios, como los miembros del ejército y armada de México, a pesar de que el Reglamento de la Ley General de Población en su artículo 100 dispone que “en los lugares no autorizados para el tránsito internacional, la Secretaría (de Gobernación) ejercerá vigilancia que considere necesaria”.¹⁹

De acuerdo con el informe de los Visitadores Adjuntos de la Comisión Nacional de Derechos Humanos,²⁰ cada una de las dependencias que detienen a personas indocumentadas trabaja por su cuenta y sin la coordinación del Instituto Nacional de Migración. Las autoridades que aseguran a los extranjeros decomisan o destruyen los documentos de viaje bajo el argumento de que portan visas falsas, a pesar de que estas se otorgaron por la embajada de México en su país. También les roban sus pocas pertenencias, los extorsionan o violan a las mujeres.²¹

3. El análisis de la jurisprudencia demuestra que a los inmigrantes ilegales, por carecer de legal estancia en el país, se les deniega el derecho de acceso a la justicia, convirtiendo su situación en una de extrema vulnerabilidad.

¹⁸ Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Migración, transición democrática y derechos humanos*, fascículo 6, México, 2004, p. 33.

¹⁹ Reglamento de la Ley General de Población (RLGP), publicado en el *DOF* del 12 de septiembre de 1996.

²⁰ Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Migración, Transición democrática y derechos humanos*, fascículo 6, México, 2004, p. 34.

²¹ *Ibidem*, pp. 30-32.

CONSIDERACIONES EN TORNO A LA LEY DE EJECUCIÓN DE SANCIONES PENALES Y REINSERCIÓN SOCIAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

Antonio SÁNCHEZ GALINDO*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Consideraciones*.

I. INTRODUCCIÓN

La reforma penal integral por la que lucha el Ejecutivo Federal, apoyada por un gran sector del Poder Legislativo Federal, y que en gran parte ya se encuentra dentro de una *vacatio legis*, que ha resultado prolongada, pero que a la larga, por factores diversos, resultará corta, ha empezado a florecer en múltiples entidades federativas de manera diversificada y bajo augurios no del todo prometedores. Tal es el caso de la Ley de Ejecución de Sanciones Penales para el Distrito Federal, que de repente brotó en un *Deus ex machina*, como sucede con frecuencia con todos nuestros principios de legalidad, que se piensan con precipitación, y que ven vida y realidad con mayor velocidad y atropello. En el presente caso no se tomaron en cuenta ni siquiera los grandes rubros que exige, desde antaño, la política criminal: selección y capacitación de personal, instalaciones adecuadas y presupuesto suficiente.

* Licenciado en derecho por la UNAM; maestro en prevención del delito y sistemas penitenciarios por el Centro Jurídico Universitario. Miembro de número de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

II. CONSIDERACIONES

1. El título no es del todo apropiado... Estaríamos más de acuerdo si se hablara de “Ley de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad para el Distrito Federal”. Lo anterior, en función a que evitaremos la ambigüedad que existe entre sanciones penales y sanciones administrativas, ya que así dejamos el concepto sanciones para lo administrativo y, sin eufemismos, nos referimos a las penas impuestas por la autoridad judicial. Independientemente de lo dicho con antelación, se agrega el concepto de “medidas de seguridad”, que integra, siempre, una buena parte de la ejecución, tal y como se desarrolla en el cuerpo de leyes que comentamos.

2. En el artículo 2o. párrafo I, se establece que el objeto de la ley es “El cumplimiento, modificación y duración de las penas y medidas de seguridad impuestas por la autoridad judicial...”. Estimo conveniente que se agregue después de judicial: “del Distrito Federal, de las autoridades federales y de aquellas estatales con las que se celebren convenios”.

3. Pienso que se dé una nueva revisada para corregir adecuadamente la ortografía, ya que existen algunos errores de “máquina”, y otros en los no se emplean las mayúsculas en forma idónea. Por ejemplo: “Ejecución de Pena” (artículo 3o.) cuando se refiere a esta en forma general, debe ir con minúscula y solo con mayúscula cuando se incluye en un nombre propio. Esto sucede en muchos otros casos, que es preciso depurar.

4. En el mismo artículo 3o., primer párrafo, que se refiere a “Legalidad”, en la parte final se habla de “sentencia judicial”. Creo que debe agregarse ejecutoriada, porque de otra manera no hay certeza jurídica.

5. Dentro el mismo artículo 3o., fracción IV (Especialidad), pienso que quedaría más completa si se inscriben las palabras “de conformidad a las ejecutorias pronunciadas por las autoridades judiciales”.

6. En el mismo artículo 3o. (fracción VI “Respeto a la dignidad humana”) se debe citar a nuestra Constitución federal en

primer término y, después, a los documentos internacionales. Y, en la misma fracción, párrafo segundo, se debe agregar una salvedad: “siempre que estos medios no sean contra la seguridad, el desarrollo físico y cultural del interno”.

7. En el párrafo VII del artículo 3o., cuando se habla del forzamiento relativo al régimen penitenciario y postpenitenciario de la continuidad de los vínculos familiares, educacionales y laborales, en el primer caso, los familiares, debe considerarse que estos, solo cuando sean recomendables, porque hay veces que la familia es nociva. Desde luego se puede preparar paralelamente, pero esto ya va más allá de lo que prescribe este artículo.

8. En el párrafo VIII (mismo artículo 3o.) se sugiere esta redacción, se modifique más o menos en estos términos: “El régimen de reinserción social debe inducir al interno a comprender el daño que causó a la sociedad y a la víctima al cometer el hecho delictivo por el que se le condenó, por conducto de la educación, la capacitación para el trabajo y el trabajo mismo, la salud y el deporte, para que al momento en que alcance su libertad no reincida”.

9. Al párrafo IX, del tantas veces repetido artículo 3o., en donde se asienta “resultado de una sentencia ejecutoria”, desde mi punto de mira, debe decirse “sentencia ejecutoriada” o “simplemente ejecutoria”. Y creo que sería más pertinente en el segundo párrafo decir: “no se aplicarán más medidas que las necesarias relacionadas con la seguridad y control del establecimiento penitenciario y la protección integral de las autoridades, empleados y funcionarios, los visitantes y los propios internos”.

10. El glosario (artículo 4o.) debe ser depurado. Por ejemplo: en Autoridad Ejecutora: Jefe de Gobierno por conducto de la Secretaría. ¿Esta es la Secretaría de gobierno o la de Seguridad? Autoridad Penitenciaria: La Subsecretaría es la autoridad delegada para la ejecución de donde es también autoridad ejecutora y los directores ejecutivos (con minúsculas) son auxiliares de la ejecución y la Secretaría de Educación Pública y la Secretaría

de Salud son colaboradoras... Se habla de Centros penitenciarios y se incluyen a los preventivos y de reinserción biopsicosocial. Siendo aquel para procesados y este para ejecución de medidas de seguridad, etcétera. Y en la enunciación total del mismo “Glosario” no se incluyen palabras usuales como interno, Director del Consejo Técnico, etcétera. En la fracción XXVII se omite a la criminología, ¿por qué?

11. El artículo 5o. es un tanto repetitivo en su enunciado. Tal vez se podría poner que: “gozarán de todos los derechos otorgados por nuestra Constitución Federal, por los documentos de los organismos internacionales y las leyes a que se refiere el artículo 3o.”. De este mismo cuerpo de leyes, y por tal motivo, a los siguientes: enumerar aquí los que se estimen pertinentes. Se sugiere, si se han puesto algunos que debería ir en el “Reglamento Interno” “ser llamados por su nombre..., no ser objeto (¿o sujeto?) de violencia, recibir información, etcétera, también deben incluirse el derecho a la visita íntima, familiar, especial: a un trabajo digno y aprovechable en el exterior, a una educación especializada, a comunicarse con el externamente, etcétera.

12. En el artículo 6o. tal vez se podrá agregar un complemento en el primer párrafo, que diga: “cuando no vulneren sus derechos”.

13. En el título II (“De la autoridad Judicial”), su competencia y medio de impugnación, artículo 8, pienso que quedaría más correcto si se agregaran las palabras “judiciales, no administrativos”, “después de procedimientos”.

14. En el párrafo II del artículo 9o., que se consideró que cuando se hace mención a “II. Sustituir la pena de prisión por externación, a partir de que el Juez tenga conocimiento de la procedencia, o a petición de parte, cuando fuere notoriamente innecesario que se compurgue (agregar aquí la palabra plenamente) en razón...”. Y más adelante, cuando se concluye el párrafo, tal vez se pudieran agregar las palabras “en ejecución penal”.

15. En el párrafo IX del mismo artículo 9o. creo que se debe recalcar que la excarcelación debe hacerse con las seguridades

debidas, y previa la visita de trabajo social al lugar en donde se encuentra el fallecido, con objeto de constatar que no existe peligro de evasión, retención o violencia de la comunidad.

16. En la fracción XI, la constancia de la libertad definitiva debe hacerse de oficio desde mi particular punto de vista, para que se evite la corrupción de los policías.

17. Rehabilitar los derechos de los sentenciados una vez que finalice el proceso de reinserción social, así como en los casos de indulto (fracción XII). Cabe preguntar: ¿cuándo termina el proceso de reinserción social: cuándo queda en libertad definitiva, cuándo goza de prelibertad, cuándo el organismo penitenciario logra que el liberado tenga trabajo y núcleo familiar que lo acoja o en el momento en que se le da la constancia de la libertad definitiva? Sería conveniente aclarar esto.

18. Supervisar el cumplimiento y la duración de las medidas de seguridad impuestas en la sentencia para (¿o por?) delitos que impliquen violencia contra las mujeres (párrafo XIV). Quizá fuera conveniente extender a todas las medidas de seguridad y no solo en el caso de violencia contra el género femenino.

19. En el capítulo segundo sugiero que el título sea de la siguiente manera: “Del Procedimiento de Ejecución Judicial”. Esto porque también existe paralelamente la ejecución administrativa.

20. En el artículo 10, párrafo II, sugiero que se diga que el juez de sentencia envíe las ejecutorias al juez de ejecución y a las autoridades penitenciarias.

21. Hay que depurar la redacción del artículo 11, porque me parece un tanto oscura.

22. En el artículo 14, independientemente de que la comisión de estilo mejore la redacción. Por ejemplo: por medio de, en vez de a través, y los gerundios que deben utilizarse lo menos posible, así como las oraciones demasiado largas. Ahora bien, cabe preguntar: ¿los miembros del consejo técnico de la institución penal de que se trate, serán utilizados como peritos o estos serán los que pertenezcan al Tribunal Superior de Justicia? (fracción I). Decimos esto porque en el artículo 23, dentro del capítulo “De

la ejecución de las penas, se habla de la “Unidad de Atención Integral”, que estará integrada por un equipo multidisciplinario de profesionales, en trabajo social, medicina, psicología, etcétera. Esto se entiende como un equipo independiente de los profesionales que integran el consejo técnico de las instituciones penales, lo que implica un gasto muy elevado y además duplica el personal que ya se tiene con experiencia en los reclusorios. Empero, cabe decir, la independencia de criterios podría ayudar, pero no sé si esto fuera adecuado desde el punto de vista de los conflictos que pueden suscitarse con la autoridad administrativa.

24. ¿No convendría que todo lo concerniente al juez de ejecución judicial tuviera su propio reglamento?

25. En el artículo 25 conviene aclarar que las instituciones para adolescentes, aunque estén separadas de las de los adultos, estas nunca deberán ser anexos de las penitenciarias. No faltará quien diga: “¡Vamos a construir un anexo en el reclusorio de jóvenes adultos para adolescentes en conflicto con la ley, ‘pero que estén separados’”!

26. Quisiera que el artículo 39 no fuera definitorio. Las definiciones en una ley van contra la técnica legislativa. Además, no me explico cómo se va a controlar en el domicilio, el trabajo, la capacitación para el mismo, la salud y el deporte. Creo que esto requiere de una aclaración. Por otra parte, la “palabra monitoreo”, estimo que no es la apropiada (consultar diccionario de la Real Academia de la Lengua), tal vez fuera mejor usar la frase “vigilancia electrónica a distancia”.

27. Creo que dentro de los requisitos que se señalan para otorgar el beneficio de la reclusión a distancia es discriminatorio, y solo se va a conceder a los que tengan dinero. Sugiero que se haga un estudio de trabajo social y se fije una cantidad proporcional a la capacidad económica del interno y la otra la conceda el Estado y en casos. De extrema pobreza que el Estado soporte la carga.

28. Por otra parte, son demasiado severos los señalamientos de improcedencia, tanto para la concesión de la reclusión do-

miciliaria como de la libertad anticipada. Es una técnica demasiado retributiva, que debería reconsiderarse mediante recursos penitenciarios, que generalmente desconocen quienes no tienen la especialidad penitenciaria. En la forma que plantea el legislador la improcedencia, esta no va a ayudar en nada para abatir la sobrepoblación y va a favorecer, en cambio, la corrupción.

29. El capítulo VI, “Del Tratamiento Preliberacional”, debe ser reestructurado integralmente, además de que esto debe ser considerado en el capítulo correspondiente al “Instituto Posliberacional”, para evitar redundancias o repeticiones:

Primero. No debe definirse.

Segundo. Los requisitos deben reconsiderarse: el otorgamiento cuando haya compurgado la mitad de la sentencia, es un error. ¡Va a estar en prelibertad por años! Esto es absurdo. Se supone que cuando más la preparación para la libertad debe ser de seis meses a un año antes de la concesión de la libertad. Que sea primodelincuente es no tener conciencia del fin para el cual está destinado el beneficio. Si se ha compurgado el interno varios años, sea primodelincuente o reincidente, de todas maneras requiere de una preparación para la libertad, que debe trazarse en unión con el juez de ejecución, el personal técnico-administrativo y el de ayuda postpenitenciaria.

30. Por otra parte, se supone que cuando se aplica el beneficio de la prelibertad es porque ha compurgado el interno el tiempo necesario para su disfrute y ha recibido el tratamiento suficiente, dentro del reclusorio, para merecerlo, y los estudios de evaluación son sistemáticos (cada tres o seis meses), y lo mismo sucede con la buena conducta. Bastaría con mencionar que a juicio del consejo técnico de la institución penal y del juez de ejecución ya se encuentra apto para disfrutar del beneficio. La reparación del daño se puede garantizar, y no negarla de plano cuando no se haya satisfecho con anterioridad.

31. Dentro del capítulo séptimo del mismo título (“De la libertad preparatoria”, artículos 36, 37 y 38), creemos pertinente evitar la definición de la misma y decir: “Solamente el Juez de

Ejecución concederá este beneficio a los que hayan compurgado las tres quintas partes de la sentencia, que sean primodelincuentes o reincidentes en primera ocasión, observado buena conducta, que hayan reparado o garantizado el pago de la reparación del daño, y que, a juicio del consejo técnico, merezcan el propio beneficio por ser aptos para la reinserción social. Asimismo, cuando queden la libertad deberán contar con trabajo seguro en el exterior y domicilio fijo, de presencia con la familia, si la hubiere”.

La improcedencia de este beneficio debe concordar con el artículo anterior y adoptar la posibilidad de concederlo aun cuando exista una segunda reincidencia, para que se puedan desahogar un poco las penitenciarías.

32. La remisión parcial de la pena (artículo 39) debe concederse por el juez de ejecución, siempre que a juicio del consejo técnico haya observado buena conducta, participado en los tratamientos basados en el trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, el deporte y la salud, y estos hayan sido eficaces para ser reinsertado socialmente. Creo que no se requiere decir más.

33. En el capítulo noveno (“Lineamientos generales aplicables a los beneficios penitenciarios”), estos (los beneficios) deben ser desglosados adecuadamente. Creemos acertado que cuando sea notoria la improcedencia, el juez de ejecución deseche la petición de plano, pero pensamos que las peticiones se hagan en forma directa al juez de ejecución, para no triangular las gestiones, con copia a la autoridad administrativa.

34. Al enviarse, en el artículo 41 al artículo 14, llevando a cabo audiencias orales para la concesión de cada beneficio, es nutrir la burocracia, y es mi opinión que se debe facultar al juez para que valore los elementos, dentro un plazo no mayor a tres días, y decida conceder o rechazar de plano el beneficio, comunicándolo a la autoridad administrativa y al interno, fundándose en esta Ley y en el Reglamento interno de los reclusorios o en el correspondiente (si es que se estima pertinente hacerlo) del juez de ejecución.

35. Cabe preguntar: ¿en qué casos se tendrá que presentar el beneficiado a firmar cada treinta días, cuando disfrute de la prelibertad (para la que no se marcan modalidades), en el caso de la libertad preparatoria, en el momento de la remisión parcial de la pena o cuando se goce de reclusión domiciliaria?

36. Dentro del título IV (“Cumplimiento de sentencia”, capítulo primero, “De los imputables”), en el artículo 46 se dice: “La libertad definitiva se otorgará al sentenciado una vez que la pena privativa de libertad haya sido cumplida”; luego se hace referencia (artículo 46) a que la autoridad penitenciaria debe comunicar en cinco días hábiles si existe algún impedimento para la libertad, y en ese mismo término (artículo 47) se le comunicará la futura libertad del interno y al Instituto. Ninguna asociación puede resolver los problemas de trabajo, preparación del medio y atención a la familia del interno en tan poco tiempo. El Instituto debe tener el expediente del interno desde mucho antes y preparar la libertad en correlación con el personal técnico de la penitenciaría, para planear adecuadamente la reinserción social. Esta redacción revela que quien elaboró la Ley no sabe cómo funcionan los institutos para liberados.

37. Ahora bien: ¿cuándo se considera la libertad por sentencia cumplida: en el momento en que compurga totalmente la sentencia o cuando sale en libertad anticipada por alguno o varios de los beneficios conjugados o en ambos casos? Luego (artículo 48), se ordena la expedición de una constancia de legalidad de su salida. ¿No sería mejor: constancia certificada de su libertad? No está por demás considerar aquí que todo liberado sufre de la estigmatización social, y que ese tipo de documentos los aprovechan para rechazarlo o extorsionarlo: la sociedad y la policía corrupta. Esto es solo una parte de las acciones que tiene que emprender el Instituto para que el liberado no reincida: acabar o, por lo menos, neutralizar la estigmatización.

38. En el artículo 45 se dice: “Vigilancia. Los sentenciados que disfruten de algún beneficio estarán sujetos a la vigilancia de la autoridad determinada por el juzgador” (¿quién: el juez que

conoció de la causa, el Tribunal Superior de Justicia o el juez de ejecución?). No se entiende por qué el juzgador tenga que vigilar al ejecutoriado por el tiempo que le falte para extinguir su pena ni tampoco se especifican los medios con los que se hará esta vigilancia

39. El capítulo segundo del título cuarto, en el artículo 52, el inimputable o el enfermo psiquiátrico tienen la obligación de someterse al cuidado o vigilancia: ¿un inimputable o enfermo psiquiátrico pueden ser objeto de obligaciones? La obligación es de quien se hará cargo de ellos.

40. En el artículo 53, los informes podrán ser rendidos por una institución, una persona o la familia del inimputable o del enfermo.

41. El artículo 55 debe observar una redacción más apropiada: no decir cuente, cuente y cuente (fracciones I, II y III). Tal vez se pudiera decir: “La valoración psiquiátrica... El dictamen del consejo técnico en el momento en que considere que... y redesigne una persona responsable que se haga cargo de...”.

42. En el título quinto, “justicia restaurativa”. En la ejecución de sentencias, capítulo único, reiteramos que no existe la necesidad de definir. Baste con que se diga: “La justicia restaurativa podrá aplicarse, dentro del tiempo de la ejecución de la sentencia, orientada a la reparación del daño individual y social”.

Por otra parte, se me figura que es un exceso, cuando no un equívoco, que la víctima se va a reinsertar. La víctima ha sufrido daño, pero nunca se “desinsertó” de la sociedad. El que se desinserta es el delincuente cuando sufre prisión.

43. Tal vez por economía se podrían fusionar los artículos 58 y 60.

44. ¿Podrá operar el perdón del ofendido o de la víctima en el pago la reparación del daño? (artículos 61 y 62).

45. Del título sexto (“Del sistema penitenciario”) hacemos las sugerencias siguientes:

Artículo 63: La autoridad ejecutora estará... cuyos servidores públicos y empleados normarán sus funciones... 18 de la Cons-

titudin Polítca de los Estados Unidos Mexicanos, esta Ley, las normas internacionales suscritas por México aprobados por el Senado, los reglamentos internos de las instituciones que dependen de la Subsecretaría y las disposiciones y órdenes del Secretario de Gobierno y el Secretario.

46. Artículo 64, fracción IX: “Emitir la normatividad para que todo sentenciado en los centros penitenciarios participe en todas las actividades laborales, educativas, deportivas, culturales y programas de salud para lograr su reinserción social”.

47. Fracción XII, solicitar a la autoridad administrativa federal, previa autorización del juez de ejecución, el traslado de los sentenciados, tanto federales como del fuero común, por medidas de seguridad institucional.

Artículo 65. “El sistema penitenciario del Distrito Federal se constituirá sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud, el deporte como ejes rectores del tratamiento técnico progresivo, reforzados con las actividades complementarias, como la asistencia de los ministros del culto que profesen, las relaciones con el exterior, que sean recomendables y los tratamientos psiquiátricos y psicológicos y de trabajo social, cuando a juicio del consejo técnico sean necesarios para el mejoramiento del interno en sus relaciones con los compañeros, la familia y las autoridades”.

48. Artículo 68. “El tratamiento que se aplique a los sentenciados estará exento de toda violencia quedando, en consecuencia, prohibidas las sanciones consistentes en golpes, torturas o maltrato físico o mental. El aislamiento que acuerde el consejo técnico, por tiempo breve, estará supervisado por los médicos del establecimiento, el psiquiatra y el trabajo social y sólo tendrá aplicación cuando corra peligro su vida o éste atente gravemente contra la seguridad de la institución, de sus compañeros y de las autoridades”.

49. Artículo 74. “Las áreas destinadas al alojamiento, al trabajo, a la salud, a la visita familiar e íntima a la alimentación y todas las demás que estén destinadas a realizar actividades de los internos,... deberán satisfacer (quitar en lo posible)”, etcétera.

50. Artículo 79. Este artículo debe ser redactado nuevamente, porque además de que no se entiende, debe decir que los médicos de las instituciones y todo el personal que colabore con ellos tendrán la obligación de... Además, este artículo debe estar dentro del área de salud, en la que se resalten las obligaciones de la Secretaría de Salud, con la que existen constantemente conflictos, al igual que con la de educación. Y esta ley debe marcar sus obligaciones y la estrecha colaboración con la autoridad administrativa y ahora con la judicial, porque de otra manera se seguirá rompiendo el principio de autoridad.

51. Artículo 83. Los sentenciados, discapacitados y enfermos mentales serán internados y tratados en forma humana y científica en lugares en los que se les otorgue la atención que necesitan.

52. En el artículo 84 se deben eliminar en todos los incisos para la “Sección”, que sale sobrando, porque ya se dice que el expediente estará integrado en las secciones siguientes. Salen sobrando todos los títulos de cada artículo, que lo único que hacen es entrar en redundancias absurdas.

53. El artículo 91. Este artículo establece confusión, porque confunde reincorporación con reinserción. Por eso es mejor hablar de prelibertad (o de otros beneficios), y no de reincorporación. Se sugiere una redacción nueva: “Para la libertad anticipada o la prelibertad en cualesquiera de sus modalidades, el Instituto (¿se piensa que con el cambio de nombre van a funcionar mejor que los patronatos?) proporcionará a los sentenciados el apoyo y ayuda necesarios para su eficaz reinserción social”.

54. No hay que olvidar que la educación debe ser especializada en adultos en conflicto con la ley, que una es solo una educación informativa, sino, además, formativa de valores. Esto no se menciona en ninguno de los artículos del capítulo quinto, destinado a la educación.

55. También, el trabajo, a más de ajustarse al artículo 18 constitucional, se tendrá en consideración lo dispuesto en los artículos 50., fracción III, y 123.

56. En el capítulo séptimo (De la salud de los sentenciados internos), en el artículo 102, Salud, se sugiere que diga: “La Secretaría de Salud del Gobierno del Distrito Federal, se encuentra obligada, en todos los casos necesarios, a colaborar con la Subsecretaría para proporcionar los servicios médicos que requiera la población penitenciaria, tanto de procesados como de sentenciados, de a diagnosticar hombres y mujeres y adolescentes en conflicto con la Ley”.

57. Artículo 113. Se sugiere esta redacción “El área de psiquiatría se encuentra obligada a detectar, diagnosticar y aplicar los tratamientos adecuados a los enfermos mentales (quitar emocionales) que se encuentren sentenciados en los reclusorios del Distrito Federal, atendiéndolos en los lugares especiales destinados a ellos”.

57. En medidas disciplinarias y sanciones el “Aislamiento deberá llevarse a cabo, de preferencia, en lugar apropiado, en el que no se conculquen sus derechos humanos, por un tiempo, que nunca será mayor de 15 días y bajo la aprobación del Consejo Técnico y la supervisión diaria del médico de guardia y el personal de vigilancia”.

58. Considero que hay que suprimir los recursos de reconsideración y revisión, que ya de por sí es un burocratismo prolijo y obstaculizante del buen desarrollo de la ejecución penal.

59. En el artículo 126 se olvidaron de citar al médico. La salud física es muy importante dentro del consejo técnico, y también del jefe de vigilancia para los efectos de la apreciación de la conducta de los internos, y el listado es repetitivo. O se enumeran los miembros del consejo en el primer párrafo y se elabora otra redacción o se quita el listado.

60. Los artículos 127 y 128 corresponden más al Reglamento que a la Ley, y el 129 sale sobrando.

61. Según mi punto de vista, creo que el artículo 119 debería quedar incluido el capítulo décimo primero (“De la disciplina al interior de los centros penitenciarios). Se establecería un orden más adecuado

62. Me parece una locura burocrática mayor la creación del comité de visita general, es agregar burocracia sobre la burocracia: ya se tiene el peso del juez de vigilancia, la crítica acerba de las comisiones de derechos humanos, para luego agregarle (como una defensa que no logrará su propósito) al Comité de Visita General, que es un organismo gigantesco, que difícilmente se integrará. Creo que bastará con designar, eventualmente, a personas de confianza que se ocupen de informar a la Subsecretaría de la situación. Este personal podría depender de la Secretaría Ejecutiva.

63. El título VII (Del personal penitenciario) es materia del Reglamento y de los manuales, porque si no se tendrían que realizar todos los perfiles y funciones de los demás miembros del personal.

64. En el título VIII, en ninguna parte se menciona que el Instituto debe entrar en correlación con la institución penal desde antes de que culmine (o se compurgue) la sentencia. Y, repetimos, no puede la “posinstitución” planear ayuda si le entregan al interno en el momento en que sale a cualquier tipo de libertad. Por otra parte, hay muchas cosas que quedarían para el Reglamento y no para la Ley.

65. Como está integrado el Instituto no va a funcionar: el procurador general de Justicia del Gobierno del Distrito Federal no va a tener tiempo y, además, no va a tener interés en ayudar a quienes él metió a la prisión por causarle tantos problemas. Y para las secretarías del Trabajo, Desarrollo Social, Seguridad Pública, Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia, Cámara Nacional de la Industria de la Transformación, la Confederación Patronal de la República Mexicana y la Asociación del Abogados del Distrito Federal, se debe decir “Un representante de”, y no dejarlo vagamente. Se olvidaron de los sindicatos en un gobierno de izquierda.

66. La *vacatio legis* es demasiado breve para preparar: el buen funcionamiento de las figuras del juez de ejecución (que tiene que entrar en contacto con suficiente tiempo con las autoridades

penitenciarias, conocerlas, saber qué es la prisión, conocer la psicología de los internos, etcétera, porque si no va a pasar como en otros países de Latinoamérica, que los jueces han hecho tronar a las instituciones penales porque los internos los sorprenden, manipulan y corrompen), sus oficinas y su personal; el Instituto debe armarse antes para aleccionar a los representantes, darles su ubicación y motivarlos, preparar los nuevos reglamentos con calma y con minuciosidad, antes de que entre en vigor la ley.

67. No está por demás decir que debería revisarse la ortografía, la sintaxis y la presentación de toda la Ley: las definiciones inadecuadas, los enunciados de cada artículo, evitar las confusiones como la del sexto transitorio, que habla del Consejo Empresarial de Reincorporación Social. ¿Se refiere acaso al Instituto o es otro organismo no tratado dentro de la Ley? y, en fin, eliminar las materias que son reglamentarias más que sustantivas.

REINSERCIÓN SOCIAL Y FUNCIÓN DE LA PENA

Jorge OJEDA VELÁZQUEZ*

SUMARIO: I. *Sinopsis histórica*. II. *Epistemología sobre la función de la pena*. III. *¿Qué cosa se hace para lograr este objetivo?*

I. SINOPSIS HISTÓRICA

El vigente artículo 18, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece 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 del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir*, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres computarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.

Sin embargo, el objetivo asignado constitucionalmente a la pena privativa de libertad no ha sido el mismo, como advertimos de su sinopsis histórica.

En efecto, al analizar el contenido del artículo 22 de la Constitución liberal-democrática de 1857, encontramos en ella, además de la afirmación de una genérica instancia de humanización

* Miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

de las penas, al prohibir la “mutilación, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquiera especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualquiera otras penas inusitadas o trascendentales”, el reconocimiento de una precisa exigencia racional e ideológica, como lo es el respeto a la dignidad de la persona, toda vez que dichas penas lastimaban y lesionan todavía hoy la integridad físico-psíquica del reo, que es un todo unitario.

En esta posición ideológica de defensa de los derechos del hombre, se llegó al compromiso político de admitir la pena de muerte (artículo 23 constitucional) solo “al traidor a la Patria en guerra extranjera, al salteador de caminos, al incendiario, al Parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, a los delitos graves del orden militar y a los de piratería que definiera la ley”, puesto que el avance cultural y la consolidación de la nación mexicana en aquellos tiempos exigía una sanción proporcionada a las más graves formas de delincuencia y a las más abyectas manifestaciones de voluntad dirigidas a la perturbación del naciente orden jurídico, que la mayor parte de ellas estaban encaminadas principalmente a la no instauración del régimen liberal.

El título I de aquella Constitución, “De los derechos del hombre”, defendía, entre otras cosas, la libertad espiritual del ciudadano, al establecer en el artículo 16, que “Nadie puede ser molestado en su persona... sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”. Por ello, el artículo 23 constitucional no le asignaba ninguna finalidad a la sanción, y no porque en aquel entonces no se hubiera establecido aún el régimen penitenciario, sino porque la esencia de la ideología política liberal, y con ella la del derecho penal liberal, es el respeto absoluto a la libertad de conciencia del individuo; es decir, a su selección de vida.

El paso del Estado liberal en México a un tipo social-democrático a través de la Revolución de 1910-1917, señala también el cambio de finalidad en la ejecución punitiva. El original artículo 18 de la Constitución de 1917 ordenaba que “Los Gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán en sus respectivos te-

ritorios, el sistema penal (colonias, penitenciarias o presidios), sobre la base del trabajo *como medio de regeneración*". Las reformas de 1965 agregarían otros medios, como la capacitación para el trabajo y la educación, para *alcanzar la readaptación social del delincuente*.

Al identificar con "la regeneración" o con "la readaptación social" a la finalidad del sistema penitenciario nacional, y con ello el objetivo específico de la pena de prisión, el nuevo Estado social-demócrata conservó a grandes líneas los conceptos jurídicos fundamentales de todo Estado de derecho. Sin embargo, como Estado social que era, intervencionista por naturaleza, al inmiscuirse tanto en la vida económica de los ciudadanos como en la esfera de la privacidad de los condenados, violaba veladamente las garantías individuales de estos en aras de una supuesta reincorporación a la sociedad, pues este nuevo planteamiento ideológico en la ejecución de la sanción asigna a la misma la función de prevención especial de delitos a través de la reeducación de los condenados.

Así pues, la prevención especial movió la atención del objeto y sujeto de estudio de la sanción: de la norma jurídica penal al hombre delincuente; de la culpabilidad como parámetro de la pena, a la peligrosidad social como medida indeterminada de defensa social; es decir, como medida de seguridad impuesta por la conducta de vida del autor del delito, invadiendo áreas que pertenecen al foro interno de los hombres.

Las reformas del 18 de junio del 2008 al artículo 18 constitucional mueven ahora la atención de los criminólogos enamorados con la "readaptación social" al de "reinserción social", conceptos que no dejan de estar vinculados al primero, porque la readaptación a los valores de la sociedad que el hombre delincuente rechaza era el objetivo que se deseaba lograr a fin que fuera reinserido al núcleo social que lo vio delinquir. Pero me parece que con la reforma se respeta esa libertad: de escoger entre el bien y el mal, y se espera que al obtener su libertad el reo haya introyectado el efecto intimidatorio de la pena sufrida en prisión, y sepa escoger en volver a ella o seguir gozando de la misma.

El concepto reinserción significa volver a encauzar al hombre delincuente dentro de la sociedad que lo vio cometer un delito.

Siendo, en efecto, el comportamiento criminoso, la consecuencia de un desajuste social del individuo; una forma de reacción a los esquemas y valores de la sociedad, a la cual el delincuente pertenece, y que no logra aceptar o asimilar; la reinserción va dirigida a obtener la responsabilización del reo hacia él mismo y hacia la sociedad a través del logro, sea de un mayor conocimiento de sus deberes y una mayor capacidad de resistencia a los estímulos criminosos, sea al reconocimiento de su culpabilidad o de los errores cometidos en el pasado.

Básicamente, los medios para lograrla son aquellos enumerados en el aludido precepto magno y los que la criminología clínica aconseja. De la misma manera que los médicos tratan a los enfermos, así los técnicos penitenciarios, a través de un tratamiento individualizado, desean sanar al hombre delincuente de esa rara enfermedad llamada delito.

Enorme es el valor que se atribuye a estos medios, en torno a los cuales gira prácticamente todo el tratamiento penitenciario moderno: al *trabajo* se le reconoce el mérito de combatir el ocio, de sacudir al detenido del aburrimiento físico y moral, de templar su cuerpo en la disciplina y apoyarlo espiritualmente, al hacerlo sentirse en cualquier modo útil. A la *educación* se le da el mérito de combatir la ignorancia, que a menudo es la causa de los errores, y de elevar el espíritu, a fin de que el hombre ya no esté sujeto a su instinto, sino a su libre albedrío. Las *actividades culturales, recreativas y deportivas* tienen el mérito de mejorar el nivel cultural y las condiciones físico-psíquicas de los detenidos, además de apagar esa carga de agresividad que generalmente se acumulan en los sujetos sometidos a un régimen restrictivo de la libertad personal. A las *actividades religiosas* se les reconoce el mérito de confortar al preso, de infundirle resignación cristiana, de apoyarlo moralmente, de hacerle reevaluar el significado del bien y de hacerle nacer el deseo de sentirse en paz consigo mismo y con la sociedad. A los *coloquios epistolares y telefónicos* concedidos al detenido para que

se comunique con el mundo exterior se le reconoce la función de no aislar a estas personas de la sociedad de donde originalmente provienen, para así conservar, fortalecer y, en su caso, restablecer las relaciones familiares, de amistad y de compañerismo que han dejado afuera, y que en esos momentos cruciales de su vida tanto los necesita. A la *visita íntima* se le reconoce el doble mérito de lograr tanto la salud psíquica del detenido como el de reinstaurar las relaciones conyugales. Las *psicoterapias individuales y de grupo* tienen el mérito de descubrir las causas de la inadaptación y las formas de ayuda para superarlas y adquirir una nueva conciencia que le haga percibir la anormalidad de su comportamiento pasado, le haga aceptar aquellos valores y esquemas que primero rechazaba y, sobre todo, le haga desear vivir correctamente en sociedad.

II. EPISTEMOLOGÍA SOBRE LA FUNCIÓN DE LA PENA

El primer problema que el segundo párrafo del artículo 18 constitucional pone al intérprete es, según nuestra opinión, aquel de dejar en claro si la función de reinserción atribuida a la pena corresponde a la fase de la conminación legislativa o a la aplicación judicial de la misma, o bien solamente a la disciplina de la ejecución penal.

La tesis que resuelve tal cuestión en el último sentido de la alternativa puesta es la correcta; en primer lugar, porque valoriza al máximo la interpretación gramatical de la norma a estudio, apuntando sobre el perfil formal de su expresión sintáctico:

Artículo 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. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.

La eficacia persuasiva de tal interpretación pudiera desviarse si tomamos en cuenta que en México, el sistema penitenciario, tanto federal como estatal, está compuesto por reclusorios o centros de custodia preventiva, como por penitenciarías o instituciones de ejecución de penas, las que en su conjunto forman el así llamado Cereso (centro de reinserción social), lo cual contribuye más a su confusión, porque en provincia están contruidos arquitectónicamente, la mayor parte de ellos, sobre un mismo complejo penitenciario, lo cual hace creer al público no especializado que todos los ahí reclusos son candidatos constitucionales a ser reinseridos.

Y he aquí el segundo problema que el intérprete debe resolver: si la reinserción es un objetivo aplicable a toda persona que se encuentre privada de su libertad tanto en un instituto de custodia preventiva o solo a los que se encuentran en un instituto de ejecución de penas, o a ambos.

Sobre un plano de interpretación literal, nosotros nos ponemos de parte de aquella cuya tesis aflora en el sentido de que la función de reinserción atribuida a las penas por el Constituyente permanente es en relación con los condenados, porque así se infiere de la antigua y nueva expresión "...como medios de readaptación social del (delincuente), ahora del (sentenciado)"; y esta última categoría jurídica se etiqueta a aquel individuo que tiene en su contra una declaratoria irrevocable de existencia del cuerpo del delito y una atribución definitiva de responsabilidad penal. De lo que se infiere que los procesados, constitucionalmente, no deben ser readaptados ni reinseridos, sino únicamente internados en custodia preventiva; y por otro lado, los procesados no se encuentran propiamente purgando una pena, sino sujetos a una medida cautelar, como lo es la prisión preventiva.

Por otra parte, de una interpretación sistemática de la última parte del primer párrafo, en relación con el segundo, del citado precepto constitucional, se infiere que si el sitio de la prisión preventiva debe ser distinto del que se destinara para la extinción de las penas y estarán completamente separados, con ello

el legislador histórico quiso que no se mezclaran procesados con sentenciados, no solo para evitar cualquier contaminación, sino también para señalar que merecían tratamientos distintos.

III. ¿QUÉ COSA SE HACE PARA LOGRAR ESTE OBJETIVO?

El presupuesto indispensable para lograr la resocialización es la individualización del tratamiento. El vocablo significa que los técnicos penitenciarios deben tender a lograr una resocialización en la que se tome en cuenta la personalidad de cada individuo, y en particular las carencias físico-psíquicas que determinan su comportamiento criminoso, lo que presupone obviamente un profundo conocimiento de la personalidad del sujeto. A tal propósito, la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados prevé, en relación con los reclusos, la observación científica de su personalidad, dirigida a la búsqueda de tales carencias y de otras causas de inadaptación social.

En efecto, el artículo 6o. de las Normas Mínimas establece que “El tratamiento será individualizado, con aportación de diversas ciencias y disciplinas pertinentes para la reincorporación social del sujeto, consideradas sus circunstancias personales”.

Ahora bien, si el tratamiento debe ser individualizado, resulta lógico que se debe efectuar con estudios muy cuidadosos de la personalidad de cada reo. Pero si como este es cambiante, semejante a las hojas de un árbol, y muda conforme pasa el tiempo, es necesario adoptar un régimen progresivo, un tratamiento que vaya por etapas, por escalones. El artículo 7o. de la Ley de Normas Mínimas establece el anterior criterio al señalar:

El Régimen Penitenciario tendrá carácter progresivo y técnico y constará, por lo menos, de períodos de estudio y diagnóstico y de tratamiento, dividido este último en fases de tratamiento en clasificación y de tratamiento preliberacional. El tratamiento se fun-

dará en los resultados de los estudios de personalidad que se practiquen al reo, los que deberán ser actualizados periódicamente.

Se procurará realizar el estudio de personalidad del interno desde que éste quede sujeto a proceso,...

El artículo 7o. establece un esquema natural de progresividad: fases de estudio y diagnóstico, en primer lugar, y de tratamiento, después. Durante la primera fase realizada en el centro de observación y clasificación se analiza a fondo la personalidad del reo. Esto permite formular un diagnóstico y un pronóstico y establecer el tratamiento que se deberá aplicar al sujeto, teniendo en cuenta sus aspectos médicos, psiquiátricos, sociológicos, psicológicos, laborales y pedagógicos.

Después de haber desarrollado este examen, se inicia el periodo dinámico de la reclusión; durante su desarrollo se observará detenidamente al detenido, y con base en estas observaciones se determinarán las nuevas formas de tratamiento: en clasificación y en preliberación.

La clasificación de los detenidos constituye la mejor forma para lograr la individualización del tratamiento, y tendrá el propósito, entre otros, de erradicar la promiscuidad, tan común en las viejas cárceles. A partir de 1917, el constituyente originario introdujo en el artículo 18 constitucional un criterio de clasificación jurídica de los detenidos, al establecer que: “Art. 18. Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto al que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados...”.

Esta separación que debe existir entre procesados (prisión preventiva), y condenados (reclusión penitenciaria), resulta sumamente acertada, pues en favor de los primeros existe la presunción de inculpabilidad, ya que no existe una condena definitiva en su contra, a diferencia de los sentenciados, en cuya confrontación existe una sentencia ejecutoriada, pues resultaría contrario a los fines del tratamiento de reinserción, tener una misma celda a un probable responsable de un delito, y a un delincuente reincidente, habitual o profesional.

Las reformas de 1965 al ya citado artículo constitucional introdujeron una ulterior clasificación de tipo criminológico: hombres separados de las mujeres, así como los adultos de los menores:

...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 establecerán en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia que será aplicable a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad...

La Ley de Normas Mínimas nos sigue dando los lineamientos por lo que respecta a la clasificación de los reos en atención a su peligrosidad social. Así, el segundo párrafo del artículo 6o. dispone:

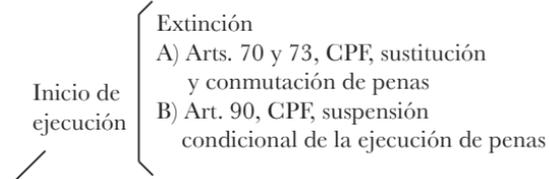
...Para la mejor individualización del tratamiento y tomando en cuenta las condiciones de cada medio y las posibilidades presupuestales, se clasificará a los reos en instituciones especializadas, entre las que podrán figurar establecimientos de seguridad máxima, media y mínima, colonias y campamentos penales, hospitales psiquiátricos y para infecciosos e Instituciones abiertas.

Durante la ejecución de las penas, el condenado se encuentra jurídicamente obligado a trabajar, a asistir a la escuela elemental, a observar buena conducta y a reparar el daño causado, pues de acuerdo con el artículo 84 del Código Penal Federal, al cumplir las tres quintas partes de su condena (60% de la pena), si cometió delito doloso, o el 50% de la misma, en caso de delitos culposos, tendrá derecho a obtener el beneficio de la libertad preparatoria. Sin embargo, no hay que perder de vista que este o cualquier otra medida alternativa a la detención a que tenga derecho no se obtiene de la simple suma de aquellos requisitos si del examen de personalidad no se infiere su viabilidad de reinserción; es decir, su aptitud para volver a la vida social, a la vida en libertad.

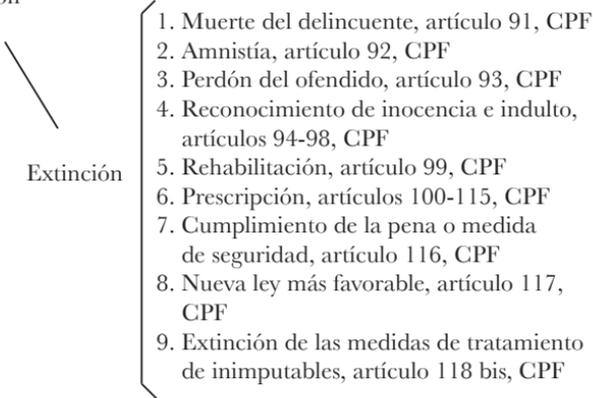
1. Artículo 21 constitucional

...
...

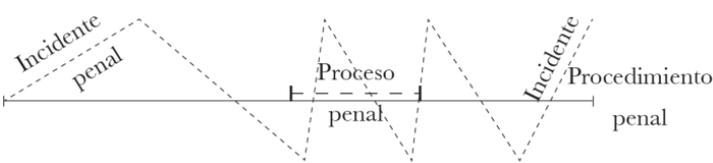
La imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial



2. Duración



3. ¿Incidente o proceso ordinario de ejecución?



Nosotros sostenemos que los incidentes se abren para las penas de corta duración y los procesos ordinarios de ejecución para las penas de larga duración.

“ART. 92. (Facultad de promover la suspensión). El sentenciado que considere que al dictarse la sentencia, en la que no hubo pronunciamiento sobre la sustitución o suspensión de la pena reunía las condiciones fijadas para su obtención y que está en aptitud de cumplir con los requisitos para su otorgamiento, podrá promover el incidente respectivo ante el juez de la causa”.

4. Código Federal de Procedimientos Penales

ARTÍCULO 1o. El presente código comprende los siguientes procedimientos:

I.

II.

III.

IV.

V.

VI. El de ejecución, que comprende desde el momento en que cause ejecutoria la sentencia de los tribunales hasta la extinción de las sanciones aplicadas;

VII.

“Art. 540. Cuando algún reo esté compurgando una pena privativa de libertad, crea tener derecho a la libertad preparatoria, la solicitará a la autoridad competente a cuyo efecto acompañará los certificados y las demás pruebas que tuviere...”.

5. La Ley de Ejecución de Sanciones Penales y Reinserción Social Para el Distrito Federal

Artículo 3o. Principios de la ejecución de la pena, medidas de seguridad y del sistema penitenciario.

Los principios rectores de la Ejecución de la Pena, Medidas de Seguridad y del Sistema Penitenciario, como mandatos de optimización, serán los siguientes:

V. Judicialización. Las cuestiones relativas a sustitución, modificación o extinción de las penas o medidas de seguridad, se ventilarán ante el Juez de Ejecución en audiencia incidental que se desarrollará de for-

ma oral y se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, a que se refiere la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y esta Ley.

6. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Artículo 20.-

De los principios generales:

X. Los principios previstos en este artículo, se observarán también en las audiencias preliminares al juicio.

IV. El juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente. La presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral.

Nosotros sostenemos que la porción normativa contenida en la fracción V del artículo 3o. de la Ley de Ejecución de Sanciones Penales y Reinserción Social para el Distrito Federal es inconstitucional, al establecer que el incidente se desarrollará de forma oral regido por los principios previstos en el reformado artículo 20 constitucional, puesto que la fracción X del apartado A del aludido precepto constitucional, como acabamos de leer, dice que solo se observarán en las audiencias preliminares al juicio (ante el juez de control) y ante el juez de juicio oral, mas no en el procedimiento o incidente de ejecución de penas.

En las apuntadas condiciones, es correcto el procedimiento escrito que se realiza ante los jueces de ejecución de penas federales y en el Estado de México.

REFORMAS A LA LEY DE SEGURIDAD NACIONAL

Javier CORRAL JURADO*

Quiero en primer lugar agradecer la invitación tanto a la doctora Olga Islas como al doctor Sergio García Ramírez, quienes me extendieron la invitación a participar en estas Jornadas sobre Justicia Penal, a mí, que no soy eso que suele llamarse un penalista, como ustedes, han podido observar en mi currículum que mi trayectoria en el campo del derecho se ha ocupado desde hace muchos años por el derecho a la información y el tema de los medios de comunicación, pero mi responsabilidad como presidente de la Comisión de Gobernación de la Cámara de los Diputados me ha obligado a entrar en el estudio de un conjunto de reformas a la Ley de Seguridad Nacional, que por supuesto buscan de alguna manera superar las atribuciones del Ministerio Público en el campo de la persecución de los delitos, y ese hecho ha generado una enorme polémica en el Congreso, en la opinión pública, y por supuesto entre los integrantes de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, que entre otras instituciones ha sido una de las voces más críticas y más sonoras en términos de alertar o advertir las consecuencias del proyecto de reformas a la Ley de Seguridad Nacional, y que se encuentra turnado precisamente para su estudio y dictamen

* Licenciado en derecho y ciencias sociales por la Universidad de Occidente. Profesor en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM y en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho, UNAM. Miembro investigador del Centro de Investigaciones Interdisciplinaria en Derecho de Acceso a la Información Pública. Diputado federal en la LXI Legislatura, en donde se desempeña como presidente de la Comisión de Gobernación.

en las comisiones de Gobernación, Defensa Nacional y Derechos Humanos, y a partir de esta visión y de este enfoque es que comparto con ustedes mis puntos de vista, ya decantados por un largo proceso de discusión tanto en un foro nacional como en una mesa de discusión en este mismo Instituto de Investigaciones Jurídicas y, por supuesto, a la luz de una serie de planteamientos de reflexiones como las que la propia Academia Mexicana de Ciencias Penales planteó al Congreso Mexicano.

El párrafo tercero del artículo 14 constitucional dice a la letra: “En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate”. Este principio constitucional, de la exacta aplicación de la ley en materia penal, dispone que solo podrá imponerse la pena señalada por la ley, para los diversos delitos, ya que debe aplicarse precisamente la que está prevenida, y no otra similar. Esta garantía impide, además, que sea castigada como delito una conducta humana si no está incluida ella como delictuosa en las leyes penales. Si el acto o conducta realizada se parece a un delito o si para tal hecho hay una ley o delito inferior, en ambos casos no serán aplicables las acciones de tales disposiciones, pues no son exactamente relacionadas con el hecho.

Las reformas planteadas a la Ley de Seguridad Nacional prevén incorporar un catálogo de conductas que pueden ser consideradas como delictivas, que permitiría a las autoridades en la materia, actuar de tal forma que desactiven las consecuencias de esas acciones. De esta forma, encontramos en el catálogo los siguientes actos tendientes a:

- I. Consumar espionaje, sabotaje, terrorismo, rebelión, traición a la patria, genocidio, en contra de los Estados Unidos Mexicanos, dentro del territorio nacional; ilícitos que por sus consecuencias impliquen riesgos, desafíos o amenazas; o el tráfico ilegal de materiales nucleares, de armas químicas, biológicas y convencionales de destrucción masiva;

- II. Obstaculizar o bloquear actividades de inteligencia o contrainteligencia; impedir a las autoridades competentes, la prevención y el combate de delitos contra la seguridad de la nación, previstos en el Código Penal Federal; que las autoridades lleven a cabo las acciones necesarias para garantizar la provisión de bienes y servicios públicos indispensables para la población, prevenir, auxiliar, recuperar y apoyar a la población en caso de contingencias; el ejercicio de las atribuciones de las autoridades para atender una afectación a la seguridad interior; o acciones de prevención o defensa que lleva a cabo el Estado mexicano frente a otros Estados, sujetos de derecho internacional o agentes no estatales;
- III. Quebrantar la unidad de las partes integrantes de la Federación, señaladas en el artículo 43 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;
- IV. Contrarrestar la seguridad de la aviación y la navegación marítima;
 - V. Atentar en contra del personal o las sedes diplomáticas o representaciones oficiales de organismos internacionales en el país;
 - VI. Financiar acciones y organizaciones terroristas;
- VII. Destruir o inhabilitar la infraestructura de carácter estratégica o indispensable para la provisión de bienes o servicios públicos;
- VIII. Permitir desarrollar a un Estado o un grupo de Estados empleando sus fuerzas armadas para agredir o invadir al Estado mexicano;
- IX. Las demás que señalen otras leyes.

Estos actos permitirían actuar a las instancias encargadas de preservar la seguridad nacional, pero sin que ellas puedan fincar responsabilidades penales, administrativas o civiles; en una palabra, consecuencias jurídicas, porque no lo prevén como delitos las reformas a la Ley de Seguridad Nacional. En el caso del es-

pionaje, sabotaje, terrorismo, rebelión, y traición a la patria, que son delitos contra la seguridad de la nación; y genocidio, que son delitos contra la humanidad previstos en el Código Penal Federal, las conductas deben ajustarse a lo que prevén dichos tipos penales, y en todo caso se les podrían fincar responsabilidades penales en grado de tentativa, pues la finalidad sería desactivar las acciones; es decir, anticiparse para evitar la realización de la conducta.

Por eso acertadamente la iniciativa presidencial, que también prevé este catálogo, los referenciaba a conductas que justificarían solicitar a un juez la orden para intervenir las comunicaciones privadas, como lo prevé el artículo 16 constitucional, y no dejaba abierta la posibilidad de que las instancias encargadas de preservar la seguridad nacional realicen actos arbitrarios, que conculquen los derechos humanos y sus garantías.

Debo aclarar que la actual Ley de Seguridad Nacional, en su artículo 5o. describe estos actos como amenazas; sin embargo, la actual Ley es en realidad una ley orgánica del Centro de Investigación y Seguridad Nacional, CISEN, que se expidió en el gobierno del presidente Vicente Fox para regular y normar el trabajo que realiza el Centro.

Las reformas planteadas a la legislación en materia de seguridad nacional invitan a la discusión y polémica por la intervención que se da a las fuerzas armadas, y explico.

La vigente Ley establece un Consejo de Seguridad Nacional, órgano que coordina las acciones orientadas a preservar la seguridad nacional, el cual se conforma por:

- a) El titular del Ejecutivo Federal, quien lo presidirá;
- b) El secretario de Gobernación, quien fungirá como secretario ejecutivo;
- c) Y los secretarios de la Defensa Nacional; el de Marina; el de Seguridad Pública; el de Hacienda y Crédito Público; el de la Función Pública; el de Relaciones Exteriores; el de Comunicaciones y Transportes; el procurador general de la República, y el director general del CISEN.

Es decir, la intervención de las fuerzas armadas está presente en las actividades de preservación de la seguridad nacional, pero limitada a la deliberación para establecer y articular la política en la materia. ¿Por qué se acota su participación a estas acciones? La respuesta está en el diseño que prevé nuestra Constitución.

El régimen constitucional mexicano se basa en dos pilares fundamentales de nuestro sistema político; por un lado la organización del Estado mediante la división de poderes, y, por otra parte, las libertades individuales o derechos humanos y sus garantías.

El acuerdo político que como sociedad nos hemos dado establece que el Supremo Poder de la Unión se divide en tres poderes, que mantienen un equilibrio de fuerza para evitar la arbitrariedad que el ejercicio del poder trae consigo.

La participación de las fuerzas armadas concentra la mayor discusión, y quizá muchos se han dado cuenta de las implicaciones constitucionales, que si bien no modifican el régimen político, sí el diseño constitucional que caracteriza a nuestro régimen democrático, ya que se implican y en ciertas redacciones trastocan las siguientes normas constitucionales: el contenido del párrafo final del artículo 16, que se relaciona y complementa directamente con lo prescrito tajantemente con el artículo 13, sobre el fuero de guerra y los tribunales militares, igual correspondencia con lo mandatado en el artículo 132 y el precepto 129 del código fundamental, que hasta la fecha no ha sufrido modificación alguna. Y procedo a explicar.

El sistema constitucional mexicano prescribe una serie de normas que acotan la actuación de los militares en la vida nacional. Su mayor límite lo encontramos en el artículo 129, que en el primer párrafo se lee que

en tiempos de paz, ninguna autoridad militar puede ejercer más funciones que las que tengan exacta conexión con la disciplina militar. Solamente habrá Comandancias Militares fijas o permanentes en los castillos, fortalezas y almacenes que dependan in-

mediatamente del Gobierno de la Unión; o en los campamentos, cuarteles o depósitos que, fuera de las poblaciones, estableciere para la estación de las tropas.

Lo cual significa que en tiempos de normalidad, en el desarrollo de las actividades de la vida cotidiana, ni una sola autoridad militar tiene la mínima facultad para actuar fuera de su propio ámbito, la disciplina militar, de manera que carece de competencia para ordenar a los civiles a actuar, permitir o conceder algo que desee o necesite.

La tesis de que la autoridad militar no tiene ninguna potestad o jurisdicción sobre los civiles también se comprueba por lo prescrito en el último párrafo del artículo 16 constitucional, que dice: “en tiempos de paz ningún miembro del Ejército podrá alojarse en casa particular contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna”, lo cual significa la inviolabilidad del domicilio privado por las autoridades militares que puedan pretender ocuparlo, concediendo al gobernado el derecho a oponerse a tal pretensión o reclamarlo mediante un juicio de amparo.

La prevalencia de lo civil sobre lo militar también la encontramos en el texto constitucional bajo el artículo 13, que en la parte conducente prescribe: “cuando en un delito o falta del orden militar estuviese complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda”. Al respecto, debo comentar que la palabra “paisano” es definida por el diccionario de la Real Academia Española con tres acepciones distintas:

- a) Que es del mismo país, provincia o lugar que el otro;
- b) Campesino, que vive y trabaja en el campo;
- c) El que no es militar. Se dice de los militares o eclesiásticos cuando no viste uniforme o hábito.

Estas definiciones de la palabra “paisano” me permitirán hacer una debida explicación de esta prescripción normativa. La última de ellas es la más acertada, y la razón del porqué el Constituyente la introdujo, ya que el espíritu de la misma es que los civiles jamás estén sujetos a la jurisdicción militar y, que en todo

caso sea la jurisdicción de los tribunales ordinarios la que prevalezca sobre la militar estando los miembros del ejército sujetos a la potestad civil cuando cometan un delito sea del fuero común, federal o incluso del orden militar, en el cual afecten a un civil, o bien el delito lo cometan en coautoría con un civil, cobra relevancia esta afirmación cuando la sujetamos a una explicación de la figura de afectación a la seguridad interior propuesta en las reformas a la Ley de Seguridad Nacional, pues en tal supuesto se permitiría que los miembros de las fuerzas federales atiendan la afectación que las autoridades locales no puedan enfrentar, y si de las acciones realizadas por el ejército y la policía local o federal, por ejemplo, concurren en la comisión de un delito, se acredita el supuesto normativo previsto en el artículo 13 constitucional.

El jurista mexicano Ignacio Burgoa, sobre el particular, apunta:

en efecto, en la comisión de un hecho delictuoso, las responsabilidades de los coautores están en íntima relación de tal manera que la liberación de culpabilidad de unos aumenta o agrava la de los otros o viceversa. Tan es así, que en muchos casos prácticos los intereses de los procesados coautores de un mismo delito están en pugna, lo que hace que estos se imputen la responsabilidad penal. Pues bien, para que un juez penal conozca cabalmente de una situación creada por la comisión de un delito, debe deslindar perfectamente las responsabilidades de las personas que concurren en su realización, con el fin de aplicar adecuadamente la pena que corresponda. Para conseguir este objetivo, es menester que enjuicie simultáneamente, en un solo proceso, a los diversos coautores de un delito. De lo contrario, no dispondrá de los datos y elementos suficientes para delimitar las distintas responsabilidades penales. Por tal motivo, tratándose de un delito militar, como de cualquier otro, debe ser un mismo tribunal el que enjuicie a todos los coautores del hecho, y si la Constitución da competencia a los jueces ordinarios para conocer de un caso que verse sobre la comisión de un delito militar en el que hubieren intervenido civiles y miembros del ejército, a ambas categorías de personas debe juzgar.

Esta separación civil de lo militar, de la que he venido hablando y acreditando, la explica con claridad el ilustre abogado Ponciano Arriaga, al afirmar, en su voto particular en el Congreso Constituyente de 1857, lo siguiente:

lo que en mi concepto han querido los señores que hicieron la adición de que se trata es la abolición de esas comandancias fijas, perpetuas, inamovibles, y una precisamente en cada estado como empleo necesario constituido e inherente a la demarcación política, comandancias que no han sido ni son más que rivales de las autoridades de los estados, que toman parte muy directa en los asuntos civiles, políticos y administrativos; que deliberan y mandan, no ya en asuntos de justicia sino también de hacienda, de paz y de seguridad pública; y que ejerciendo de hecho otras facultades y atribuciones que de derecho no pertenecen sino a las autoridades políticas o civiles, ya sean de los estados o del gobierno federal, han dado margen a todas las querellas y colisiones, a todas las disputas y discordias que tantas veces han perturbado, no sólo la buena armonía que debe entre todos los funcionarios públicos, sino también el régimen legal y hasta la paz pública, haciendo que las leyes guarden silencio al estrépito de las armas.

No obstante, existen otras normas constitucionales que deben ser reglamentadas con claridad para salvaguardar fundamentalmente los derechos humanos y sus garantías, así como también la subsistencia del régimen democrático de derecho y el sistema federal en el Estado mexicano; dichas normas son contenidas en la fracción VI del artículo 89 y el 119 de nuestra ley fundamental. La primera de ellas faculta al presidente de la República a preservar la seguridad nacional en los términos de la ley respectiva (que no existe), y disponer de la totalidad de la fuerza armada permanente para la seguridad interior y defensa exterior de la Federación, en tanto que el segundo, conocido como la garantía federal, que es la protección que los poderes de la Unión deben dar a las entidades federativas ante violencia o invasión exterior; en casos de sublevación o trastorno interior igual ayuda deberán

prestar a la Federación, siempre y cuando la legislatura del estado o su Ejecutivo lo soliciten.

Por lo que respecta de la intervención federal en una entidad federativa, la Constitución plantea diversas figuras: la prevista como declaración de inexistencia de poderes, facultad exclusiva de la Cámara de Senadores (fracción V del artículo 76 constitucional) o bien la ejecutiva, prevista en el artículo 119, por una agresión o invasión extranjera, o bien un trastorno interno, que consiste en sostener o restablecer a la autoridad local en sus funciones, pero en este último supuesto, a solicitud de la legislatura local o del Ejecutivo en los recesos de aquella.

De hecho se ha sostenido que también se intenta reglamentar el artículo 119 con las reformas a la Ley de Seguridad Nacional con esta figura de declaración de afectación a la seguridad interior. Por ello atinadamente el Senado de la República prevé que quienes pueden solicitar dicha medida sea la Legislatura del estado, su gobernador o el ayuntamiento; sin embargo, existe la propuesta del Grupo Parlamentario del PRI, consistente en permitir que dicho procedimiento pueda ser iniciado por el Ejecutivo Federal.

Explicaré esta parte. Se sostiene, en las reformas propuestas, que el procedimiento sea iniciado ante el secretario ejecutivo del Consejo de Seguridad Nacional, con la integración ya descrita.

Si el Consejo está integrado por los titulares de las dependencias de la administración pública federal mencionadas, que se encuentran jerárquicamente subordinados al presidente de la República, ¿no resulta incongruente que lo solicite ante un subordinado suyo y el mismo se resuelva, es decir, ser juez y parte?

Además, dicha propuesta rompe con el modelo federal, que supone la existencia de entidades federativas soberanas, que han otorgado a la Federación facultades expresas, y las no señaladas a las autoridades federales se entienden reservadas a ellos, según se desprende del artículo 129 constitucional.

Un argumento más es que la declaratoria de afectación supone el apoyo de la Federación a las autoridades locales cuando

se encuentren rebasados en sus capacidades, por lo que de conformidad con el artículo 119 de la carta fundamental son ellos los que excitan a las autoridades federales para que los apoyen, no supone sustitución o suplantación de autoridades locales, sino coadyuvancia, colaboración y apoyo.

Se ha propuesto en este documento del PRI, incluso la suplantación de funciones de la procuraduría cuando proponen que la fuerza armada permanente pueda llevar a cabo detenciones, dictar y ejecutar medidas y provisiones necesarias, preservación de indicios y cateos, entre otras, funciones y actividades. El Ministerio Público surge como instrumento para la persecución del delito ante los tribunales, en calidad de agente del interés social, quien de conformidad con el artículo 21 constitucional es la autoridad única en la materia.

Las sociedades aspiran a una adecuada impartición de justicia a través de instituciones especializadas dedicadas a la solución de conflictos. En el caso de conductas delictuosas, se busca que la persecución del responsable esté a cargo de personas ajenas a la infracción; es decir, de especialistas que actúen en representación de todos aquellos que en forma directa o indirecta resultan lesionados.

A tal efecto se instituye el Ministerio Público, conquista del derecho moderno. Al asumir el Estado la acción penal, establece los órganos facultados para ejercerla. Objeto de severas críticas y de encontradas opiniones, el Ministerio Público se ha instaurado en la mayor parte de los pueblos cultos, considerándosele como una magistratura independiente. Su misión implícita es la de velar por el estricto cumplimiento de la ley, depositaria de los más sagrados intereses de la sociedad.

En una etapa anterior, el Estado optó por delegar en el juez la labor persecutoria de los delitos, lo que concentraba dos funciones (juez y parte) en un solo órgano. Ello generó un tipo de proceso inquisitorio, que ha tendido a desaparecer. Lo ha desplazado la creación de un “órgano público encargado de la acusación ante el poder jurisdiccional”.

Es un hecho que el Ministerio Público responde actualmente a un imperativo social. Su funcionamiento como organismo especializado resulta imprescindible para la buena administración de la justicia. A su importancia natural se agregan la de la equidad y la de la más elemental conveniencia, esto es: la separación radical de las atribuciones del solicitante, por un lado, y las de quien debe resolver la procedencia de dicha solicitud, por otro. De quien acusa; y de quien falla. Así se evita la parcialidad en el ejercicio de la jurisdicción.

La importancia y trascendencia de las funciones actuales de esta institución son esenciales para la vida de la sociedad, ya que comprende la dirección y/o defensa de los intereses del Poder Ejecutivo, de la sociedad, y también los derechos individuales.

Finalmente, el proyecto del PRI propone, de forma inaudita, que

en caso de que una vez declarada la afectación a la seguridad interior, a juicio del Ejecutivo Federal, con acuerdo del Consejo, se requiera de medidas extraordinarias para hacer frente de manera rápida y fácilmente a la afectación en caso de que ésta ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto en grado de amenaza, previa aprobación del Congreso de la Unión o, en sus recesos, de la Comisión Permanente, el Presidente de la República ordenará las acciones necesarias, de carácter extraordinario, para garantizar la seguridad nacional.

Como se puede ver, se trata de la figura de suspensión de garantías, y ello es un fenómeno jurídico constitucional que tiene lugar como antecedente necesario para que la actividad gubernativa de emergencia pueda válidamente desarrollarse.

Sin que previamente se decrete la suspensión mencionada por los medios y autoridades a que alude la ley fundamental, la labor del gobierno estatal, tendiente a prevenir o remediar los males públicos inherentes a la situación anormal, sería jurídicamente inválida, teniendo el gobernado el derecho de oponerse a ella, a través de los conductos que como el juicio de amparo, la

Constitución le brinda. En consecuencia, antes de que las autoridades del Estado estén en condición de hacer frente a la situación de emergencia deben suspender las garantías individuales que constituyan un obstáculo al desarrollo rápido y eficaz de la actividad estatal.

Esta disposición no es correspondiente, e inclusive sería contradictorio con lo previsto en el artículo 4o. transitorio del decreto de reformas a la Constitución Política publicado el 10 de junio de 2011 en el *Diario Oficial de la Federación*, el cual ordena al Congreso de la Unión a expedir una ley reglamentaria del artículo 29 constitucional.

Las reformas a la Ley de Seguridad Nacional plantean un cambio en el régimen constitucional sin las debidas reformas a la ley fundamental, porque se atenta contra el régimen federal reconocido por la Constitución en sus artículos 40, 115, 116 y 124.

Son los estados de la República mexicana los que han dotado a la Federación, de facultades y atribuciones expresas; las demás, las implícitas, se las han reservado para sí, y el Congreso de la Unión no tiene atribuciones para dotar en una ley al presidente de la República, de facultades para sustituir a las autoridades locales.

Los estados que conforman la Federación son soberanos, pues así lo mandata el artículo 40 constitucional. De esta forma, sus autoridades son legítimas desde el momento mismo en que son elegidas en procedimientos electorales democráticos, y por ende deben ser apoyadas por la Federación cuando ellas, y solo ellas, lo soliciten. No hay pretexto alguno, ni la seguridad nacional, para violentar el esquema federal del que nos han dotado los fundadores, que nos hemos dotado voluntariamente, porque así conviene a su población.

Si las autoridades locales son rebasadas y necesitan ayuda, el artículo 119 de la Constitución es claro, la Federación debe dotarlas de ayuda, de auxilio, de forma oficiosa, cuando hay una agresión o invasión exterior, pero cuando hay una sublevación o trastorno interno, la garantía federal es tajante: la legislatura

local, o en sus recesos el Ejecutivo del estado, deben excitar a la Federación. Nunca jamás por voluntad de la Federación se puede intervenir en el ámbito de lo local o sustituir sus funciones, salvo el caso de desaparición de poderes, restricción o suspensión de derechos y garantías; son los dos supuestos de intervención federal en la soberanía de las entidades federativas.

Por las consideraciones anteriores que he presentado, quiero compartir esta tarde, dentro de las Jornadas del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, mi opinión sobre el estado de la cuestión. Se hace absolutamente inviable para las cámaras del Congreso aprobar los proyectos de reformas a la Ley de Seguridad Nacional, tanto el proyecto alternativo como la misma minuta del Senado de la República. En términos reales, este asunto no puede ser aprobado ni en este periodo en el que, por supuesto, vendrá de última hora una presión extraordinaria, ni en el siguiente periodo ordinario de sesiones; hay dos hechos supervinientes que el Congreso no puede eludir: la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y la reforma constitucional en materia de derechos humanos. Aprobar en estos términos las reformas a la Ley de Seguridad Nacional sería una enorme contradicción, y se ocasionaría un daño sin duda al interés público, y por supuesto, al valor fundamental de la justicia.

SEGURIDAD NACIONAL Y DERECHO PENAL

René GONZÁLEZ DE LA VEGA*

Se ha dicho mucho —se ha debatido más— en torno a un proyecto de reformas y adiciones a una de por sí novedosa Ley de Seguridad Nacional de apenas 2005, cuyos efectos y resultados aún estamos por evaluar, y que no es ajeno —el proyecto— a la existencia misma del derecho penal, pues tiende a trastocar su naturaleza jurídica y su finalidad.

Una norma jurídica suele presentar un dato oculto, solo accesible al legislador, y no al ciudadano común; de ese concepto han emergido las cuestiones de la novedosa imputación objetiva en el derecho penal; ese es el punto a desentrañar ahora mismo con esa iniciativa: ¿qué podemos esperar de ella las personas de a pie, no el poder público? Hablo de las conocidas expectativas cognitivas.

Los discursos de todos lados han sido escuchados y comentados. Muchos reflexionan sobre el tema y se ocupan en analizar las iniciativas y dictámenes en esas materias de tanta trascendencia, y se preocupan por sus efectos y alcances... y con razón.

México —ni duda cabe— vive horas complejas y violentas, es necesario hacer cosas; dar respuestas; la prioridad es combatir la delincuencia —por supuesto—, pero con medidas que tiendan a la disminución de la violencia contra la población; menudo dilema; lo contrario —aunque se legalizara— es inadmisibile.

* Miembro de número de la Academia Mexicana de Ciencias Penales y profesor de derecho penal.

Hacer “algo” es preciso, como siempre se dice ante una emergencia —ante una coyuntura cualquiera— que perturba nuestro devenir cotidiano. Sin embargo, no puede ni debe hacerse “cualquier cosa”, por desesperado que sea el panorama, ni por angustiosos que nos resulten los hechos, sino solo nos es dable hacer lo pertinente. Pero ¿qué es lo pertinente?

No cabe duda de que el último lustro se ha distinguido por muchas cosas; específicamente, un par de ellas llaman nuestra atención ahora mismo: primero: una verdadera guerra contra el crimen organizado —sobre la que la cuestión sería: ¿era inminente y heredada esa guerra, pues los índices delictivos venían creciendo para 2006, o fue producto de la mercadotecnia política en un momento de debilidad gubernamental?— “guerra” que ya presenta —a estas alturas— saldos preocupantes —para decir lo menos— y que troyanos y troyanos defienden y atacan, con razones válidas e inválidas en ambos lados de la visión de México; y segundo: una profusa y no siempre afortunada excitación legislativa, que por supuesto no olvidó a la Constitución, y que aún es materia de encuentros y desencuentros entre juristas y ciudadanos.

Hoy estamos montados —a querer o no— en ese escenario, propicio —al menos— para la reflexión dura y madura.

A esas circunstancias debe adicionarse el factor tiempo, pues desde el punto de vista político y jurídico estamos en una temporada complicada —nada menos que un proceso electoral— para asumir decisiones racionales, y con esto no quiero decir que su contrario fuera lo irracional, sino lo de mera conveniencia política; esto es, si el derecho es la ciencia de lo racional, de lo que “debe ser”, la política es la ciencia de lo razonable, de lo que “puede ser”, y el poder puede, bajo los parámetros actuales, pervertirse —no sería la primera vez— y vencer al “deber ser” por mera conveniencia, y entonces irnos por rumbos de estricta coyuntura política y no de carácter estructural en nuestro orden jurídico.

El ideal se encuentra en mantener siempre la cuerda tensa entre el deber ser y el poder ser, para llegar a un punto de gober-

nabilidad adecuado y de preservación del Estado de derecho y tal vez restaurarlo, pues no está intacto.

Desde luego, no es mi misión, ahora mismo, intentar un análisis detenido y cuidadoso —seguramente dogmático— de las propuestas legislativas que nos ocupan, imaginando la fase que deja los impulsos de *lege ferenda*, para arribar a la de *lege lata*.

Creo que es mejor ubicarnos —en esta ocasión y con los rigores del tiempo asignado a la vista— en una atalaya un poco más elevada, no por sus pretensiones ni por menosprecio al trabajo dogmático —serio y comprometido—, sino porque una situación de mayor perspectiva, tal vez, nos permitiría ingresar a una comprensión mejor de lo que trata de comentarse. Esto es, pasar de un discurso dogmático, que tiende a explicar y describir, a uno de orden normativo, que pretende hurgar en las razones que justifican los hechos y las circunstancias.

Los discursos de los políticos de uno y otro signo ideológico en rededor de este tema tan virulento, fundamentalmente los de quienes están a favor de una nueva legislación en materia de seguridad nacional, resultan sugestivos ante una sociedad previamente atemorizada; no tanto los discursos de los que están en contra, pues el problema de los liberales en el mundo es que se han arrinconado últimamente, y pierden argumentos, pues siempre, el lado activista del uso de la fuerza, o el del capitalismo más agresivo, por ejemplo, resultan, a la postre, más convincentes al gran público atemorizado, dado que siempre se insiste: “es dolorosa la respuesta, pero no hay otra si queremos seguridad algún día”: es la famosa “suma cero”, que habla de “levantarnos con la victoria”.

Eso es más seductor ahora mismo, que el discurso liberal que propone el consenso o la justicia o el humanismo —dicen quienes rebaten esto, que hay derechos que estorban—, pues esos liberales son presentados como idealistas, tímidos, pusilánimes o, también, como cómplices del no progreso o, peor, de los delinquentes, según el tema abordado, y ese rasero descalifica ante los más atemorizados.

Los “daños colaterales” en las hambrunas de África, por meras cuestiones de mercado, y en las guerras de Norteamérica o de México —cada cual en su sitio— contra enemigos diplomados ahora por leyes novedosas —habría que preguntarle a Jakobs—, están presentes y no parecen ingresar a los textos discursivos.

A nadie parece importar eso, solo que los muertos de alguna manera se lo merecían, así Bin Laden, o el supuesto narco autóctono. El argumento de un Estado interventor, paternalista y protector resulta en estos tiempos muy vendible.

Esos discursos sugerentes y atractivos al gran público suelen ser dramáticos, bien montados en toda una estrategia catastrofista que nos impulsa a un neonacionalismo que no siempre termina bien, y la historia es testigo de ello.

Se dicen cosas lindas y seductoras, pero totalmente equivocadas.

A partir de la segunda posguerra mundial se vive una expansión del discurso de los derechos; los pensadores del periodo entreguerras, si eran del bando liberal, ante la ausencia de esa tendencia discursiva, estaban en condiciones de acometer con fuerza a sus contrarios, como lo hicieron Francia o Gran Bretaña ante la Alemania y la Italia de esos años.

Pero en los años y décadas siguientes la argumentación por los derechos fue cerrando posibilidades de contraataque liberal, pues si un progresista asumía una actitud beligerante para disentir y descalificar el argumento del adversario, se le tachaba de incongruente e hipócrita.

Esa paradoja no ha cedido; al contrario, cobra fuerza y se convierte en un círculo perverso, que está dejando al mundo sin debate.

Hoy por hoy —es cierto— se vive bajo el manto discursivo de los derechos en todas las Constituciones, instrumentos internacionales y órdenes legales. Pero la mentalidad conservadora se basa en una visión hobessiana de la sociedad, y quiere siempre advertir al “hombre malo” por naturaleza; al enemigo *ex-ante*; distinguiendo artificialmente entre personas e individuos, o entre

hombre *noúmeno* y hombre fenómeno, y siempre procura evadir la presencia universal de los derechos, para escamotearlos a quienes selectivamente se decide.

De ahí, propuestas de legislaciones de atajo o resoluciones de tribunales constitucionales tan desconcertantes, como esa reciente en México, en la que ganando 7-4 en los votos, se pierde la posición liberal, ante un desconcertante constitucionalismo local.

Sin el dejo fascista del periodo entreguerras, los autores de hoy reconocen los *derechos del Estado* moderno, bajo el nuevo manto de ese discurso de los derechos ya mencionado.

Por supuesto que el contexto de los derechos voltea siempre, irremediabilmente —por vocación intrínseca— al hombre, ya en versiones de derechos humanos que advierten a las personas y derechos de orden sustancial; ya como derechos civiles o negociales; derechos públicos o derechos políticos.

Pero eso no impide que puedan coexistir esos facultamientos, con otros de orden colectivo, ya de orden privado o público, como esos derechos del Estado, así como —en otro renglón— las llamadas potestades de gobierno que deben protegerse, donde hallamos cuestiones como la seguridad pública; la de preservación de la moneda; de la fe pública; o de determinados servicios públicos, como los relacionados con los energéticos o las comunicaciones.

Los derechos del Estado —por su parte— conllevan la preservación del “ser nacional”; el Estado tiene derecho a existir y pervivir, pues su creación es de orden performativo.

Se dice que el primer derecho de toda persona es contar con un Estado que le reconozca, proteja y garantice sus derechos y le brinde espacio, orden, cultura y vida en común.

El instrumento mejor —acaso el único— para preservar al Estado es, precisamente, la seguridad nacional, en muchas de sus definiciones más acreditadas.

Así las cosas, es claro que la preservación del Estado tiene que ver con la integridad de su territorio y su gobierno, desde luego, pero fundamentalmente, se procura con especial acento,

el cuidado de las personas y de la sociedad; del pueblo, para ser muy claros.

No tendría sentido otra concepción, y en cambio, las reformas pretendidas sobre seguridad nacional soslayan a la población, a las personas, y eso es lo que se critica con más vehemencia.

Confundir esa protección del Estado, con protecciones exclusivas al gobierno, es confundir el contexto de los propios derechos.

Al gobierno debemos proteger sus potestades para estar en condiciones de ejercer, precisamente, los actos de gobierno, siempre atendidos a lo que la ley le otorga como atribuciones o facultades expresas, que al final del día se dirigen al llamado “bien común”, y no a sí mismo, pues tal contrariaría toda la concepción moderna de los derechos y nos regresaría al Leviatán.

Nuestro orden jurídico, y en especial el derecho penal, ha sido sensible, desde siempre —al menos desde 1931, para citar nuestra raíz vigente más antigua— de cara a la protección del Estado en cuestiones de seguridad exterior e interior, y también en cuanto a la protección de esas potestades gubernativas ya mencionadas.

Los conceptos jurídicos en estas materias tienen mérito histórico y cuentan con definiciones claras, y no necesitamos inventar nada; acaso actualizar.

Se ha protegido la seguridad pública a través de figuras típicas, como las que definen, por ejemplo, la evasión de presos, la regulación de armas prohibidas o la asociación delictuosa.

Se ha entendido el problema de la seguridad nacional, en sus versiones de seguridad exterior e interior de la nación.

Cada vez que hablamos de seguridad nacional no es posible evitar la incorporación de la llamada delincuencia política, que sabemos recibe un trato especial y privilegiado y cuenta con instrumentos de atención específicos, como es en el caso de la rebelión, la sedición, el motín y el delito de conspiración para cometerlos.

El sujeto pasivo es el Estado mismo, y, por tanto, ante cuestiones de seguridad interior, es el Estado quien debe saber reaccio-

nar en términos adecuados a la contextura política de esa actividad antisocial, y para ello existen —por ejemplo— instituciones como el asilo, la amnistía o la rehabilitación de derechos.

La seguridad exterior podría verse afectada por actividades de traición a la patria; espionaje o terrorismo, por ejemplo. No reciben el trato de la delincuencia política, y seguramente observaremos, al imponernos de su contenido, que las descripciones se hallan ampliamente superadas por la situación mundial de hoy, y seguramente deben remozarse.

A nadie resulta ajeno que ante determinadas comisiones de esta naturaleza: una rebelión, un acto terrorista de ciertas dimensiones, o incluso, un acto de espionaje que involucre inteligencia sensible o militar, las fuerzas armadas intervendrían, como lo han hecho en ocasiones anteriores, conforme a las disposiciones vigentes de nuestra Constitución.

Hoy, en el intento de reformas y adiciones a la vigente Ley de Seguridad Nacional, se pretende reinventar el concepto de seguridad interior del Estado.

Hay poca fortuna en ello, pues llevan los conceptos a márgenes inapropiados que refieren protecciones al gobierno y consideraciones de delincuencia política o colindante con dicha expresión, de una delincuencia organizada que por feroz que sea, resulta ajena totalmente a dichas previsiones, ya acreditadas por nuestro marco normativo.

Lo único que se lograría sería establecer una inviable mezcla de delincuencia política, delincuencia contra la seguridad exterior y delincuencia organizada, poco feliz, y, en cambio, sí generadora de muchas confusiones, al no lograr empatar —hacer congruentes— la legislación sobre seguridad y las leyes penales en vigor.

Resulta claro que cuando se coloca en riesgo la seguridad interior de la nación, a través de rebeliones en forma, para poner por caso, y se conspira para el levantamiento armado, el Estado —cualquier Estado— deba reaccionar con la fuerza de que ha sido dotado —en estos casos, las fuerzas armadas—, pues se está

ante un *casus belli*, o en su inminencia, pero claro, aun ante ese extremo, bajo las prevenciones constitucionales vigentes, y no de manera unilateral y menos arbitraria, o por disposiciones de un Estado legalista-burgués decimonónico.

La guerra civil es algo muy diferente en todos sus aspectos a la persecución de una delincuencia organizada, por feroz que sea y por crueles que resulten sus medios empleados. Estaríamos ante ese debatido “derecho a la revolución”, que nada tiene que ver con la actividad de las organizaciones criminales que buscan otro tipo de fines.

Si en México lo que se quiere es perseguir a la delincuencia común, en contraste con la delincuencia política o ideológica, a través del uso de la fuerza militar del Estado, es invertir todos los términos de un Estado de derecho.

Al legislar en cuestiones de seguridad nacional, es necesario nunca perder de vista qué es lo que se busca, pues hay un principio jurídico universal inexcusable: el *posse comitatus*, que impide la actuación de las fuerzas armadas en el territorio propio y contra su propia población.

Entendemos que una propuesta de un precandidato a la presidencia de los Estados Unidos, que consiste en ofrecer el envío de sus tropas a México, en sí y por sí, lastime a la seguridad nacional, aderezado ese dicho por una supuesta conspiración iraní en nuestro territorio contra la potencia vecina; o, esos operativos rápidos y furiosos que inciden en nuestro ámbito material y territorial de validez de nuestra ley penal, también socaven, por su carácter intrusivo, la seguridad de nuestra nación.

Pero no inscribimos en esas afectaciones a la seguridad interior o exterior de México, la actividad delincencial prevista en nuestras leyes penales, para ser tratada por el régimen jurídico que nos hemos dado, y entonces invoquemos inconsultamente la posibilidad de investigar y perseguir el delito, a través de instancias ajenas absolutamente al derecho penal liberal y democrático.

Esas afectaciones a la seguridad del Estado mexicano se atienden con diplomacia recia y firme, tal vez golpeando un poco

más fuerte sobre la mesa bilateral, que con normas jurídicas internas. Más decisión en nuestra presencia diplomática y menos sumisión.

Una ley —cualquiera— ha de tener el propósito de buscar el bien común. Ha de contar con finalidades sociales; no puede presentar una faceta injusta —con todo lo que este concepto encierra—, pues dejaría de ser ley, en términos de la conocida fórmula Radbruch.

Una ley no puede nacer para cumplir un determinado fin del poder público, que solo a él conviene.

No es la ley un instrumento nominativo, con dedicatoria específica; eso sería una especie de ley especial, que sabemos prohíbe un régimen constitucional.

Una Ley de Seguridad Nacional ha de mirar siempre por el pueblo, y debe ser para el pueblo, que a final de cuentas es el ingrediente sustantivo del Estado, cuya misión principal es reconocer, proteger y garantizar derechos de todos. Cada vez que la sociedad pide, a través de diferentes voceros, que esa Ley se conciba como una Ley de Seguridad Ciudadana y Seguridad Humana, no está diciendo nada fuera de lugar; tienen razón esos voceros. Se oponen a votar una ley que tiene por propósito proteger al gobierno; esto es, al poder público, incluso a costa de derechos inviolables, y que pretende legitimar decisiones y acciones del pasado inmediato, mal asumidas y peor ejecutadas.

Un problema que hoy mismo aqueja al derecho penal en el mundo, ante una fuerza globalizadora irreversible, que da a los mercados todo el poder, es que lo están convirtiendo en un símbolo para la dominación selectiva.

Basta observar lo que está sucediendo en nuestro propio país con disposiciones penales de nuevo cuño, cuyo propósito es perseguir a enemigos y no a delincuentes; validar investigaciones criminales por el solo hecho de provenir sus evidencias de fuerzas públicas; determinar peligrosidades y no culpas; colocar el acento en una delincuencia inexistente técnicamente, como todo lo que tiene que ver con la libre determinación de las mujeres sobre

sus cuerpos y vidas, por ejemplo, y en cambio, no mover un dedo, o moverlo mal o lentamente, para mejor perseguir el lavado de dinero, el tráfico de personas en la frontera o los delitos asociados al juego de apuesta.

Proponer sancionar a personas sin acto relevante al derecho penal, o a quienes se atreven a hablar mal de un político, o a quienes se expresan en las redes sociales, es una nefasta moda propositiva.

La inflación penal sigue presente, pero ahora con dedicatoria a los enemigos del gobierno y no del pueblo.

Una ley como la que se revisa en nuestro Congreso, dedicada a la seguridad nacional, oferta pasos atrás, muchos pasos hacia atrás.

No hay congruencia entre la reforma a la Constitución mexicana en materia de derechos humanos y el texto mismo de la ley en comento.

Por una parte, nos encontramos ante un cambio de paradigma en el constitucionalismo mexicano, que hemos de tomar muy en serio, así como en serio debemos tomar a los derechos subjetivos fundamentales.

Nadie puede pensar que los derechos estorban; tal vez algunos, para algunos.

Hoy por hoy, nuestra Constitución reconoce derechos y garantías para proteger a todos por igual, sin exclusiones. “Reconocer” derechos en la ley fundamental implica que los mismos existen ya, y no son producto de un aguinaldo de quien detente el poder público.

Los derechos humanos —con cejas arqueadas por algunos— son inherentes al ser humano, y no provienen de ninguna “conquista” ciudadana ante la autoridad (tampoco refiero, por supuesto, fuerzas naturales o supraempíricas; simplemente aludo a esencias de la sustancia humana). No es preciso mover y conmover al Órgano Revisor de la Constitución para advertir la existencia de derechos básicos en las personas; este, en todo caso, reconoce esos derechos y los protege mediante positivación. Los

garantiza mediante los instrumentos jurídicos procesales convenientes.

La muy conocida cuestión de la tolerancia se presenta como concepto de una sola vía; esto es, son los gobernados los que en todo caso toleran al gobierno, y nunca viceversa. La autoridad está para reconocer, proteger y garantizar derechos, no para tolerar al pueblo.

La ley fundamental reconoce derechos que vienen de ser reconocidos recíprocamente por la comunidad de personas libres e iguales; no está en condiciones —ese poder de dominio— de asumir una posición de regla de mayoría y decidir otorgar o no —por el voto de una representación popular— ciertos derechos, pues existen algunos de orden básico, que —perteneciendo al “coto vedado”, a la “esfera de lo intocable o de lo indecible”— no pueden quedar a la decisión democrática en su protección o no. Se reconocen y protegen siempre. Es ineludible.

Bajo esas circunstancias muy rescatables de nuestro sistema normativo, debe ahora analizarse la cuestión del principio de vinculatoriedad, inscrito recientemente en nuestro orden jurídico superior y gracias a la reforma constitucional a que se hace mérito en estos momentos, mismo que viene a darle fijeza y solidez a todo el aparato protector de los derechos fundamentales.

Dice en una de sus partes medulares el nuevo 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 tal es invocación puntual de dicho principio del derecho moderno, que falta estaba haciendo en nuestro país, y que recordamos se había incorporado desde los primeros años de posguerra, a finales de la década de los cuarenta del siglo pasado, a la ley fundamental alemana.

No puede pasar desapercibido este logro en el constitucionalismo mexicano; sabíamos de acotaciones específicas de orden jurídico —en respeto a los derechos fundamentales— dedicadas, desde el siglo XIX en algunos casos, para las funciones ejecutiva y judicial del Estado, pero en materia de legislación, pareciera

que dicha función se mantenía libérrima; esto es, se comprendía a un legislador ilimitado, lo que en materia jurídico-penal resultaba muchas veces abusivo y arbitrario. (Las acciones de inconstitucionalidad son relativamente recientes).

Se habló desde el afamado Programa de Marburgo, del principio de “máxima restricción” como garantía contra la no sobre-regulación penal o a la penalización draconiana o a la vulneración de garantías en esta materia, y para ello se comprendió a un Estado-ordenamiento autocontrolado por basarse en un perfil democrático.

La verdad sea dicha, esa sujeción del Estado-ordenamiento, por sí y ante sí, funcionaba en realidad como impulso a una entera libertad, y de ahí a una legislación penal inflacionada y muchas veces arbitraria.

La respuesta a la pregunta ¿dónde encuentra su legitimidad la ley penal?, o a otra: ¿cuál es el fundamento constitucional de la ley penal?, no se encontraba con facilidad, y se abrían debates al respecto. Ya se había dicho por autores del siglo XX, que la ley penal es “soberanamente constituida”, y que podía considerarse incluso como una “Constitución negativa”.

Yo sigo estimando que la ley penal no es sino una ley secundaria más, que debe emanar, para encontrar sustento, de la propia Constitución y no ser emitida “soberanamente” por el legislador ordinario, que es solo un poder constituido, por más que se esgrima una veleidosa política criminal como guía de *lege ferenda*, que no deja de ser sino un trazo de acción del poder político, cuando lo interesante sería atenerse al principio de necesidad legislativa (no habrá ley penal sin necesidad), con base en la reserva absoluta de ley (factores racionales y empíricos) y bases racionalistas (legisprudencia).

Hoy persiste el debate; sin embargo, el nuevo principio de vinculatoriedad inscrito recientemente a nuestro régimen constitucional viene a dar bases serias para solventar el problema.

Un legislador —incluido el penal— sujeto a la disposición constitucional trascrita, en verdad se ve limitado y no ya tan suel-

to o proclive a decisionismos, arbitrariedades, voluntarismos. Intentos serios para advertir un legislador penal limitado (límites negativos) los encontramos en Welzel, por ejemplo; hoy contamos con límites positivos.

De este razonamiento no escapa la legislación en materia de seguridad nacional y sus consecuencias en los terrenos jurídico-penales, según ya vimos.

Algunos analistas y políticos aseguran, para promover la legislación mencionada (seguridad nacional), que en la lucha contra el crimen organizado, “las fuerzas armadas deben tener tantas facultades como sea constitucionalmente posible, y tantas restricciones como sean necesarias”, lo que no deja de parecerme, ante una lamentable coyuntura por demás creada artificialmente, una sobrestimación del papel de las fuerzas armadas, y eso es fatalmente, en detrimento de todo el empeño liberal, y no encuentro en ello justificación ninguna; solo una expresión fáctica, que no por evidente se convierte en razón para la acción jurídica. Jamás puede derivar el deber ser, del ser.

A mayor abundamiento, el principio de la interdependencia de los derechos significa que estos dependen unos de los otros, integrando un sistema, y para tal es necesario, en todo caso, vigilarse que para su protección o su limitación, no es posible lesionar con una acción determinada, otros derechos.

Con el nuevo cobijo normativo, el artículo 1o. de la propia Constitución mexicana remata, en su primera parte, con un texto crucial para nuestros menesteres en el estudio del derecho penal. Dice: “En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley”. Yo advierto que este texto viene a modificar toda la concepción del derecho penal moderno y su propia naturaleza. Tradicionalmente se ha definido al derecho penal, con textos cercanos a lo siguiente: “Conjunto de normas jurídicas que define los delitos y fija las penas por su comisión”. De tal manera comprendido el asunto, se presenta en primer término esa confusión generada desde el siglo XIX entre

ius y *lex*; entre derecho y ley, que tanto daño ha hecho para la comprensión de la experiencia jurídica, pues esa base dogmática, de la muy añeja jurisprudencia conceptualista, no hemos logrado superarla. En segundo lugar, el concepto del derecho penal no presenta finalidad ninguna. No logra explicarse, a partir de esa noción tan escueta, ¿qué es el delito?, ¿para qué la pena?, ¿cuál es el fundamento de la ley penal?

El derecho compone un sistema coactivo, es cierto; nadie imagina un orden jurídico sin capacidad obligante. Pero hoy en día esa noción resulta incompleta, pues el derecho no es solo autoritativo y coercitivo, sino que es —además— una entidad crítica e ideal. Eso significa que hoy no es absurdo preguntarse sobre la rectitud de la ley o sobre si es justa o no lo es.

Los juicios lógicos que responden a preguntas sobre lo cierto y lo falso se refieren a cuestiones de vigencia de la norma jurídica, pero cuando se abordan cuestiones sobre sus subyacencias éticas, axiológicas o ideológicas, ya no puede quedar todo a un mero ejercicio lógico-formal, pues es preciso acudir, además, a discursos de tipo normativo y no solo descriptivo —siempre los dos por separado por exigencia epistemológica— y no como lo intentó la dogmática tradicional en su momento, que llegó a mezclar los contextos discursivos, tanto los relativos a juicios de determinación cuanto los de juicios de valor.

El derecho penal, es cierto, representa, para muchos, la violencia legítima del Estado por razones de control social, o de reestabilización de la identidad normativa, o para lograr la coexistencia pacífica, o por otras razones *ex parte principis*, que miran siempre al delito como lesión a juridicidad. Nadie repara en la vulneración de derechos cuando se comete una conducta dañina y reprochable o imputable objetivamente.

La nueva disposición constitucional, estimo, viene a brindar el sustento en la ley fundamental de la ley penal; si el derecho reconoce un par de propiedades esenciales que atendemos al advertir la ecuación coacción-corrección, nos vemos impelidos a aceptar que para arribar a una verdadera concepción del dere-

cho en la llamada “razón práctica” ha menester aceptar a su vez que es necesario trabajar con los aspectos internos del derecho y también con los externos, pues aislados, ninguno de ellos resulta autosuficiente para entender la experiencia jurídica.

Es preciso reconocer que incorporar las cuestiones morales (no solo “qué” conocer, sino básicamente “cómo” conocer) al conocimiento del derecho, puede presentar ciertas dificultades, pero en rigor permite soluciones más cercanas a la realidad.

Una primera consecuencia de esa incorporación consiste en brindarle al derecho una función protectora de los derechos fundamentales —*ex parte populi*—; bajo ninguna circunstancia contradigo la separación entre derecho y moral, y tampoco aludo a la inscripción de morales determinadas al orden jurídico.

Estoy trabajando —mejor— con dos aspectos discursivos separados, que resultan válidos epistemológicamente, pues por un lado debe revisarse el factor explicativo —dogmático— como juicio de hecho o determinación, y por el otro, el factor normativo, que atiende las razones justificatorias que subyacen a la norma jurídica, donde hallamos aspectos éticos o axiológicos, por ejemplo, y que sí reconoce juicios de valor.

De tal manera que la ley penal asumiría, bajo esta nueva perspectiva, una naturaleza protectora de derechos fundamentales, y atendería al delito bajo el rasero de la lesión a derechos, y no a la juridicidad del príncipe.

El cambio en la naturaleza y función de nuestra materia es sustancial, y tal vez valdría la pena abrir un debate al respecto, pues las consecuencias son muchas y variadas.

Es pasar de esgrimir un discurso estrictamente empírico-analítico, a otro de carácter normativo-analítico, y eso implica cambios de paradigmas.

Tal vez podría proponer al derecho penal como sistema normativo protector de derechos fundamentales, a fin de brindarle a nuestra materia finalidad social, contenidos éticos, limitaciones legislativas y fundamento constitucional.

No escapa a nadie que los nuevos paradigmas constitucionales y jurídico-penales que se comentan impactan directamente el afán de darnos una legislación de seguridad nacional que al pretender proteger al poder público descuida lamentable e inadmisiblemente a las personas y sus libertades.

Con base en estos prolegómenos, es posible ahora recordar una resolución reciente de nuestro tribunal constitucional en torno a un caso conocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y llamado “caso Radilla”, pues en dicha respuesta jurisdiccional podemos encontrar respuestas importantes para este momento.

No aludiré al caso mismo, que ha sido ventilado en diversos medios, sino solamente referiré algunas de las consecuencias de la resolución de la Corte.

Una de ellas refirió: “Que todos los jueces del Estado Mexicano están obligados a aplicar las normas contrarias a la Constitución y a los tratados internacionales en materia de derechos humanos”.

Es este un punto muy relevante que precisa cierto análisis. Partimos del hecho de reconocer un sistema constitucional normativo que implica la existencia de una ley superior de la cual emana todo el orden jurídico vigente.

La Constitución es una norma vinculante y es fuente de todas las normas jurídicas positivadas.

Así, la Constitución determina qué contenidos pueden o no tener las normas inferiores, o bien qué contenidos no pueden ser contradichos por esa legislación secundaria, pues se establecen los parámetros materiales y no solo formales de la creación de nuevas normas jurídicas.

Ya he mencionado que la validez de una norma jurídica dependerá de su compatibilidad o no con los principios constitucionales, y no se queda en un mero juicio lógico.

En ese terreno habíamos estado ante un caso evidente de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, a pesar de que nuestra Constitución establece desde su vigencia inicial el

control difuso (sistema mixto de control). Bajo este último criterio, cualquier juez —que goza de la capacidad jurisdiccional— será apto (competente) para revisar la constitucionalidad de las normas ordinarias.

A pesar de la preexistencia de las disposiciones de nuestro artículo 133 constitucional (control difuso), es hasta la resolución que se comenta ahora, que la Corte mexicana interpreta que el control difuso de constitucionalidad —participación de todos los jueces— está permitido, pues las tesis anteriores no lo habían autorizado, dado que no cabía una interpretación judicial ordinaria de la Constitución como conjunto normativo, y entonces se reducía esa tarea al Poder Judicial de la Federación.

La nueva resolución asume que los jueces (todos) están en condiciones de realizar un control de las normas a la luz de la coherencia necesaria entre los artículos 133 y el nuevo texto del artículo 1o., ambos constitucionales, a fin de aplicar, en verdad, la norma más favorable a los derechos de la persona.

En ese sentido, se decanta la resolución que se analiza, pues los jueces (todos) están en condiciones de inaplicar normas jurídicas que se estimen contrarias a la Constitución.

Existen pormenores a conocer en torno a esta resolución, como la reiteración de tesis y los ajustes pertinentes que se vienen realizando por el propio tribunal constitucional, pero dejamos solo su base conceptual por ahora, que desde luego afecta el intento de legislación sobre seguridad nacional que se comenta.

Tras pasar revista al control de constitucionalidad, queda ver lo relacionado con el control de convencionalidad, que resulta de la mayor relevancia para los comentarios de ahora mismo, pero que por razones de tiempo dejamos para otra ocasión.

En resumen diría: las herramientas comentadas de control de constitucionalidad y de convencionalidad ponen en jaque inmediatamente los intentos de reforma a la Ley de Seguridad Nacional. Son incompatibles.

Solo la obcecación puede llevar a insistir en ese tema, que no quiere, no puede, no estima necesario proteger al hombre,

y sí busca, febrilmente, cobijar al poder político y legitimar un pasado reciente de dudosa sustentación constitucional. Algunos, que detentan el poder político, podrían bien estarse preguntando “¿por qué no disolvemos al pueblo, y elegimos otro?”. No; eso no es posible... afortunadamente.

El derecho penal liberal no es una espada que tiene por propósito lastimar; es un escudo que protege derechos y libertades, y nuestros representantes populares deben comprender rápido y sin furia, que su deber está para con el pueblo y no con los intereses del poder.

Una ley como la concebida y comentada, solo inflacionaría selectivamente el derecho penal, que ha de ser mínimo y eficaz.

Repensemos las prioridades y demos paso al Estado constitucional, que es intolerante ante actos del poder no debidamente justificados. Si hemos de caer en esta avalancha de violencia, debemos asegurarnos, con auténtica destreza política, que caigamos de pie. Para los más ansiosos, diré que hay respuestas más inteligentes que la pretendida.

JUSTICIA PENAL MILITAR

Alejandro Carlos ESPINOSA*

Felicito al doctor Sergio García Ramírez y a la doctora Olga Islas de González Mariscal por la labor y aportes generados a través de las Jornadas de Justicia Penal en México, y particularmente por las XII Jornadas sobre Justicia Penal, Derecho Penal y Criminalística, por ser toda una tradición en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Una de las cuestiones más importantes para lograr progresos en la justicia militar será romper aquel viejo lastre, que refiere “La justicia militar es a la justicia, lo que la música militar es a la música”.

Si partimos de esta idea, es necesario establecer de manera general qué ha pasado en relación con la justicia militar, y en el caso de México, las interrogantes sobre derecho militar deben responder a los siguientes cuestionamientos: ¿cómo se ha tratado? ¿Cómo se ha abordado? ¿Por qué no se ha profundizado en su estudio? ¿Por qué el modelo no ha progresado conforme a los estándares internacionales? Para ello es necesario abordar primeramente a los grandes juristas y a la justicia militar.

Esto es, ¿cómo se ha hecho el estudio y el análisis del derecho militar en México? La anterior pregunta obliga a traer a la memoria a un ministro de la Corte, a don Emilio Pardo Aspe, quien

* Profesor por oposición de derecho militar y criminología en la Facultad de Derecho de la UNAM; ex director general de Política Criminal en la Fiscalía Especializada para la Atención de Delitos Electorales por acuerdo del procurador general de la República; exjuez *ad hoc* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; fundador y director general de la revista *Criminogénesis*.

fue también director de la Facultad de Derecho de la UNAM en el periodo 1935-1938, y fue precisamente en su gestión cuando se instauró la materia de derecho militar en México, lo que sin duda es un antecedente fundamental en el estudio de la ciencia jurídica desde la academia.

El derecho militar en la Facultad de Derecho tiene gran trascendencia e importancia. Por ello se han impulsado durante todas estas décadas muchos ejercicios muy interesantes sobre el análisis de la justicia militar, sobre la condición jurídica del militar, sobre el fuero de guerra y las instituciones que lo conforman, las reglas de competencia y su regulación procesal penal, de modo que el derecho militar ha vivido graduales transformaciones, siempre impulsadas por la academia.

Otro gran jurista que cuenta con dos calidades importantes es don Octavio Véjar Vázquez, jurista y general del ejército, autor del cuestionado Código de Justicia Militar de 1933, que entró en vigor en 1934, y de la visión autónoma del derecho militar a través de su importante contribución *Autonomía del derecho militar*, clásico de la literatura jurídica militar. El documento ha sido interpretado como la justificación formal del modelo de justicia penal militar. Fue el primer profesor de derecho militar en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, en ese entonces Escuela Nacional de Jurisprudencia, y además, a Octavio Véjar Vázquez se le atribuye el impulso de lo que fue la denominada Época de Oro del Derecho Militar en México de 1935-1955, en que fue publicado el *Boletín Jurídico Militar*, del cual puede dar cuenta el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, que es muy probablemente el único espacio que cuenta con la colección completa del documento de publicación periódica, que lamentablemente dejó de publicarse.

Ricardo Calderón Serrano es un jurista que hizo grandes aportes al derecho militar en México, con la particularidad de que su nacionalidad es española, aunque fue nacionalizado mexicano. Llegó al puerto de Veracruz con los profesores del exilio español. Le dio cabida el general Lázaro Cárdenas como presiden-

te constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, y lo instaló en dos espacios particularmente interesantes para desarrollar el estudio de la materia, por una parte una lo impulsa para ser profesor en la Facultad de Derecho de la UNAM, en sustitución de don Octavio Véjar Vázquez, forma parte del servicio de Justicia Militar y da continuidad a los trabajos que inició Octavio Véjar Vázquez con el *Boletín Jurídico Militar*.

Dentro de su aporte jurídico muestra cuatro grandes obras: *Derecho penal militar*, *Derecho procesal militar*, *El ejército y sus tribunales* y un estudio sobre el *Derecho de la guerra*. En este sentido, tenemos los pilares del modelo de derecho militar, que tristemente ahí se quedó, sin que se dieran evoluciones significativas en la doctrina jurídico-militar, por lo que no encontramos una evolución permanente y sistemática del derecho y la justicia militar en México, salvo algunas cuestiones, que en las últimas décadas se han generado, pero realmente México se ha quedado sin doctrina en derecho militar por muchos años.

Para ser justos, valga referir los textos del maestro Saucedo López, del historiador Villalpando César, del vicealmirante Bermúdez Flores y las cátedras de los profesores Luis Vargas Bravo y del general Mario Guillermo Fromow.

Mientras hoy en México no contamos con un libro actualizado de derecho penal militar, en España existen tratados de tipos penales específicos, como el de la *Deserción* en dos tomos. No hemos desarrollado estudios sobre la justicia militar, y eso ha generado un retraso en el tema del derecho militar, se ha cerrado, y la única ventana que ha permanecido por siempre abierta es la Universidad Nacional Autónoma de México.

Para entrar al análisis de la justicia militar debemos referir brevemente que la condición jurídica de los militares *es la condición especial que tiene el militar por el simple hecho de ser militar*. Aquí es donde se generan algunos aspectos muy curiosos sobre la facultad atrayente que tiene el fuero de guerra, que se regula en el artículo 57, fracción II, del Código de Justicia Militar, que fue objeto de tratamiento en la sentencia emitida por la Corte Intera-

mericana de Derechos Humanos en el caso Radilla Pacheco, en donde se ordenan cambios legislativos a ese dispositivo procesal penal, en el que se prevé la posibilidad de conocer de cualquier delito cuando los militares se encuentren en servicio o con motivo del mismo, que este artículo rebasa el texto constitucional en su numeral 13 ha generado la suspicacia sobre si esta condición jurídica de los militares les da privilegios o les da prebendas o les otorga prerrogativas. La respuesta inmediata sería “no” hasta antes de la sentencia del caso Radilla Pacheco y el pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia en la llamada sentencia Varios 912/2010, en la que se interpreta la resolución de la Corte Interamericana sobre el caso referido.

El modelo se colapsa con la resolución internacional en materia de derechos humanos. Recordemos que la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación hasta antes del dictado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos legitimó la facultad atrayente de la justicia militar, a través de diversas jurisprudencias, en donde se establece la legítima aplicación en el derecho interno, de la facultad atrayente prevista en el artículo 57, fracción II, del Código de Justicia Militar.

El fuero de guerra no se puede suprimir. El día en que el Legislador disponga suprimir el fuero de guerra se resquebrajan las instituciones militares. Recordemos que el fuero de guerra alude a la competencia penal, pero también a la disciplinaria. De modo que si las instituciones militares basan su funcionamiento en la disciplina, el servicio y la obediencia, quitar el elemento de la justicia militar equivale a colocar en grave riesgo a las instituciones armadas y a las propias instituciones del Estado.

El modelo de justicia penal militar debe prevalecer, solo que acotado a los criterios que se han establecido por el sistema interamericano de derechos humanos, concretamente en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, creadora del sistema y de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana. En este sentido, todo indica que la justicia militar debe conocer de delitos relacionados con el servicio, disciplina y obediencia mili-

tar; esto es, con aspectos típicamente militares, y se dejen fuera de su competencia los asuntos donde intervengan víctimas civiles.

Además, debe corregir la figura de los consejos de guerra, que aun sin ser juristas resuelven sobre la culpabilidad o absuelven a un militar.

El derecho militar y la justicia militar son un microsistema de derecho que se encuentra inmerso en un macrosistema de derecho legitimado por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; esto es, debe prevalecer un modelo de justicia militar para los militares, para los delitos de los militares. El punto es cómo lograr transparentar la justicia militar frente a dos grandes disyuntivas.

La primera es que el derecho militar y las normas militares se han quedado empantanados durante mucho tiempo, y no ha existido una evolución en la técnica legislativa, en las propias figuras penales, procesales e institucionales que sobre la justicia militar refiere el Código de Justicia Militar.

Por ejemplo, en el Código de Justicia Militar no existe la tentativa; se regula la figura de delitos frustrados, lo que significa un rezago doctrinario y legislativo; igualmente, existe un inadecuado tratamiento a las modalidades de autoría y participación, y muchas otras figuras que muestran rezago jurídico que debe superarse; en este mismo sentido, es importante revisar la redacción de los tipos penales en cuanto a hipótesis de conductas y amenazas punitivas.

El Código de Justicia Militar fue el último instrumento punitivo integral que tuvo vigente la pena de muerte. En 2005 se reformó el artículo 22 constitucional, y meses previos se modificaron más de un centenar de tipos penales que merecían la muerte, para establecer penas entre 30 y 60 años de prisión. En nuestra estimación no se hizo un estudio cuidadoso de tipo legislativo respecto de cómo se iban a modificar estos tipos penales, porque una de las razones o de los pilares que soportaban que las penas militares fueran cortas era el servicio, que se erige en ese rector del quehacer militar.

El Código de Justicia Militar preveía hasta antes de esta reforma aludida penas entre quince días a quince años de prisión, por lo que existía una gran diferencia en contraste con la legislación común o federal, por lo que el hecho de que el Poder Legislativo modificara penas entre 30 a 60 años de prisión para los tipos penales que tenían prevista la pena de muerte nos invita a considerar que no se profundizó en el estudio de los bienes jurídicos tutelados por el derecho penal militar, al dejar de considerar dicha pena, que desde luego no avalo, como mecanismo extremo de neutralización para salvaguardar el servicio, y simplemente se optó por elevar sin criterios responsables el *quantum* de la pena.

¿Qué va a pasar con penas tan largas en la justicia militar? Lo que hoy no se vive, en un futuro se va a vivir; esto es, hacinamiento en las prisiones, corrupción y complejidad en el manejo del aparato de justicia militar, por lo que debemos señalar que el modelo de justicia penal militar sigue la misma suerte que el sistema de justicia penal del fuero común o del sistema de justicia del fuero federal; tiene por tramos de responsabilidad la prevención e investigación policial, la procuración de justicia, la impartición de justicia y el de ejecución de penas.

La segunda disyuntiva presenta dos grandes retos: uno, identificado con la reforma constitucional del 18 de junio de 2008 y otro relacionado con la reforma constitucional del 10 de junio de 2011; esto es, tiene que alinear el Código de Justicia Militar su parte procesal a los nuevos lineamientos que en materia procesal ha ordenado la Constitución en el tema del sistema penal acusatorio adversarial basado en presunción de inocencia, y el otro objetivo será que la justicia militar opere con apego a los estándares internacionales en materia del derecho interamericano de derechos humanos.

Al Estado mexicano se le presenta la oportunidad de transformar la justicia penal militar, y es que, por ejemplo, en los casos en que se pronunció recientemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos se advirtieron violaciones graves en el procedimiento penal de averiguación previa; es el caso de Rosendo Ra-

dilla Pacheco, de Inés Fernández Ortega, de Valentina Rosendo, todos coinciden en el procedimiento penal cuestionado, sin que en ninguno de ellos el asunto llegara a los tribunales. Es claro que enfrentamos el retraso de mantener en el modelo de justicia penal militar a los tribunales formalmente administrativos y materialmente jurisdiccionales; esto es, dependientes del Poder Ejecutivo Federal en la persona del secretario de la Defensa Nacional, de tal suerte que el procurador depende del titular de la Secretaría de la Defensa Nacional, y evidentemente el tribunal también depende del secretario de la Defensa Nacional. El reto es encontrar un mecanismo adecuado para llevar la justicia militar, en la parte de la administración de justicia, al Poder Judicial de la Federación.

El derecho militar es un derecho que por sus características se encuentra muy resguardado. El punto es actualizarlo con los estándares interamericanos en materia procesal y de juzgamiento propiamente dicho, de suerte que hay un reto muy grande en la justicia militar, no solamente vinculado con este aspecto de si el artículo 57, fracción II, inciso a), se modifica o no se modifica. La reforma competencial y jurisdiccional del fuero de guerra va más allá de los delitos por los que fue sentenciado recientemente el Estado mexicano por la Corte Interamericana. Se hace necesario incluir una regla general por lo que debe apartarse de la tentación de solo inhibir la competencia de los tribunales militares en los casos de desaparición forzada de persona, violación y tortura, para pasar a establecer que siempre que se encuentre involucrada una víctima civil se surtirá la competencia del fuero federal.

Otro problema complejo es el mando militar enmarcado en la justicia militar, y de esto nos da muestra la propia ley. Como ejemplos destacan el desistimiento y retiro de la acción penal cuando es factible proceder o no contra un militar que ha sido procesado; igualmente, debe replantearse el presupuesto previsto en el Código de Justicia Militar, que señala que el Supremo Tribunal Militar será presidido por un militar no jurista.

El artículo primero del Código de Justicia Militar establece de manera clara: “La Justicia Militar se administrará por Jueces,

Consejo de Guerra Ordinario, Consejo de Guerra Extraordinario y por el Supremo Tribunal Militar”, y la realidad es que en la práctica cuando hay verdaderas defensas en los asuntos militares se ganan en el Poder Judicial de la Federación, por las sentencias que en su momento dictan los jueces y magistrados del Poder Judicial de la Federación.

En la práctica existen tendencias que consolidan la justicia mando, lo que postula la Procuraduría es muy tomado en cuenta por el juzgador, por lo que no existe igualdad procesal entre el órgano acusador y el ejercicio de la defensa, menos aun si es parte del sistema de justicia militar; esto es, el defensor de oficio militar.

El artículo 13 constitucional da una doble connotación a la voz “fuero”, cuando se refiere a la prohibición del fuero como privilegio. Ahí comprende también a los militares. El fuero no podemos entenderlo como una prerrogativa ni como un trato diferenciado o una prebenda; únicamente debemos darle un enmarque de competencia y de jurisdicción; se trata de un precepto constitucional muy bien construido por el Constituyente de 1917. El problema radica concretamente en la normativa secundaria, en el artículo 57, fracción II, del Código de Justicia Militar, y no solamente en el supuesto del inciso a), sino igualmente aplica en todas las demás hipótesis.

En la actualidad se aplica el artículo 57, fracción II, inciso a), del Código de Justicia Militar, y en tanto no entre en vigor el nuevo Código de Justicia Militar; esto es, mientras no exista la normativa secundaria correspondiente, los asuntos militares vinculados con el artículo 57 se quedarán *subjudices*, salvo que la Suprema Corte de Justicia de la Nación resuelva sobre la inconstitucionalidad del artículo 57, fracción II, a), como lo es el caso de la sargento educadora Silvia Hernández Tamaríz, en donde un juez de distrito dejó insubsistente el auto de formal prisión y estableció la incompetencia del tribunal militar; sin embargo, la procesada permanece interna en la prisión militar del Campo Militar Número 1 por no existir reglas claras de competencia.

Por su parte, el Pleno de la Suprema Corte deberá resolver en su caso sobre la inconstitucionalidad del precepto referido, y establecer nuevos criterios competenciales.

Los grandes avances y progresos que se han logrado con la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, como con las recientes resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el tema de derechos humanos, en caso de la sentencia Varios 912/2010 y otros nos coloca en el camino correcto, pero eso no quiere decir que hemos terminado; debemos llevar estos asuntos a los ciudadanos de a pie, aquellos que tienen que encontrar una respuesta frente a estas transformaciones de los modelos de justicia penal, donde la justicia penal militar no constituye excepción.

La justicia militar está en un proceso de transformación; es necesario profesionalizar el modelo, por lo que no es posible consentir que quien fue procurador, sea juez, defensor o quizá director de Justicia Militar; es necesario formar servicio de carrera en el servicio de justicia militar para policía, peritos, ministerios públicos, defensores y jueces.

Debemos construir un nuevo modelo de justicia militar, y es factible hacerlo tomando como base los criterios ordenados en el sistema interamericano de derechos humanos, no solo en los instrumentos normativos, sino también en la jurisprudencia emanada de las sentencias.

A partir de los razonamientos expuestos, se propone una nueva visión sobre la justicia militar en México al tenor siguiente:

1. El sistema de justicia penal militar en México debe revisarse urgentemente bajo las ópticas legislativas y de especialización, en donde quienes juzgan sean abogados. Se trata de judicializar la justicia militar.

2. Dar cumplimiento a las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el contexto de la justicia militar y fortalecer la formación de juristas que desarrollen altas expertises en el derecho militar. Una propuesta es crear la carrera de licenciado en derecho con especialización militar en la Universidad del Ejército y Fuerza Aérea.

3. Llevar a los tribunales militares al Poder Judicial de la Federación sin suprimir el fuero de guerra, por lo que se estima fundamental dejar que la procuración de justicia militar dependa, como en todos los casos, del titular del Ejecutivo, hasta en tanto no se logre la autonomía del Ministerio Público para todos los fueros de competencia penal.

4. Hacer concordante la normativa interna en materia penal militar con los estándares internacionales, particularmente en temas de jurisdicción y competencia, no obstante que el modelo debe revisarse íntegramente.

Considero que los militares que se llegan a oponer a estas modificaciones están en contra de sí mismos, porque los más beneficiados en transparentar la justicia militar serán sus destinatarios, que son los militares, y por supuesto, de manera paralela, el colectivo en lo general.

IMPLICACIONES PENALES DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN SOBRE TRATADOS Y SENTENCIAS INTERNACIONALES

Sergio A. VALLS HERNÁNDEZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Conclusiones*.

Primeramente, agradezco la invitación del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, para participar en este foro, que permite analizar y dialogar sobre las implicaciones que las sentencias dictadas por tribunales y los tratados internacionales tienen en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en materia penal.

I. INTRODUCCIÓN

Con motivo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), se creó en 1959 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), como un órgano de la Organización de Estados Americanos (OEA); sin embargo, aun cuando posteriormente se facultó a la Comisión para conocer de quejas individuales, no se trataba realmente de un órgano jurisdiccional, sino que fue hasta 1969, con la elaboración de la Convención Americana de Derechos Humanos, también conoci-

* Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

da como Pacto de San José, cuando se creó el sistema americano que actualmente opera, a través de dos instancias: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta última, como un verdadero ente jurisdiccional, al que se le otorgó competencia para declarar la responsabilidad de un Estado parte por violación a los derechos humanos reconocidos en el ámbito americano, esto a través de la sustanciación de un proceso regulado por la propia CADH (Convención Americana de Derechos Humanos).

Cabe señalar que la ratificación de la CADH y la aceptación de la jurisdicción de la CorteIDH son voluntarias, por lo que la jurisdicción solo alcanza a aquellos Estados que han ratificado la CADH y, además, hubieran aceptado la competencia de la Corte.¹

Es relevante para nuestro tema señalar que la Convención Americana, en su artículo 2o., establece la obligación de los Estados parte de adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas, o de otro carácter, que fueran necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades protegidos por la misma Convención. Esta disposición ha sido interpretada por la Corte Interamericana en el sentido de que el deber general implica la adopción de medidas en dos vertientes: por un lado, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención y, por otra parte, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de las garantías.²

Esta cláusula, sumada a lo dispuesto en el artículo 68.2 de la propia Convención, han sido el fundamento mayor para que la Corte, al dictar sus sentencias de condena, no se limite a fijar una indemnización justa, sino que además señale al Estado con-

¹ Hasta ahora 25 de 34 países integrados a la OEA han ratificado la CADH, y de esos 25, solo 21 han aceptado la jurisdicción de la CorteIDH.

² Caso Comunidad Indígena Yakye Axa *vs.* Paraguay, sentencia del 17 de junio de 2005.

denado diversas medidas que debe ejecutar, con la finalidad de lograr la reparación integral a las víctimas de la violación, y terminar de manera definitiva con la causa que origina la violación, evitándose de este modo su repetición futura, con la consiguiente responsabilidad internacional del Estado.

Además de lo anterior, la Convención Americana (artículo 67) prevé la obligatoriedad de los fallos de la Corte, así como la definitividad y el carácter inapelable de los mismos (artículo 68.1).

A la luz de lo que he señalado, la Convención establece que la competencia jurisdiccional de la Corte Interamericana abarca la facultad de disponer que se garantice a la víctima el goce de su derecho o libertad transgredidos, así como que, de ser procedente, se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la violación de esos derechos, y el pago de una justa indemnización a la víctima.

Ahora bien, de la evolución de sus sentencias advertimos que la Corte Interamericana ha sentado una importante jurisprudencia en cuanto a las distintas formas de reparación ante violaciones graves de derechos humanos, tales como:

1. De restitución de derechos (*restitutio in integrum*)
2. De compensación
3. De rehabilitación
4. De satisfacción y garantías de no repetición

Destaca que, entre las formas de reparación *vía satisfacción y no repetición*, la Corte Interamericana ha ordenado al Estado en cuestión, investigar, juzgar y sancionar a los responsables de la violación, partiendo de que la impunidad estimula la repetición crónica de similares violaciones de derechos humanos,³ para lo cual la Corte expresamente ha ordenado al Estado demandado que adopte no solo medidas legislativas necesarias para evitar la repetición de la violación de derechos humanos, sino incluso que realice reformas legislativas para ese fin, cuando ha encontrado que determinada norma legal viola la Convención.

³ Caso Mack.

Asimismo, como medidas de reparación y garantías de no repetición, la Corte ha ordenado que el Estado dé capacitación en materia de derechos humanos a los cuerpos de policía, militares, fiscales y jueces;⁴ la mejora en las condiciones de los centros penitenciarios;⁵ sobre el uso de la jurisdicción civil en casos en que los militares hubieran participado en las violaciones encontradas;⁶ así como la publicación de la sentencia en medios impresos de amplia difusión, entre otras.

Centrándonos en la materia penal, encontramos diversos fallos, en los que la CorteIDH se ha pronunciado acerca de casos en los que a la luz no solo de la Convención, sino de otros instrumentos internacionales, ha determinado que ha existido detención ilegal o desaparición forzada de personas; tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes; violación al debido proceso penal; sujeción indebida a la jurisdicción militar; violencia de género mediante asesinatos, violaciones sexuales, etcétera. Entre estos casos existen cinco en concreto en contra del Estado mexicano y en los que se le ha condenado, como son, 1. Fernández Ortega, 2. Rosendo Cantú, 3. González y otra, 4. Radilla y, por último, 5. Cabrera y Montiel.

En estos casos la Corte Interamericana ha declarado la existencia, por parte del Estado mexicano, de violaciones a los derechos a la libertad personal, a la integridad personal, a la vida, a las garantías judiciales y a la protección judicial; ello, se reitera, no solo a la luz de la Convención Americana, sino de otros instrumentos internacionales, como la Convención sobre Derechos de los Niños, la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (también conocida como Convención Belem do Pará), la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), el Protocolo de Estambul, etcétera. Por lo que, ante las violaciones de derechos humanos advertidas, se ha ordenado al Estado

⁴ Casos Bámaca, Caracazo y Radilla Pacheco.

⁵ Caso Berenson.

⁶ Caso Radilla.

mexicano realizar diversas medidas, tales como ajustar sus leyes, manuales y criterios de investigación de los delitos relacionados con desaparición, violencia sexual u homicidios, para que se ajusten a los estándares internacionales; se implementen programas y cursos de capacitación para jueces, magistrados, cuerpos policíacos y agentes ministeriales, en materia de derechos humanos y de equidad de género, así como que se restrinja la jurisdicción militar, entre otras.

El caso que definitivamente ejemplifica las implicaciones penales de la jurisprudencia de la Corte mexicana sobre tratados y sentencias internacionales deriva de la sentencia dictada el 23 de noviembre de 2009 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso número 12.511, *Rosendo Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos*, en el cual, como ya mencioné, el Estado mexicano fue condenado.

Efectivamente, la sentencia de la Corte Interamericana dio lugar, como todos saben, a que en la Suprema Corte se formara el expediente Varios 912/2010, en el cual se examinaron los efectos de la sentencia; específicamente, se establecieron cuáles eran las obligaciones del Poder Judicial de la Federación como parte integrante del Estado mexicano, derivadas del fallo.

Al respecto, el tribunal pleno resolvió, el catorce de julio de este año, que la Suprema Corte de Justicia no puede revisar las excepciones hechas valer por el Estado mexicano en un procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, toda vez que todos estos argumentos son cosa juzgada, y corresponde exclusivamente al órgano internacional jurisdiccional su revisión, por lo que la Suprema Corte debe limitarse al cumplimiento de la sentencia en su parte correspondiente.

De igual manera, el Pleno determinó que las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las que el Estado mexicano sea parte son obligatorias para el Poder Judicial de la Federación, en todos sus términos, así como que sus criterios interpretativos solamente serán orientadores en aquello que sea más favorecedor a la persona de conformidad

con el artículo 1o. constitucional, sin prejuzgar sobre la posibilidad de que los criterios internos sean los que garanticen de mejor manera la protección a los derechos humanos —sobre este aspecto debo aclarar que me aparté de esta conclusión, ya que, tal como lo sostuve en las sesiones públicas en que se discutió este tema, en mi opinión, de conformidad con la reciente reforma al artículo 1o. constitucional, los criterios emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con el Pacto de San José, tanto en ejercicio de su función consultiva como contenciosa, sí son vinculantes y, por tanto, deben guiar la función del Poder Judicial Federal—, no obstante la decisión mayoritaria fue en el sentido, como he dicho, de que se trata solo de criterios orientadores.

Por otra parte, la Corte mexicana resolvió que el Poder Judicial de la Federación debía ejercer un control de convencionalidad *ex officio*, entre las normas internas y todos los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. De igual manera, se resolvió que este control de convencionalidad debe ejercerse por todos los jueces mexicanos; empero, estos últimos solamente podrán desaplicar las normas contrarias a la Constitución y/o a los tratados internacionales en derechos humanos, y el resto de las autoridades deben interpretar las normas referentes a derechos humanos de la manera más extensiva, pero sin capacidad alguna de declarar la invalidez de una norma o de desaplicarla en un caso concreto.

Conforme a esta decisión de la Corte mexicana, podemos afirmar que dicho control de convencionalidad implicará que los jueces mexicanos inapliquen las normas generales que consideren transgresoras no solo de los derechos humanos contenidos en la Constitución, sino también en los tratados suscritos por México; además, tendrán la facultad de proteger los principios rectores del proceso penal frente a las normas contrarias a la Constitución y/o a los tratados internacionales en derechos humanos. Esta determinación permitirá que todos los jueces y órganos mexicanos

vinculados a la administración de justicia realicen dentro de sus funciones, ejercicios de compatibilidad entre los actos y normas nacionales con la Convención Americana de Derechos Humanos, y a partir de ello se vayan integrando los criterios que sirvan de referente jurisdiccional para la efectividad de los derechos humanos en el siglo XXI.

De igual manera, y esto es trascendental para nuestra plática, en el expediente Varios 912/2010 se estableció que si en la sentencia de la Corte Interamericana se vincula al Estado mexicano a realizar diversas reformas legales para restringir el fuero militar para juzgar a elementos de las fuerzas armadas en activo solo por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atentan contra bienes jurídicos propios del orden militar, ello también generaba obligaciones al Poder Judicial de la Federación, concretamente en el sentido de ejercer un control de constitucionalidad sobre el artículo 57, fracción II, del Código de Justicia Militar, de modo tal que se estime incompatible con lo dispuesto en el artículo 2o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por consiguiente, la Corte mexicana determinó que el artículo 57, fracción II, del Código de Justicia Militar, es incompatible con lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución general, interpretado a la luz de los artículos 2o. y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en tanto el numeral, al establecer cuáles son los delitos contra la disciplina militar, no garantiza que los civiles o sus familiares que sean víctimas de violaciones a los derechos humanos tengan la posibilidad de someterse a la jurisdicción de un juez o tribunal ordinario, por lo que deberá considerarse que el fuero militar no podrá operar bajo ninguna circunstancia frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles. Esta interpretación deberá observarse en todos los casos futuros que sean del conocimiento de la Suprema Corte, independientemente de la vía por la cual el asunto llegue a ser del conocimiento del Pleno o de las Salas; es decir, sean estos casos de competencia originaria del tribunal o sea necesaria su atracción, para lo cual debe considerarse este tema como de

importancia y trascendencia para el ejercicio de las competencias correspondientes.

Es innegable que la determinación de la Corte mexicana relativa a la justicia militar permitirá que en el futuro se adopten criterios relacionados con esta jurisdicción; además, conforme a lo ordenado por la Corte Interamericana al Estado mexicano, se expedirán normas relativas que permitan que los códigos de justicia militar y las leyes relacionadas con la actividad castrense sean compatibles con los postulados internacionales de la materia.

Finalmente, la Suprema Corte estableció las medidas administrativas que el Poder Judicial de la Federación debe implementar, derivado de la sentencia dictada en el caso Radilla, tales como:

- A) Capacitación permanente respecto del sistema en general y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, especialmente sobre los límites de la jurisdicción militar, garantías judiciales y protección judicial y estándares internacionales aplicables a la administración de justicia, y
- B) Capacitación para el debido juzgamiento del delito de desaparición forzada y de los hechos constitutivos del mismo, con especial énfasis en los elementos legales, técnicos y científicos necesarios para evaluar integralmente el fenómeno de la desaparición forzada, así como en la utilización de la prueba circunstancial, los indicios y las presunciones. El objetivo es conseguir una correcta valoración judicial de este tipo de casos de acuerdo con la especial naturaleza de la desaparición forzada.

Observamos que si bien estas últimas medidas establecidas por la Suprema Corte son únicamente administrativas, de igual forma tendrán implicaciones al sistema jurídico mexicano, ya que dichos programas se orientarán al buen funcionamiento de las instituciones encargadas de la procuración y administración de justicia, al inhibir las violaciones al debido proceso, garantizar la adecuada y profesional actuación ministerial y promover políticas públicas tendentes a la protección de los derechos humanos.

Además, estas capacitaciones propiciarán el intercambio de opiniones, desarrollo de actividades y enriquecimiento de conceptos sobre los límites de la jurisdicción militar, las garantías judiciales y protección judicial y los estándares internacionales aplicables a la administración de justicia, que servirán de referente para la modificación de cuerpos normativos o para la creación de nuevos criterios de órganos jurisdiccionales y del alto tribunal.

II. CONCLUSIONES

1. El caso *Radilla* nos permite advertir de qué manera el derecho internacional de los derechos humanos, las sentencias dictadas por la jurisdicción internacional y, lógicamente, los tratados o convenciones en derechos humanos, inciden en la actuación del Poder Judicial Federal, concretamente en su jurisprudencia.
2. En el caso *Radilla*, la Corte mexicana reconoció que los fallos dictados por la Corte Interamericana en los que el Estado mexicano sea parte le son obligatorios, así como también que los criterios que aquel órgano emite en otros casos deben orientar su función.
3. Por ello, las determinaciones que tomó la Corte mexicana respecto de la restricción de la jurisdicción militar, así como la capacitación que deberá darse a sus jueces y magistrados, tendrán una incidencia total en la materia penal. Aunado a las demás medidas que señaló la Corte Interamericana dirigidas a la procuración de justicia y a los cuerpos policiacos, y que seguramente también a través de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se irá estableciendo conforme a cada caso concreto si se cumplen o no los estándares internacionales en la materia.
4. Es un hecho que, como ya se constató con el caso *Radilla*, la jurisprudencia tendrá un papel fundamental en la materialización del respeto no solo a los derechos humanos

reconocidos por nuestra Constitución, sino también en los tratados internacionales en derechos humanos y, específicamente, tratándose de asuntos penales.

5. Las sentencias y jurisprudencia derivada del caso Radilla implicarán que se apliquen escrupulosamente los principios rectores en materia penal contenidos en nuestro orden constitucional, así como los estándares internacionales sobre detención y garantías judiciales, como el debido proceso y el acceso a la justicia; se respeten cabalmente la prohibición de tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes, así como los derechos de las víctimas y/o de sus familiares, etcétera. Siendo la interpretación que la Corte Interamericana dé a las cláusulas del Pacto de San José, un factor que, como reconoció la Corte mexicana, debe guiar las decisiones judiciales.

LA TRATA DE PERSONAS EN MÉXICO

Elena AZAOLA*

SUMARIO: I. *Objetivo*. II. *Algunos datos generales*. III. *La Ley General*. IV. *Reglamento*. V. *Criterios*. VI. *Presupuesto*.

I. OBJETIVO

Me propongo exponer, de manera sucinta, un panorama general de la situación que guarda el fenómeno de la trata de personas en México, así como los propósitos que orientan a la nueva Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Trata de Personas y Delitos Relacionados, suscrita por un amplio grupo de legisladores de todos los grupos parlamentarios y enviada a la Comisión Permanente el 3 de agosto de 2011.

Dicha Ley tiene como antecedente la reforma constitucional en materia de derechos humanos, expedida por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011, la cual agrega un componente especial para la construcción de la Ley General en Materia de Trata de Personas.

II. ALGUNOS DATOS GENERALES

- En noviembre de 2011, la Organización de las Naciones Unidas emitió un reporte en el cual señala que, cada año, entre 700 mil y dos millones de mujeres y niñas son tra-

* Antropóloga y psicoanalista, investigadora en el Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, cazaola@ciesas.edu.mx

ficadas a través de las fronteras internacionales, la mayoría de ellas con la intención de ser vendidas y explotadas sexualmente.¹

- Por lo que se refiere a México, nuestro país es lugar de origen, tránsito y destino de trata, y ocupa el quinto lugar en el mundo por el número estimado de víctimas, y el tercero en cuanto a delitos cibernéticos, la mitad de los cuales están relacionados con pornografía infantil.² Sin embargo, y a pesar de que en los últimos años ha habido avances en el marco jurídico que tipifica la trata de personas, los ámbitos en los que muy poco se ha logrado avanzar son los relativos a las políticas de prevención, investigación y persecución del delito, así como en la protección y atención adecuada a las víctimas, ámbitos en los que, de acuerdo con Mario Luis Fuentes, “las lagunas persistentes han provocado un reinado absoluto de impunidad a favor de los perpetradores”.³
- En cuanto a los instrumentos internacionales, el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que Complementa a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, mejor conocido como “Protocolo de Palermo”, firmado en 2000 y ratificado por nuestro país en 2003, es el que mejor perfila este delito en toda su complejidad. Otros instrumentos en los que también pueden apoyarse jueces y abogados para perseguir este tipo de conductas, son: la Convención Americana sobre Derechos Humanos; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra

¹ “Trafican al año hasta 2 millones de mujeres. La ONU destaca la discriminación y violencia contra ese sector”, *El Universal*, 10 de noviembre, 2011.

² “ECPAT Internacional: guía de prevención del delito cibernético”, Secretaría de Seguridad Pública, 2006.

³ Fuentes, Mario Luis, *Esclavos del siglo XXI. Revista México Social*, México, año 1, núm. 14, septiembre de 2011, p. 2.

la Mujer, y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

— El Protocolo de Palermo señala que

por trata de personas se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá como mínimo, la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.⁴

— Por otra parte, para prevenir adecuadamente este delito deben tomarse en cuenta los riesgos que existen, en particular para los y las menores de edad, por el uso de la teleinformática, ya que hoy en día una de cada cinco víctimas de trata de personas ha sido contactada por Internet, según informó recientemente el director de Seguridad y Privacidad de Microsoft México. En efecto, de acuerdo con datos del INEGI, en México hay 33.8 millones de internautas, 40% de los cuales tienen menos de 19 años, siendo 9.8 millones de adolescentes de 12 a 18 años y 5.7 millones de menores de 11 años los que cuentan con acceso a Internet.⁵ Por su parte, el IFAI informó que tan solo entre 2009 y 2011 se registraron 5,582 denuncias de pornografía infantil.⁶

— Por lo que se refiere a la legislación, de acuerdo con la diputada Rosi Orozco, la Ley para Combatir la Trata

⁴ Definición citada en la exposición de motivos de la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Trata de Personas y Delitos Relacionados.

⁵ Jiménez, Horacio, “Contactan en web a una de cada cinco víctimas de trata”, *El Universal*, 30 de octubre de 2011.

⁶ “Advierten sobre amenazas cibernéticas. Buscan disminuir riesgos en la red”, *Reforma*, 23 de noviembre de 2011.

de Personas de 2007 no resultó eficaz para hacer frente a este delito, de ahí que se promoviera la elaboración de una Ley General. La ley vigente requería modificaciones para configurar el delito, particularmente en lo relativo a los medios comisivos y los fines, asuntos que era prácticamente imposible demostrar. Además, tenía como excluyente de responsabilidad el consentimiento de la víctima, lo que es contrario a los principios propuestos por los instrumentos internacionales en la materia. Otro obstáculo para poder perseguir y castigar el delito era el relativo a los medios comisivos; es decir, los recursos de los que el tratante se vale para cometer el delito (engaño, chantaje, sometimiento, enamoramiento, secuestro). Y ello porque eran las víctimas quienes tenían que demostrar y convencer al Ministerio Público que habían sido engañadas, seducidas, etcétera, cuando sus circunstancias lo impiden, además de que sin una ley general cada entidad federativa había definido las conductas de manera distinta, y ello también propiciaba que los tratantes se movieran de una entidad a otra para evadir la persecución. La Ley General tiene, así, como propósito principal, homologar, en todo el país, las sanciones y el tipo penal, evitando que la carga de la prueba recaiga en la víctima y prescribiendo la obligación de atender y brindar protección tanto a la víctima como a sus familiares y a los testigos. La misma diputada señaló como especialmente preocupante la participación de funcionarios migratorios coludidos con la trata de personas y la extorsión de migrantes.⁷

- En cuanto a los órganos encargados de perseguir este delito, la Fiscalía de la Procuraduría General de la República especializada en la atención a casos de violencia en contra de las mujeres y en víctimas de trata, conocida como Femvitra, fue recientemente desarticulada, para

⁷ Véase el artículo de la diputada Rosi Orozco publicado en *Reforma*, 23 de noviembre de 2011.

dar paso a la creación de la Procuraduría Social para la Atención a Víctimas de la Violencia. Su desempeño fue ampliamente cuestionado, ya que desde su creación en febrero de 2008 y hasta octubre de 2010, logró atender 386 denuncias, canalizó 139 averiguaciones previas y consignó 45, mientras que solo obtuvo 17 órdenes de aprehensión y una condena.⁸

- En contraste, el Departamento de Justicia recientemente informó que entre enero de 2008 y junio de 2010, fuerzas federales de Estados Unidos iniciaron una investigación en 2,515 casos por sospecha de trata de personas. Ocho de cada diez de estos casos se relacionan con tráfico de personas para su explotación sexual, y uno de cada diez por posible explotación laboral. Asimismo, informaron que mientras en 62% de los casos confirmados de explotación laboral las víctimas son mayores de 25 años, solo 13% de las víctimas confirmadas de explotación sexual son mayores de esta edad.⁹
- Por su parte, Sara Irene Herrerías, quien fuera responsable de la Fevimtra, confirmó recientemente las dificultades para integrar las averiguaciones, lograr autos de formal prisión, consignaciones bien sustentadas y posteriores sentencias condenatorias, debido a la complejidad que implica la integración de los elementos del tipo penal de acuerdo con la legislación de 2007. Asimismo, hizo notar la limitada competencia de la Fiscalía, que principalmente se reducía a los casos de víctimas de procedencia extranjera que son captadas desde México, o bien de mexicanas que son trasladadas a otros países.¹⁰

⁸ La decisión fue también criticada por interrumpir el trabajo de grupos de especialistas que, con tanto esfuerzo, se había logrado capacitar. Véase Cacho, Lydia, “Le robaron la brújula a Calderón”, *Reforma*, 4 de octubre de 2011.

⁹ “Characteristics of Suspected Human Trafficking Incidents, 2008-2010”, *US Department of Justice, Special Report*, April 2011, p. 1.

¹⁰ Herrerías, Sara Irene, “Combate a la trata de personas”, *Esclavos del Siglo XXI. Revista México Social*, México, año 1, núm. 14, septiembre de 2011, pp. 38-40.

El caso de una adolescente hondureña, quien denunció a funcionarios del Instituto Nacional de Migración por haberla privado de su libertad en el municipio de Frontera Comalapa, Chiapas, y de haberla prostituido, además de golpearla y amenazarla para que no denunciara estos hechos, fue uno de muchos en los que la Fiscalía mostró su incompetencia, pues, no obstante que los funcionarios fueron aprehendidos, fueron posteriormente liberados, ya que la Fiscalía no logró integrar adecuadamente la averiguación.¹¹

III. LA LEY GENERAL

La Comisión Permanente del Congreso de la Unión emitió la declaratoria de aprobación del decreto que reforma los artículos 19, 20 y 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, catalogando como grave el delito de trata de personas. Estas enmiendas facultan al Congreso de la Unión a expedir una Ley General contra la Trata de Personas.

En la exposición de motivos de esta Ley se señala que a partir de 2007 México cuenta con un marco jurídico en materia de trata de personas, que incluye una Ley Federal, trece estatales y dieciséis códigos penales locales que tipifican este delito, mientras que tres estados todavía no lo han tipificado. No obstante, solo hay en el país una persona sentenciada en el fuero federal por este delito y cuatro en el fuero común en el Distrito Federal, lo que obliga a reflexionar sobre las circunstancias que impiden avanzar en la persecución de este delito. La propia exposición de motivos apunta los siguientes nudos problemáticos que provocan la muy baja tasa de consignaciones y sentencias: a) la concurrencia de factores estructurales que propician la vulnerabilidad de las personas a este delito; b) la alta dificultad que suponen la investigación y consignación de este delito, debido tanto a su carácter

¹¹ Artículo de la diputada Rosi Orozco publicado en *Reforma*, 23 de noviembre de 2011.

complejo como a la naturaleza clandestina en que se desarrolla; c) la gran disparidad entre los diferentes ordenamientos legales en la materia; d) la presencia de otros tipos que suponen conductas que implican explotación sexual, con las que los operadores jurídicos están más familiarizados, y e) la falta de capacitación de los operadores jurídicos en el conocimiento de la fenomenología de este delito y, consecuentemente, en el manejo del tipo penal.

La iniciativa propone, como aspectos centrales: 1) abrogar la ley vigente, que es de carácter federal y tiene insuficiencias y lagunas que la hacen prácticamente inaplicable, y 2) considerar el delito de trata de personas como el principal de su objeto, y los de esclavitud, explotación, corrupción de menores, pornografía, turismo sexual infantil y encubrimiento, como relacionados, mismos que, o bien no se encuentran tipificados en el orden jurídico nacional o se encuentran considerados de forma insuficiente, o se les considera en su relación con la comisión del delito de trata de personas.

Asimismo, y de acuerdo con la propia exposición de motivos, la Ley contiene, entre otros, los siguientes puntos centrales:

1. Establece con toda claridad los bienes jurídicos tutelados, que se armonizan con los instrumentos internacionales en la materia.
2. Establece los criterios, principios y acciones que los operadores de la ley habrán de observar en su aplicación.
3. Establece un catálogo de definiciones de conceptos novedosos contenidos en la Ley, con el fin de orientar a los operadores de ella en su interpretación y aplicación.
4. Establece con toda claridad las competencias y facultades de los diferentes órdenes de gobierno en la persecución y sanción de los delitos previstos.
5. Establece el régimen de supletoriedad para los casos en que las normas previstas resulten insuficientes, referidos tanto al orden jurídico nacional como a los tratados internacionales firmados y ratificados por nuestro país.

6. Reforma el tipo penal del delito de trata de personas para hacerlo más aplicable, reduciendo las conductas y eliminando en lo posible elementos subjetivos, difíciles de probar, encuadrar y acreditar, al mismo tiempo que se reforman los elementos que se refieren a los medios comisivos, con el fin de que quede su probanza a cargo de las víctimas y se propicie así su revictimización o se les ponga en riesgo en los procesos.¹²

IV. REGLAMENTO

Ya está listo también el reglamento que servirá para la aplicación de una Ley General contra la Trata de Personas, y que tiene por objetivo establecer los tipos penales del delito de trata de personas, sus sanciones, los procedimientos aplicables, las medidas de protección, atención y asistencia a víctimas, ofendidos y testigos de cargo, así como la distribución de competencias y formas de coordinación entre los órdenes de gobierno.

El reglamento destaca que en todos los casos la sentencia condenatoria que se dicte por los delitos contemplados en la ley deberá incluir la reparación del daño a las víctimas, cuyo monto fijará el juez de la causa con los elementos que las partes le aporten o aquellos que considere procedentes a su juicio, en términos de la ley.

Además, dispone que el consentimiento otorgado por la víctima, cualquiera que sea su edad y en cualquier modalidad de los delitos previstos en la Ley, no constituirá causa excluyente del delito. Asimismo, que no se procesará a las víctimas del delito de trata de personas por la comisión de otros delitos, que hubieran sido obligadas a cometer bajo amenaza o coacción de sus victimarios que les impidiera oponerse a realizarla, mientras estuvieran sujetas a su control.

¹² El texto de la exposición de motivos señala que la probanza “quedará a cargo de las víctimas” cuando debería decir que “no” quedará a cargo de las víctimas.

V. CRITERIOS

Los criterios para la interpretación, aplicación y cumplimiento del objetivo de la nueva Ley se orientarán, además de lo previsto en el orden jurídico nacional, por los siguientes:

Máxima protección. Entendida como la obligación de cualquier autoridad, de velar por la aplicación más amplia de medidas de protección a la dignidad, libertad, seguridad y demás derechos de las víctimas y los ofendidos.

Perspectiva de género. Entendida como una visión analítica y política alternativa sobre las relaciones entre los géneros, que enfoca las desigualdades construidas socialmente entre mujeres y hombres para establecer acciones para disminuir las brechas de desigualdad.

Observancia irrestricta de los derechos humanos. Las medidas previstas en la Ley no menoscabarán los derechos fundamentales ni de la dignidad de las personas. Las autoridades adoptarán, en todo momento, medidas para garantizar la seguridad, protección, bienestar físico y psicológico e intimidad de las víctimas, ofendidos y testigos.

Atención preferente a las víctimas. Las medidas de atención, asistencia y protección beneficiarán a toda víctima de las conductas previstas en la ley, con independencia de si el sujeto activo ha sido identificado, aprehendido, juzgado o sentenciado, y de la relación familiar o de dependencia, relación laboral o económica que pueda existir entre este y la víctima.

Interés superior de la niñez. Entendido como que, cuando se trate de niños, niñas y adolescentes, las disposiciones aplicables de la nueva Ley se orientarán a procurarles los cuidados y asistencia que requieran para un crecimiento y desarrollo plenos. El ejercicio de los derechos de los adultos no podrá condicionar el ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Presunción de minoría de edad. Cuando no pueda determinarse la minoría de edad de la persona víctima o exista duda sobre su edad o documentos de identificación o no se cuente con dictamen médico de identificación, se presumirá esta.

Debida diligencia. Entendida como la obligación de las autoridades de los tres órdenes de gobierno de dar, en todos los casos, respuesta oportuna, eficiente, eficaz y responsable en la prevención, investigación, persecución y sanción de los delitos previstos por la Ley, así como en la atención, asistencia y apoyo a las víctimas.

Adecuada protección de víctimas extranjeras o fuera de su lugar de origen. Las víctimas del delito objeto de la Ley no serán repatriadas a su país o a su lugar de origen en territorio nacional, salvo que la autoridad responsable cuente con elementos probatorios suficientes que demuestren que no corre riesgo su vida, su integridad, su seguridad o la de sus familias. Las víctimas extranjeras en situación irregular en nuestro país, cuando esta sea consecuencia de la actividad desplegada contra ellas durante la comisión del delito, no serán objeto de las sanciones o impedimentos previstos en la Ley General de Población.

Garantía de no repetición. Entendida como la obligación del Estado, de tomar todas las medidas necesarias para evitar que las víctimas sean revictimizadas en cualquier forma o vuelvan a ser objeto de los delitos previstos en la Ley, sea por las autoridades operadoras de la Ley durante los procesos judiciales en que deba participar o por parte de los victimarios a través de intimidación a las víctimas o a las personas.

VI. PRESUPUESTO

Por otra parte, cabe señalar que si bien las fracciones parlamentarias de la Cámara de Diputados solicitaron para 2012 un presupuesto de 53 millones para la creación de un banco de datos en materia de trata de personas, así como para poder iniciar el programa para prevenir y sancionar este delito, solamente obtuvieron 4 millones, lo que muestra la falta de interés real por parte del Congreso para poder cumplir con los propósitos previstos por la nueva ley. Ello implica que no será posible reforzar la persecución, reparar el daño y adoptar medidas de protección

de identidad para las víctimas, así como tampoco podrán financiarse estrategias contra el turismo sexual ni se apoyará con recursos a las organizaciones civiles que brindan atención a las víctimas.¹³

A manera de conclusión, quisiera señalar que no obstante los buenos propósitos que han orientado la elaboración de la nueva Ley, quizá habría que tomar en cuenta las reservas que han expresado algunos especialistas, como Patricia Olamendi, quien recientemente apuntó que la nueva Ley General tiene un “pronóstico reservado”, ya que existe un componente adicional al delito que también forma parte de los crímenes de delincuencia organizada, motivo por el cual es posible determinar que las entidades federativas se excusarán de conocer el delito, bajo el argumento de que la conducta se encuentra tipificada en el artículo 2o. de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, generando así un ambiente de impunidad mayor que el que ahora vivimos en la investigación y sanción del delito. A ello hay que agregar, según la especialista, que la trata de personas ya se encuentra legislada como delito en [casi] todos los códigos penales del país; es decir, en el fuero común, si bien con diferencias en cuanto a las conductas para la realización de la trata de personas [pues] señalan a la explotación de la persona como el fin del delito, además de la existencia de cinco leyes estatales para prevenir y sancionar la trata de personas, situación que es fundamental considerar al momento de elaborar la nueva Ley General, para que no obstaculice los trabajos e investigaciones que vienen desarrollándose en algunos estados de la República.¹⁴

¹³ García, Carina, “Combate a la trata, sin recursos para operar por olvido de diputados”, *El Universal*, 23 de noviembre de 2011.

¹⁴ Olamendi, Patricia, “Reforma constitucional. La óptica de una Ley General”, *Esclavos del Siglo XXI. Revista México Social*, México, año 1, núm. 14, septiembre de 2011, p. 21.

SECUESTRO. TRATAMIENTO EN EL FUERO COMÚN

Óscar MONTES DE OCA*

SUMARIO: I. *Antecedente*. II. *Marco normativo constitucional*. III. *Ley General-delitos*. IV. *Competencia*. V. *Ley Federal de Delincuencia Organizada*. VI. *Delincuencia organizada en el fuero común*. VII. *Ley Federal de Delincuencia Organizada*. VIII. *Fiscalía de Atención al Secuestro*.

I. ANTECEDENTE

En la actualidad, el secuestro es el delito que más lastima a la sociedad.

Los criminales que lo llevan a cabo no solo toman a ciudadanos como rehenes, sino que también agobian y aterran a la familia, amigos y seres queridos. Es decir, secuestran la tranquilidad de todos. En 2008, este fenómeno delictivo tuvo un repunte sin precedentes, lo que motivó instar la fuerza del Estado mexicano para responder a la justa exigencia y reclamo social.

Por ello, el 21 de agosto de esa anualidad fue suscrito el Acuerdo Nacional para la Seguridad, la Justicia y la Legalidad, documento que fue hecho del dominio público el 25 del citado mes y año a través de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*.

* Fiscal especial de investigación para la atención del delito de secuestro, de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

En el documento fueron adoptados un total de 11 artículos y 74 acuerdos, destacando: “Artículo 3. El poder Legislativo Federal se compromete...

XXXII. Impulsar una Ley General del delito de Secuestro”.

Con ello se pretendió hacerle frente y encarar con resultados esta demanda social.

II. MARCO NORMATIVO CONSTITUCIONAL

Una vez que se estableció la necesidad de promulgar una Ley General en Materia de Secuestro (dotar a la autoridad de mecanismos jurídicos eficientes para llevar ante los tribunales a los delincuentes), se advirtió la necesidad de definir las facultades jurídicas del órgano Legislativo en ese fin.

Dentro del sistema integral que va a constituir la concurrencia de los tres órdenes de gobierno en el tema de seguridad pública como política de Estado, debemos partir de lo previsto en el artículo 40 de nuestra Constitución Política, en el sentido de que es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República compuesta de estados libres y soberanos, unidos en una Federación.

En este contexto, el artículo 21, párrafo noveno, de nuestra carta magna, define la competencia en materia de seguridad pública, al establecer que “es una función a cargo de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, que comprende la prevención de los delitos; la investigación y persecución para hacerla efectiva, así como la sanción de las infracciones administrativas, en los términos de la ley, en las respectivas competencias que esta Constitución señala”. Asimismo, la fracción XXI del numeral 73 de ese ordenamiento jurídico establece que es facultad del Congreso de la Unión, entre otras, expedir leyes generales en materia de secuestro.

La Ley General constituye una facultad concurrente; es decir, podemos determinar que la Federación, las entidades federativas, incluyendo al Distrito Federal, tienen injerencia y potestad

respecto de una misma materia, con los límites que la Ley determine.

A mayor abundamiento, existe el siguiente criterio de la Corte:

FACULTADES CONCURRENTES EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO. SUS CARACTERÍSTICAS GENERALES.

Si bien es cierto que el artículo 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que: “Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.”, también lo es que el Órgano Reformador de la Constitución determinó, en diversos preceptos, la posibilidad de que el Congreso de la Unión fijara un reparto de competencias, denominado “*facultades concurrentes*”, entre la Federación, las entidades federativas y los Municipios e, inclusive, el Distrito Federal, en ciertas materias, como son: la educativa (artículos 3o., fracción VIII y 73, fracción XXV), la de salubridad (artículos 4o., párrafo tercero y 73, fracción XVI), la de asentamientos humanos (artículos 27, párrafo tercero y 73, fracción XXIX-C), *la de seguridad pública (artículo 73, fracción XXIII)*, la ambiental (artículo 73, fracción XXIX-G), la de protección civil (artículo 73, fracción XXIX-I) y la deportiva (artículo 73, fracción XXIX-J). *Esto es, en el sistema jurídico mexicano las facultades concurrentes implican que las entidades federativas, incluso el Distrito Federal, los Municipios y la Federación, puedan actuar respecto de una misma materia, pero será el Congreso de la Unión el que determine la forma y los términos de la participación de dichos entes a través de una ley general.*

III. LEY GENERAL-DELITOS

El 30 de noviembre de 2010 fue promulgada la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la Fracción XXI del Artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Asimismo, se hicieron adiciones a diversos ordenamientos jurídicos, entre ellos la Ley Federal contra la Delincuencia Orga-

nizada, destacando la adición de la fracción VII del artículo 2. “Las conductas previstas en los artículos 9, 10, 11, 17 y 18 de la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro...”.

Esta Ley prevé los siguientes delitos:

Artículo 9. Al que prive de la libertad a otro se le aplicarán:

I. De veinte a cuarenta años de prisión y de quinientos a dos mil días multa, si la privación de la libertad se efectúa con el propósito de:

a) Obtener, para sí o para un tercero, rescate o cualquier beneficio;

b) Detener en calidad de rehén a una persona y amenazar con privarla de la vida o con causarle daño, para obligar a sus familiares o a un particular a que realice o deje de realizar un acto cualquiera;

c) Causar daño o perjuicio a la persona privada de la libertad o a terceros; o

d) Cometer secuestro exprés, desde el momento mismo de su realización, entendiéndose por éste, el que, para ejecutar los delitos de robo o extorsión, prive de la libertad a otro.

Lo anterior, con independencia de las demás sanciones que conforme a esta Ley le correspondan por otros delitos que de su conducta resulten.

Artículo 10. Las penas a que se refiere el artículo 9 de la presente Ley, se agravarán:

I. De veinticinco a cuarenta y cinco años de prisión y de dos mil a cuatro mil días multa, si en la privación de la libertad concurre alguna o algunas de las circunstancias siguientes:

a) Que se realice en camino público o en lugar desprotegido o solitario;

b) Que quienes la lleven a cabo obren en grupo de dos o más personas;

c) Que se realice con violencia;

d) Que para privar a una persona de su libertad se allane el inmueble en el que ésta se encuentra;

e) Que la víctima sea menor de dieciocho años o mayor de sesenta años de edad, o que por cualquier otra circunstancia no

tenga capacidad para comprender el significado del hecho o capacidad para resistirlo;

f) Que la víctima sea una mujer en estado de gravidez;

II. De veinticinco a cincuenta años de prisión y de cuatro mil a ocho mil días multa, si en la privación de la libertad concurren cualquiera de las circunstancias siguientes:

a) Que el o los autores sean o hayan sido integrantes de alguna institución de seguridad pública, de procuración o administración de justicia, o de las Fuerzas Armadas Mexicanas, o se ostenten como tales sin serlo;

b) Que el o los autores tengan vínculos de parentesco, amistad, gratitud, confianza o relación laboral con la víctima o persona relacionada con ésta;

c) Que durante su cautiverio se cause a la víctima alguna lesión de las previstas en los artículos 291 a 293 del Código Penal Federal;

d) Que en contra de la víctima se hayan ejercido actos de tortura o violencia sexual;

e) Que durante o después de su cautiverio, la víctima muera debido a cualquier alteración de su salud que sea consecuencia de la privación de la libertad, o por enfermedad previa que no hubiere sido atendida en forma adecuada por los autores o partícipes del delito.

Artículo 11. Si la víctima de los delitos previstos en la presente Ley es privada de la vida por los autores o partícipes de los mismos, se impondrá a éstos una pena de cuarenta a setenta años de prisión y de seis mil a doce mil días multa.

Artículo 12.- Si espontáneamente se libera a la víctima del secuestro dentro de los tres días siguientes al de la privación de la libertad, sin lograr alguno de los propósitos a que se refiere el artículo 9 de esta Ley y sin que se haya presentado alguna de las circunstancias agravantes del delito, la pena será de dos a seis años de prisión y de cincuenta a ciento cincuenta días multa.

La misma pena se aplicará a aquél que habiendo participado en la planeación de alguna de las conductas a que hace referencia el presente Capítulo, dé noticia de ese hecho a la autoridad y la víctima sea rescatada con vida.

La pena señalada en el párrafo primero de este artículo se aplicará a aquél que habiendo participado en la comisión de alguna de las conductas a que hace referencia el presente Capítulo, dé noticia de ese hecho a la autoridad para evitar que se cometa el delito y proporcione datos fehacientes o suficientes elementos de convicción contra los demás participantes del hecho o, ya cometido, antes de que se libere a la víctima, proporcione, los datos o elementos referidos, además dé información eficaz para liberar o localizar a la víctima.

No obstante lo anterior, si a la víctima se le hubiere causado alguna lesión de las previstas en los artículos 291 a 293 del Código Penal Federal, la pena será de nueve a dieciséis años de prisión y de trescientos a quinientos días multa, así como la colocación de los dispositivos de localización y vigilancia por la autoridad policial hasta por los cinco años posteriores a su liberación.

ARTÍCULOS CITADOS DEL CÓDIGO PENAL:

ARTÍCULO 291. Lesión que perturbe para siempre la vista, disminuya la facultad de oír, entorpezca o debilite permanentemente una mano, un pie, un brazo, una pierna, el uso de la palabra o las facultades mentales. (03 a 05 años de prisión).

ARTÍCULO 292. Lesión que resulte una enfermedad segura o incurable, inutilización completa o pérdida de un ojo, de un brazo, de una mano, de una pierna, de un pie, quede perjudicada para siempre alguna función orgánica, quede sordo, impotente o deformidad incorregible (05 a 08 años prisión).

Lesión que produzca incapacidad para trabajar, enajenación mental, pérdida de la vista, del habla o de las funciones sexuales.

ARTÍCULO 293. Lesiones que pongan en peligro la vida (03 a 06 años prisión)

En caso de que espontáneamente se libere al secuestrado dentro de los primeros diez días, sin lograr alguno de los propósitos a que se refiere el artículo 9 de la presente Ley, y sin que se haya presentado alguna de las circunstancias agravantes del delito, la pena de prisión aplicable será de ocho a quince años y de doscientos cincuenta hasta quinientos días multa.

Artículo 13. Se impondrá pena de cien a trescientas cincuenta jornadas de trabajo a favor de la comunidad, al que simule por sí

o por interpósita persona, la privación de su libertad con alguno de los propósitos señalados en el artículo 9 de la presente Ley.

Artículo 14. Se impondrán de dos a ocho años de prisión al que simule la privación de la libertad de una persona, con la intención de conseguir alguno de los propósitos señalados en el artículo 9 de esta Ley.

La misma pena se impondrá al que amenace de cualquier modo a una persona con privarla de la libertad o con privar de la libertad a algún miembro de su familia o con quien esté ligada por algún vínculo, con alguno de los propósitos señalados en el artículo 9 de la presente Ley.

Artículo 15. Se aplicará pena de dos a ocho años de prisión y de setecientos a mil quinientos días multa, al que:

I. Después de la ejecución de cualquiera de las conductas previstas en los artículos 9 y 10 de la presente Ley, y sin haber participado en cualquiera de ellas, adquiera o reciba el producto de las mismas a sabiendas de esta circunstancia;

II. Preste auxilio o cooperación al autor de cualquiera de las conductas previstas en los artículos 9 y 10 de esta Ley, con conocimiento de esta circunstancia, por acuerdo posterior a la liberación de la víctima;

III. Oculte o favorezca el ocultamiento del responsable de ejecutar cualquiera de las conductas previstas en los artículos 9 y 10 de esta Ley, con conocimiento de esta circunstancia, así como los efectos, objetos o instrumentos del mismo o impida que se averigüe;

IV. Altere, modifique o destruya ilícitamente el lugar, huellas o vestigios de los hechos delictivos a que se refiere esta Ley, y

V. Desvíe u obstaculice la investigación de cualquiera de las conductas previstas en los artículos 9 y 10 de esta Ley, o favorezca que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia.

No se aplicará la pena prevista en este artículo en el caso de la fracción III, en lo referente al ocultamiento del infractor, cuando se trate de:

a) Los ascendientes o descendientes consanguíneos o afines directos, y

b) El cónyuge, la concubina, el concubinario y parientes colaterales por consanguinidad hasta el segundo grado.

Artículo 16. Se aplicará pena de dos a ocho años de prisión, de doscientos a mil días multa, al servidor público que:

I. Divulgue, sin motivo fundado, información reservada o confidencial, relacionada con las conductas sancionadas por esta Ley, salvo que se refiera a la información o imágenes obtenidas en una intervención de comunicación privada, en este caso se aplicará lo dispuesto por el Código Penal Federal, o

II. Revele, sin motivo fundado, técnicas aplicadas a la investigación o persecución de las conductas previstas en la presente Ley.

Si el sujeto es o hubiere sido integrante de una institución de seguridad pública, de procuración de justicia, de los centros de reclusión preventiva o penitenciaria, la pena será de cuatro años seis meses a trece años de prisión, así como también, la multa y el tiempo de colocación de dispositivos de localización y vigilancia se incrementarán desde un tercio hasta dos terceras partes.

Artículo 17. Se aplicará pena de cuatro años seis meses a trece años de prisión, de doscientos a mil días multa al servidor público que, teniendo atribuciones en materia de prevención, investigación, procuración o impartición de justicia o de vigilancia y custodia en los centros de privación de la libertad o penitenciaria, se abstenga de denunciar ante el Ministerio Público o, en caso de urgencia, ante la policía, la comisión de cualquiera de los delitos previstos en esta Ley, o de hacer saber de inmediato al Ministerio Público información, evidencias o cualquier otro dato relacionado, directa o indirectamente, con la preparación o comisión de las conductas previstas en esta Ley.

Artículo 18. A todo sentenciado por cualquiera de los delitos previstos en esta Ley que sea o hubiere sido servidor público de cualquiera de las instituciones policiales, de procuración de justicia, del sistema penitenciario y dependencias encargadas de la seguridad pública, se le aplicará como parte de la pena la inhabilitación para ocupar un empleo, cargo o comisión en el servicio público federal, local o municipal, desde un plazo igual al de la pena de prisión que se le imponga por el delito en que incurrió hasta la inhabilitación definitiva.

Cualquier otro servidor público quedará inhabilitado para ocupar un empleo, cargo o comisión en el servicio público federal,

local o municipal hasta por un plazo igual al de la pena de prisión que se imponga. Dicha inhabilitación correrá a partir de que concluya la pena de prisión.

TRANSITORIOS

Primero. El presente Decreto entrará en vigor a los noventa días de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

Atendiendo dicho término, la Ley General inicio vigencia el 28 de febrero del 2011

Segundo. Los procedimientos penales iniciados antes de la entrada en vigor del presente Decreto en materia de delitos previstos en el mismo se seguirán tramitando hasta su conclusión conforme a las disposiciones vigentes al momento de la comisión de los hechos que les dieron origen. Lo mismo se observará respecto de la ejecución de las penas correspondientes.

Tercero. Se derogan todas las disposiciones legales que se opongan al presente Decreto.

Quinto. Las disposiciones relativas a los delitos de secuestro previstas tanto en el Código Penal Federal como en los Códigos Penales locales vigentes hasta la entrada en vigor el presente Decreto seguirán aplicándose por los hechos realizados durante su vigencia. Asimismo, dichos preceptos seguirán aplicándose a las personas procesadas o sentenciadas por los delitos previstos y sancionados por los mismos artículos

IV. COMPETENCIA

Una vez establecido el antecedente de la Ley General de Secuestro, el marco normativo de las instancias que intervinieron en su creación, las conductas que van a ser sancionables en esta materia y la vigencia de la misma, es conveniente señalar la competencia de las autoridades en materia de procuración de justicia.

¿Por qué decimos que por regla general compete a las procuradurías locales y excepcionalmente a la Federación la persecución del secuestro?

I. El ordenamiento jurídico es una ley general que difiere del concepto de ley federal. En la primera, es indistinto su ámbito

de aplicación, en tanto que la ley federal única y exclusivamente se ciñe al principio de competencia entablado para la autoridad correspondiente dentro de dicho ámbito al tenor de su normativa vigente.

II. El ordenamiento jurídico en estudio, en su artículo 1, establece:

La presente Ley es reglamentaria del párrafo primero de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de secuestro. Es de orden público y de observancia general en toda la República y tiene por objeto establecer los tipos penales, sus sanciones, las medidas de protección, atención y asistencia a ofendidos y víctimas, la distribución de competencias y formas de coordinación entre los órdenes de gobierno. Para ello la Federación y las Entidades Federativas, en el ámbito de sus competencias, estarán obligadas a coordinarse en el cumplimiento del objeto de esta Ley.

Lo que en esencia señala la generalidad de aplicación de esta ley reglamentaria para toda la República en materia de secuestro, es decir, tanto en materia federal como local, lo cual se torna obligatorio para toda autoridad. Máxime lo previsto en el transitorio tercero —*derogan todas las disposiciones legales que se opongan al presente Decreto*—.

Además, tomando en cuenta el criterio de especialidad (*lex specialis derogat legi generali*), que señala que ante dos normas incompatibles, una general y la otra especial (o excepcional), prevalece la segunda, ya que la ley especial sustrae una parte de la materia regida por la de mayor amplitud, para someterla a una reglamentación diversa (contraria o contradictoria).

Lo que se colige que a partir del 28 de febrero de 2011 la previsión del delito de secuestro en las legislaciones locales quedó derogada, tomando su lugar la ley especial mencionada. Aunado a que no estamos en presencia de una “supresión de tipo penal” —en cuanto a sus elementos típicos—, sino solamente una previsión y regulación general para toda la República (en

donde se contempla al Distrito Federal) en cuanto a la conducta y sanción correspondientes. Es decir, existe una sucesión de leyes penales —derogación de todo lo que se opone a la ley reglamentaria y observancia de una ley general que contiene la configuración típica de hechos regulados por el anterior cuerpo normativo—.

III. Aunado a lo anterior, el artículo 23 de la Ley General de Secuestro define claramente la competencia de la Federación, al disponer:

Los delitos previstos en esta Ley se prevendrán, investigarán, perseguirán y sancionarán por la Federación cuando se trate de los casos previstos en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada y cuando se apliquen las reglas de competencia previstas en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y del Código Federal de Procedimientos Penales; o cuando el Ministerio Público de la Federación solicite a la autoridad competente de la entidad federativa, le remita la investigación correspondiente, atendiendo a las características propias del hecho, así como a las circunstancias de ejecución o la relevancia social del mismo.

En los casos no contemplados en el párrafo anterior, serán competentes las autoridades del fuero común.

Es decir, todos los asuntos que impliquen una conducta relacionada con secuestro son competencia de los estados, excepto cuando se trate de:

1. Delincuencia organizada.
2. Afectación a la Federación (Ley Orgánica del PJF), y
3. Discrecionalidad del agente del Ministerio Público de la Federación.

Lo anterior, si partimos de la idea de que la afectación la sufre el particular que es privado de su libertad para ser objeto de las conductas previstas en el cuerpo normativo en estudio y que no toda reunión de personas constituye delincuencia organizada.

V. LEY FEDERAL DE DELINCUENCIA ORGANIZADA

Artículo 2. Cuando tres o más personas se organicen de hecho para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada:

VII. Las conductas previstas en los artículos 9, 10, 11, 17 y 18 de la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Artículo 3. Los delitos a que se refieren las fracciones I, II, III y IV del artículo anterior, que sean cometidos por algún miembro de la delincuencia organizada, serán investigados, perseguidos, procesados y sancionados conforme a las disposiciones de esta Ley.

Los delitos señalados en las fracciones V y VII de dicho artículo lo serán únicamente si, además de cometerse por un miembro de la delincuencia organizada, el Ministerio Público de la Federación ejerce la facultad de atracción. En este caso, el Ministerio Público de la Federación y las autoridades judiciales federales serán las competentes para conocer de tales delitos. Bajo ninguna circunstancia se agravarán las penas previstas en las legislaciones de las entidades federativas.

VI. DELINCUENCIA ORGANIZADA EN EL FUERO COMÚN

Como se ha expresado, es competencia exclusiva de la Federación.

No por ello podemos decir que exista una ventaja para la delincuencia. Al contrario, la Ley General contra el Secuestro es un mecanismo eficiente que contiene una agravante contundente (25 a 45 años de prisión) por el solo hecho de participar en grupo de dos o más personas.

Hipótesis jurídica que en la *praxis* o ejercicio diario de los agentes del Ministerio Público resulta objetivamente más sencillo acreditar que la misma delincuencia organizada y aún más eficiente, en virtud de que la pena de la agravante es mayor que la de ese delito (20 a 40 años de prisión para personal con funciones de dirección o administración).

VII. FISCALÍA DE ATENCIÓN AL SECUESTRO

La PGJDF cuenta con la Fiscalía Especial de Investigación para Secuestros, la cual fue creada el 25 de noviembre de 2008 mediante el Acuerdo A/012/2008.

Esta Unidad tiene competencia para la investigación de secuestro, extorsión y los delitos conexos (homicidios, lesiones, robos, delitos sexuales, asociación delictuosa, pandilla, etcétera).

La visión estratégica de trabajo en esta Unidad es integral, con elementos de diferente orden jurídico, tecnológicos, policiales, de responsabilidades expresas del Ministerio Público y, sobre todo, del esfuerzo amplio y verdaderamente comprometido de sus auxiliares directos.

La investigación jurídico-policia parte de un método científico, apoyada en recursos tecnológicos, como lo son los equipos de comunicación orientados a la identificación de datos, voces y comunicaciones de los criminales; de la identificación de *modus operandi*; al seguimiento de los delincuentes que son encarcelados y luego liberados.

Como guía de desarrollo institucional, realizamos un trabajo con enfoque orientado a resultados, con transparencia y rendición de cuentas en todas las partes que nos permite la Ley, sin dejar de cumplir por ello con la secrecía obligada a todo representante social.

Aunado a lo anterior, para brindar seguridad y confianza a la ciudadanía, la totalidad del personal adscrito a esta unidad tiene aprobados sus exámenes de control de confianza, lo cual

constituye un requisito indispensable para formar parte de este equipo de elite.

Prueba del eficiente trabajo desarrollado está la desarticulación de bandas delictivas:

2008	2009	2010	2011
11	15	21	18

EL ANÁLISIS ESPECTRAL APLICADO A LA INVESTIGACIÓN DE DOCUMENTOS

María Guadalupe MARTÍNEZ FLORES*

El desarrollo de las ciencias forenses hoy día se ha visto beneficiado con el desarrollo tecnológico. En el campo de los documentos en particular, ha permitido que los nuevos avances tecnológicos se incorporen a los nuevos equipos de análisis documental, lo que ha dado por resultado la facilidad de visualización del estudio realizado, permitiendo además el guardar imágenes y someter el documento a un profundo estudio espectral a fin de detectar el rango de frecuencia de cada uno de los elementos de seguridad que lo constituyen, o bien realizar el estudio de los elementos que se le han adicionado al documento, como la escritura, sellos, hologramas, etcétera.

Es así que mediante un análisis espectral aplicado a la investigación y análisis documental es posible que el experto en documentoscopia determine:

- Autenticidad
- Falsedad
- Alteración
- Reconstrucción de textos

* Médica cirujana por la UNAM. Maestría en ciencias penales por el Inacipe y presidenta y miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

- Tintas
- Detección de sistemas de seguridad

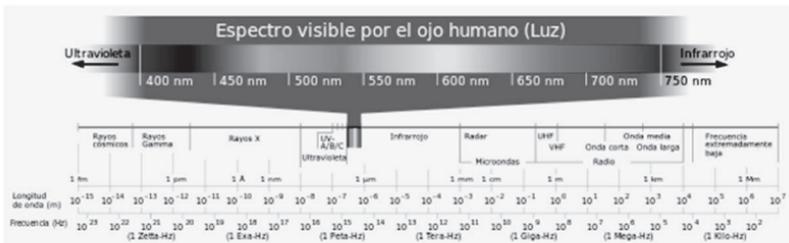
Para lo cual es importante conocer algunos pormenores de la luz que a continuación se mencionarán:

Se llama luz (del latín *lux, lucis*) a la radiación electromagnética que puede ser percibida por el ojo humano.

En física, el término luz se usa en un sentido más amplio, e incluye el rango entero de radiación, conocido como el espectro electromagnético, mientras que la expresión luz visible denota la radiación en el espectro visible.

Espectro visible

Es la región del espectro electromagnético que el ojo humano es capaz de percibir, y se le llama luz visible o simplemente luz. Un ojo humano responderá a longitudes de onda desde 400 a 700 nm, aunque algunas personas pueden ser capaces de percibir longitudes de onda desde 380 a 780 nm.



Se denomina espectro electromagnético a la distribución energética del conjunto de las ondas electromagnéticas. Referido a un objeto, se denomina espectro electromagnético, o simplemente espectro, a la radiación electromagnética que emite (espectro de emisión) o absorbe (espectro de absorción) una sustancia. La radiación sirve para identificar la sustancia de manera análoga a una huella dactilar. Los espectros se pueden observar

mediante espectroscopios que, además de permitir observar el espectro, permiten realizar medidas sobre este, como la longitud de onda, la frecuencia y la intensidad de la radiación

Infrarrojo (IR). Sus longitudes de onda van desde 1 mm hasta los 10-6 m, aproximadamente (frecuencias entre $3 \cdot 10^{11}$ y $3 \cdot 10^{14}$ Hz). Son emitidas por los cuerpos calientes, como las brasas de una chimenea. La mitad de la energía irradiada por el Sol son rayos infrarrojos.

Los colores del arcoíris:

Rojo	620 a 1000 nm
Naranja	590 a 620 nm
Amarillo	550 a 590 nm
Verde	490 a 550 nm
Azul	430 a 490 nm
Violeta	390 a 430 nm

Ultravioleta. Son radiaciones que se encuentran más allá del violeta. Sus longitudes de onda abarcan desde 390 nm hasta 1nm (frecuencias entre $7 \cdot 10^{14}$ y $3 \cdot 10^{17}$ Hz). Su energía es suficiente para romper enlaces químicos o producir ionizaciones.

La región ultravioleta del espectro solar se divide en tres partes: UV-A, que abarca el rango de 320 nm a 390 nm; UV-B, que va de 280 nm a 320 nm, y la denominada UV-C, que corresponde a las longitudes de onda inferiores a 280 nm.

Tomando en consideración que los actuales sistemas de seguridad de todo tipo de documentos están principalmente relacionados con las tintas con que se elaboran y dentro de ellas existe una gran diversidad que puede ser utilizada en diferentes partes del mismo o combinarse con otro sistema de seguridad, como los microtextos, tenemos como resultado que la gama es muy amplia, y que dependerá de la persona o institución que lo requiera, una vez definido el elemento o elementos de seguridad que requiere y el lugar o lugares del documento en el que serán colocados se elaborará y se guardará secrecía de su constitución.

Por consiguiente, corresponde al experto en documentoscopia la localización y análisis de todos los elementos de seguridad que contenga el documento para determinar su autenticidad, alteración o falsificación. Para ello tendrá que someter el documento motivo de estudio a su análisis general y de laboratorio con el fin de detectar los diversos sistemas de seguridad que lo integran mediante la realización de un análisis espectral a través del cual puede observar.

Fibrillas

Como su nombre lo indica, son pequeñas fibrillas que se agregan cuando se está llevando a cabo la fabricación del papel seguridad, con el propósito de que queden en el tramado; por consiguiente, su distribución en el papel es aleatoria, son de diversos colores y pueden ser vistas a simple vista, o si se desea serán invisibles; sin embargo, se les puede adicionar una tinta para hacerlas fluorescentes ante un análisis espectral al someterlas a luz ultravioleta.

Planchetes

A diferencia de las fibrillas, que son elementos alargados, los planchetes son elementos redondeados o hexagonales que se adhieren al soporte del documento, generalmente posteriores al proceso de fabricación; en este caso presentan pequeñas salientes que se utilizan para ser adheridas al papel; sin embargo, si se desea también se pueden adicionar en el momento de la fabricación del papel para evitar su desprendimiento, ya que quedarán mezclados en su trama. Estos pueden ser de color visible a simple vista o invisibles; sin embargo, también se les puede agregar una tinta que los hará visibles a la luz ultravioleta, o bien una iridiscente, que le conferirá la propiedad de cambiar de color al movimiento.

Tinta ópticamente variable (OVI)

Denominada tinta OVI por sus siglas en el idioma inglés (*optical variable ink*), como su nombre lo indica, es una tinta que tiene la particularidad de cambiar de color dependiendo del ángulo de iluminación y de observación de la persona que tiene el documento.

Tinta sangrante

Este tipo de tinta es especial para detectar alteraciones de tipo borraduras que ocasionen daños al documento, especialmente las mecánicas, debido a que al realizar la impresión en el documento la tinta penetra y se adhiere al papel de manera profunda, de tal forma que cuando se lesiona la impresión que contiene este tipo de tinta de seguridad es muy notorio, porque está muy adherida en la masa del papel. Esta tinta también puede combinarse con otra fluorescencia, y al ser dañado el documento también se detectará por fluorescencia en el análisis espectral.

Tinta fugitiva

Al igual que la anterior, también es una tinta especial para la detección de alteraciones, ya que sus componentes impresos pueden sufrir cambios en su tonalidad o hasta llegar a desaparecer en el documento en el momento en que alguna persona desee alterar el documento utilizando disolventes o agua, lo cual será detectado por el experto tanto a simple vista y más detallado con el uso de aparatos específicos para el análisis espectral.

Microimpresiones

La mayoría de los documentos actuales cuentan como medida de seguridad con pequeños textos impresos en determinados

sitios del documento, pudiendo estar en más de un lugar y ser uno o varios los microtextos contenidos. El objetivo de ellos es que no sean visibles a simple vista, y que en su lugar solo veamos una línea. Generalmente los microtextos contienen datos relacionados con la institución o empresa que emite el documento o con los datos personales de a quien se le expide como un control de seguridad. Los microtextos, al ser analizados por el experto en documentoscopia con el equipo adecuado, serán revelados y determinarán la autenticidad o falsedad del documento o la identificación de la persona o impostor.

Diferenciación de tintas

Uno de los cuestionamientos que se presentan en los estudios documentales es el saber si un documento fue elaborado con una misma tinta, especialmente cuando esta es del mismo color y a simple vista se ve igual o con una mínima diferencia de color. Este tipo de documentos son sometidos a un análisis espectral, en donde se estudiará y obtendrá la frecuencia de la luz a la que reacciona cada una de las tintas que constituyen el documento, de tal manera que obtendrá los rangos para todo lo escrito y determinará si todo él fue elaborado con una misma tinta o bien si intervino en su elaboración más de una tinta de un mismo color, lo cual a simple vista aparenta ser una sola; sin embargo, sus componentes de elaboración son diferentes, y eso hará que su espectro sea diferente, y que solo en la luz visible al ojo humano de la apariencia de ser igual, el resultado del análisis espectral dará la conclusión al caso y determinará si es una sola tinta o son más, y qué partes pertenecen a cada una de ellas. Lo anterior se realiza sin necesidad de efectuar pruebas químicas en las que se requiere la mutilación de un pequeño segmento del documento o cualquier otra prueba destructiva y con un grado de confiabilidad total, dando así resolución a muchos casos judiciales.

Textos no visibles

En los casos de textos escritos a mano, en los que por el paso del tiempo y por su mala conservación ya no es visible a simple vista el contenido de los mismos, la posibilidad de hacerlos visibles nuevamente es mediante la utilización de otras frecuencias de espectro de luz, que permitirá hacerlas visibles al ojo humano. Es por ello que el experto utilizará un equipo de análisis espectral, ya que con un buen estudio es posible reaparecer los textos que se han perdido y que serán fijados fotográficamente o mediante imágenes digitales como evidencia del contenido de ese documento.

Textos tachados o repasados

Cuando un documento es tachado dolosamente para borrar su contenido o parte de él con una pluma del mismo color o de diferente color, es posible, mediante el uso del equipo de análisis espectral, recuperar el texto que fue borrado a pesar de que a simple vista no sea visible. Lo mismo sucede con un documento al cual se repasó el texto o la firma. Es posible mediante un buen estudio conocer el texto o firma original y conocer los repasos o adiciones que se realizaron al documento. Lo anterior, utilizando diversos filtros y frecuencias de luz para analizar la reacción de cada uno de ellos en el espectro, y determinar así las frecuencias de cada tinta, lo que las hará visibles en ese momento y las diferenciará de las demás.

Hilo de seguridad

Tradicionalmente, el hilo de seguridad era, como su nombre lo indica, un hilo compuesto de varias hebras, al que se le adicionaban tintas que no son visibles a simple vista; sin embargo, si son sometidos a una luz ultravioleta presentará fluorescencia. La variedad en ellos va desde los ya descritos hasta los metalizados. En

su elaboración se les puede incluir microtextos, o lecturas mecanizadas; también pueden ser cosidos al documento y visible, oculto a simple vista o aventanillado; es decir, es visible en algunas partes y en otras se oculta en el documento. Debido a ello, debe ser analizado con mucho cuidado y detalladamente utilizando diferentes frecuencias de espectros a fin de poder detectar todos sus elementos de seguridad que lo componen.

Lectura mecanizada

Se trata de información que se desea almacenar en el interior de lo que a simple vista se ve como unas líneas de diferente grosor, y en los espacios en blanco que comúnmente conocemos como código de barras, mismo que al ser analizado con el equipo adecuado permitirá hacer visible la información contenida.

Síntesis del trabajo

Debido a la falsificación frecuente de diversos documentos de identidad, pagarés, tarjetas de crédito, cheques, títulos universitarios, etcétera, las instituciones y las empresas se han visto en la necesidad de mejorar sus documentos, lo cual ha generado el desarrollo de diversos sistemas de seguridad, para evitar la falsificación, mismos que se pueden encontrar en la elaboración del papel, en la impresión de sus diseños, en las tintas que utilizan y en los elementos que se le adicionan, como los hologramas, kinegramas, etcétera.

A la par con este mejoramiento se han desarrollado las metodologías y técnicas periciales, con la finalidad de capacitar a los expertos en documentoscopia en el conocimiento de los sistemas de seguridad, y al mismo tiempo en el uso de tecnología que permita detectar aquellos que no son visibles al ojo humano por la longitud de onda que se utiliza, o bien porque el mismo sistema así lo requiere. El análisis espectral al que deben ser sometidos todos los documentos de estudio brinda una gran utilidad a

los expertos, ya que permite la visualización de los sistemas de seguridad que lo integran, logrando así determinar si se trata de un documento auténtico o falso. La importancia de este análisis es que se hace en poco tiempo y, sobre todo, que no es destructivo, ya que únicamente se basa en el estudio espectral de los componentes de un sistema de seguridad que se le adicionó para evitar su falsificación, siendo hoy día una de las técnicas más avanzadas en este tipo de análisis pericial.

CIBERCRIMINALIDAD

Óscar Manuel LIRA ARTEAGA*

SUMARIO: I. *La cibercriminalidad en nuestro país.* II. *Investigación pericial en cibercriminalidad.*

I. LA CIBERCRIMINALIDAD EN NUESTRO PAÍS

En nuestro país, hoy más que en otros tiempos, la ausencia en la aplicación de procedimientos de investigación forense con relación a conductas delictivas que utilizan como medio las tecnologías de la información y comunicación (TIC), acordes a las normas de investigación establecidas por organizaciones internacionales, tales como la del Grupo de Trabajo Científico en Evidencia Digital (SWGDE** por sus siglas en inglés), apegadas a la legislación de nuestro país, provocan que la persecución de este tipo de delitos no sean resueltos en todos los casos de manera exitosa por los actores que intervienen en la administración y en la procuración de justicia (jueces, agentes del Ministerio Público, peritos y policía investigadora). Sin embargo, es importante señalar que si bien delitos como la pornografía infantil, fraude, extorsión, falsificación, el robo de información, la alteración de información, el espionaje, el secuestro, las amenazas, entre otros,

* Maestro en tecnologías de la información por la Universidad la Salle. Presidente de la Asociación Latinoamericana de Profesionales en Seguridad Informática.

** Grupo de Trabajo Científico en Evidencia Digital (SWGDE, Scientific Working Group on Digital Evidence) <http://68.156.151.124/>

hoy se vale del uso de las nuevas tecnologías, como lo son dispositivos móviles de comunicación, telefonía celular, computadoras personales e internet, como medio para realizar las conductas delictivas antes mencionadas, se trata de delitos bien definidos en nuestra leyes, que han existido, en la mayoría de los casos, mucho antes de la invención de los medios de comunicación, procesamiento y almacenamiento de datos de manera digital en medios magnéticos, electrónicos u ópticos.

En el caso particular de nuestro país, existen vacíos legislativos importantes, específicamente en el control de los proveedores de servicios de internet, que los obliguen a almacenar los datos de conexión que permitan, a las autoridades correspondientes, realizar el rastreo de un mensaje generado y transmitido a través de Internet hasta su origen. Cabe mencionar que en países de la Comunidad Europea, como Francia, España y Alemania, entre otros, a través del Convenio de Cibercrimen, establecido a finales de 2001, la información se almacena por hasta un año, permitiendo así que los responsables de realizar investigaciones relacionadas con este tipo de conductas cuenten con el tiempo suficiente para evitar que la información que permite identificar a un delincuente a través de Internet se pierda.

Por otro lado, con relación a los fabricantes de programas de cómputo, se deben encontrar los mecanismos legales que los obliguen a generar *software* seguro, con la finalidad de evitar que el consumidor de esos productos sea vulnerable ante las amenazas que los códigos maliciosos presentan por el simple hecho de comprar dichos productos, los cuales desde su concepción implican altos riesgos de estabilidad y seguridad de los datos que procesan, dando como resultado un alto nivel de inseguridad, que al cabo del tiempo se traduce en pérdidas millonarias a los consumidores finales, ya sea a consecuencia de la pérdida de su información o por los altos costos de mantenimiento y soporte de las aplicaciones informáticas.

De lo anterior se desprende que en la actualidad los consumidores no cuentan con la transparencia y elementos suficientes,

por parte de los fabricantes de programas de cómputo, para poder realizar la elección de una aplicación con base en sus propios estándares de calidad y seguridad, y no con base en los propios de cada fabricante.

En nuestra opinión, así como al consumidor de comida se le informa del contenido calórico de los productos que consume, en el caso de programas de cómputo se le debería advertir al consumidor el grado de seguridad o, en su caso, el grado de vulnerabilidad con el que cuentan los productos. Hoy el nivel de seguridad de prácticamente todos los productos que consumimos nos brindan es de 0.

Como se ha mencionado, lo anterior no significa, de ninguna manera, que nuestro país se encuentre en estado de indefensión con relación a los delitos cometidos a través de tecnologías de la información, ya que existen leyes que interpretadas de manera adecuada permiten advertir la tipificación y persecución de todos los delitos cometidos a través de las tecnologías de la información y comunicación. La Constitución Política de nuestro país, el Código Penal Federal, el Código Federal de Procedimientos Penales, la Ley Federal de Telecomunicaciones, entre otras, son normas que aplicadas de manera correcta permiten la persecución y castigo de todo tipo de conductas delictivas, cometidas a través de las tecnologías de la información y de la comunicación, erróneamente identificadas como ciberdelitos.

Pretendemos mostrar la situación actual, alcances y limitantes, así como los retos que enfrentan en nuestro país aquellos que forman parte del engranaje que conforma la procuración de justicia con relación a la problemática antes expuesta, con la finalidad de aportar soluciones que brinden la posibilidad de realizar los ajustes necesarios para que todos los responsables de realizar una investigación en el área de la TIC cuenten con los elementos necesarios para desarrollar su trabajo de manera eficaz y eficiente, cumpliendo con las expectativas de todos aquellos que esperan justicia, cuando se ven afectados por las conductas de este tipo de delinquentes.

En este momento la pregunta obligada sería: ¿de dónde vienen o qué factores propician los ciberdelitos?, y ¿cómo se combaten este tipo de conductas?

Bien, ante la constante evolución tanto de la sociedad como de su entorno ideológico, económico, social y tecnológico, surgen a la par de ella, distintas tendencias y conductas delictivas cometidas por mentes criminales, que de alguna manera encuentran la forma de adaptarse o aprovecharse de la candidez del momento, con la finalidad de obtener un beneficio violentando las garantías individuales de terceras personas. Como respuesta y en auxilio a las autoridades responsables de la procuración y aplicación de justicia, surge una ciencia, la cual busca, mediante la aplicación de metodología aplicada a la investigación, reconstruir la verdad histórica de los hechos después que se ha cometido un “presunto acto delictuoso”: la criminalística.

Sin embargo, como abordaremos a lo largo de este trabajo, el criminalista forma parte de un equipo de trabajo dependiente, que partiendo de las circunstancias de los hechos en torno a un delito, necesitará de la pericia de los involucrados, tanto en materia legal como en ciencias físicas y naturales. Al día de hoy, los medios y los métodos utilizados para cometer un delito han evolucionado a la par de la sociedad, y hoy, más que en otras épocas, las nuevas tecnologías y su capacidad para procesar, comunicar y almacenar de manera masiva datos e información, e inclusive controlar sistemas vitales, han sido testigos del nacimiento de un nuevo perfil criminal, el cual hace uso de ellas para burlar las medidas de seguridad implementadas aun en los corporativos que nunca pensaron estar al alcance de un criminal; sin embargo, es importante no perder la objetividad del delito; esto es, el hecho de poder cometer un fraude financiero, mediante la falsificación de un documento elaborado mediante técnicas de impresión cegráficas o a través de la red informática, aprovechando las diferentes vulnerabilidades de los sistemas electrónicos bancarios, no hace diferencia en cuanto a la tipificación del delito de fraude. En otras palabras, el robo, el engaño, el asesinato, la explotación y la

prostitución de menores, entre otros, han existido, seguramente, desde que nuestros primeros antepasados formaron grupos sociales en los cuales se albergaron los primeros individuos con mentes criminales.

Desafortunadamente, como demostraremos en esta investigación, nuestro país no ha sido la excepción con relación al incremento de conductas delictivas, cometidas mediante el uso de tecnologías de información y comunicaciones (TIC), sobre todo en relación con secuestros, extorsiones, robo de identidad y fraudes financieros, cometidos a través de Internet. De lo anterior se desprende la necesidad de tomar en cuenta los fundamentos de esta rama de la ciencia, con la finalidad de establecer una nueva especialidad criminalística dedicada al estudio, investigación y esclarecimiento de actos probablemente delictivos que utilizan como medio y objeto las TIC. Con el planteamiento anterior, se busca conjuntar los elementos necesarios para que el perito en esta materia se encuentre capacitado para dar fundamento técnico, acorde a la legislación de nuestro país, a las posibles evidencias que en su oportunidad serán presentadas por el agente del Ministerio Público ante un juez.

Para lograr lo anterior, será necesario estandarizar metodologías y técnicas de investigación de este tipo de delitos, con la finalidad de que la identificación, fijación, preservación, manejo y análisis de posible evidencia digital se conviertan en una norma que permita a la autoridad competente utilizarlas, como prueba irrefutable, en la persecución y castigo de este tipo de delincentes; asimismo, se deberán aplicar los cambios legislativos que permitan no solo definir delitos que se cometen a través de estos medios, sino establecer los mecanismos para controlar los medios que sirven de enlace o que permiten la comunicación entre un dispositivo emisor y un receptor, así como a los responsables de su administración, para que la información que queda registrada en ellos, y que permite establecer el origen y destino de una comunicación, a través de una red informática y/o de telecomunicaciones, pueda ser almacenada, con la finalidad de que los responsables

de una investigación cuenten con los elementos necesarios que brinden la certeza para localizar al responsable de cometer un acto delictivo.

II. INVESTIGACIÓN PERICIAL EN CIBERCRIMINALIDAD

1. *Cibercrimen*

El término “cibercrimen” se encuentra aún en la mesa de debate en cuanto a la legislación de muchos países del mundo, incluyendo a México; sin embargo, a partir del atentado del 11 de septiembre de 2001 contra las Torres Gemelas en la ciudad de Nueva York, en los Estados Unidos, que fue planeado y ejecutado a través del uso y aprovechamiento de las tecnologías de la información y comunicaciones, así como de la amenaza global de terrorismo digital, dirigido al ataque de sistemas financieros, sistemas de defensa, bases de datos, difusión de virus, entre otros factores, trajo como consecuencia que en la actualidad se trabaje de manera seria y globalizada en la generación y aplicación de leyes enfocadas a castigar conductas delictivas cometidas mediante la utilización de equipos de cómputo y sistemas de comunicación, ya sea como fin o como medio.

2. *Definición de investigación forense aplicada a TIC*

Es la rama de la criminalística que se aplica en la búsqueda, tratamiento, análisis y preservación de indicios relacionados con una investigación, en donde, tanto equipo de cómputo y/o telecomunicaciones han sido utilizados como fin o como medio para realizar una acción presuntamente delictiva.

El objetivo de la investigación forense en esta materia es auxiliar a la autoridad solicitante en el descubrimiento de la verdad histórica de los hechos relativos a un presunto acto delictuoso, en donde han sido utilizados como medio o fin:

- Equipo y programas de cómputo
- Dispositivos digitales de almacenamiento de datos
- Equipo electrónico y/o
- Equipo o dispositivos de telecomunicaciones con la finalidad de identificar al o a los autores del hecho.

En el desarrollo de esta investigación forense aplicada a las TIC encontramos varios tipos de intervenciones:

1. Informática

- a) Identificación de acceso y/o uso no autorizado a equipos de cómputo
- b) Robo, alteración o copia de información contenida en equipos de cómputo
- c) Falsificación de documentos mediante equipos de cómputo
- d) Identificación de fraudes financieros a través de una red informática
- e) Ataques informáticos a servidores
- f) Robo de programas de cómputo
- g) Identificación de correos electrónicos
- h) Recuperación de información en dispositivos digitales de almacenamiento
- i) Ataques informáticos a redes de cómputo
- j) Rastreo de servidores
- k) Recuperación de información publicada en internet
- l) Análisis de licitaciones y/o contrato en sistemas y equipos de cómputo
- m) Clonación de bandas magnéticas y/o chips de tarjetas

2. Telecomunicaciones

- a) Identificación de dispositivos y/o equipos de telecomunicaciones
- b) Recuperación de información almacenada en dispositivos de telecomunicaciones
- c) Identificación de intervención de líneas telefónicas

- d) Identificación de ataque o daño a una red de comunicación
 - e) Identificación de robo de flujo electromagnético (TV, Cable).
 - f) Identificación de uso indebido de frecuencias de comunicación.
3. Electrónica
- a) Identificación y funcionamiento de dispositivos y/o equipo electrónico
 - b) Identificación de principio y funcionamiento de circuitos electrónicos
 - c) Análisis de diagramas esquemáticos
 - d) Alteración de cajeros automáticos

LA INVESTIGACIÓN CRIMINALÍSTICA EN LOS DELITOS AMBIENTALES

Juan Alejandro VILLAFRANCO CASTRO*

La criminalística conlleva el empleo de diversos conocimientos, métodos, técnicas, así como tecnologías de investigación, entre las que se enlistan las de orden natural o biológico, dentro del cual es obligado considerar al ambiente; es decir, a una serie de factores orgánicos e inorgánicos interrelacionados, como son la flora, la fauna, el suelo, el agua, el aire, los cuales conllevan diversos niveles de organización dentro de un ecosistema. Es con base en lo anterior, que el Departamento de Delitos Ambientales de la Dirección General de Coordinación de Servicios Periciales, la Procuraduría General de la República, está integrado por un conjunto de disciplinas forenses: biología, medicina veterinaria y zootecnia, ingeniería química, ingeniería ambiental y agronomía, que interactúan en el establecimiento de hechos probablemente delictuosos relativos al ambiente.

Respecto a los factores antes referidos, los hechos delictivos representan conductas generalmente de efecto permanente o continuo, así como conductas consumadas al momento de constituirse el delito en el área afectada, con relación a las cuales, los elementos biológicos, como las plantas, los rastros dejados por organismos o los avistamientos de fauna diversa, así como los componentes inorgánicos, aportan o son en sí, evidencia e indicio de un

* Perito ejecutivo profesional “B”; jefe del departamento de Delitos Ambientales, Dirección General de Coordinación de Servicios Periciales, Procuraduría General de la República.

ilícito ambiental. Ejemplo de ello son predios naturales y cuerpos de agua contaminados por hidrocarburos, o residuos peligrosos en los que el o los agentes contaminantes persisten integrándose a la matriz del suelo, a los tejidos vegetales de los estratos herbáceo, arbustivo y arbóreo, así como a especímenes animales tanto acuáticos como terrestres a través de la bioacumulación de diversos compuestos que forman parte de los agentes contaminantes.

Igual situación constituyen la industria de extracción de metales, como los rellenos sanitarios, que en conjunto representan para el medio natural adyacente, un aporte continuo, y por lo tanto acumulativo de elementos y compuestos contaminantes tanto en el sustrato edáfico, vegetal, y como consecuencia de ello, un escalamiento en la cadena trófica animal del área objeto de afectación y estudio.

Asimismo, es el caso de terrenos forestales, donde se ha llevado a cabo el derribo de ejemplares, en los cuales la huella del delito consta y perdura a través de los tocones resultantes, así como por los daños ocasionados a la flora adyacente. Al respecto, la temporalidad relativa de la deforestación puede ser determinada mediante los efectos producidos en la madera de los tocones por la acción del viento, la radiación solar, la humedad y los microorganismos.

En este mismo sentido, los propios organismos animales o vegetales, una vez realizado su estudio e identificación taxonómica, resultan ser generalmente especímenes enlistados en la NOM-059-SEMARNAT-2010, ordenamiento en el cual se consideran todas las especies de flora y fauna bajo alguna categoría de riesgo debido al estado de deterioro que presentan sus poblaciones en el medio silvestre, así como en el Convenio sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Flora y Fauna Silvestres (CITES), Convenio Internacional al cual nuestro país está adscrito.

Cabe destacar que la ubicación o identificación taxonómica de cualquier organismo, ya sea animal o vegetal, se basa en la confrontación de diversas evidencias morfológicas, las cuales constituyen adaptaciones funcionales que permiten a los orga-

nismos, interactuar con los elementos del medio del cual fueron extraídos o el cual fue afectado.

La investigación acuciosa y sistemática de cada hecho, como lo determina la criminalística, conlleva tener en consideración respecto al estudio de los diversos ámbitos de la naturaleza, tanto macro como microcosmos; ello por medio del uso de procedimientos acordes a la normativa ambiental vigente para la toma de muestras de suelo y agua, así como procesos de análisis *in situ*, auxiliados por materiales y equipo especializados, los cuales son utilizados por los peritos del Departamento de Delitos Ambientales, siendo estos: muestreadores sub-superficiales de agua, botellas horizontales de muestreo, equipo de muestreo extensible para su uso en grandes contenedores, muestreadores desechables de residuos peligrosos, así como equipo portátil de análisis de parámetros fisicoquímicos en campo; pH, conductividad, salinidad, temperatura o equipos portátiles de análisis de metales por el principio de espectrometría de fluorescencia de rayos X.

Es importante resaltar que de acuerdo con los procedimientos de colecta, preservación y embalaje de las muestras de agua y suelo obtenidas en campo, todas y cada una de estas son rigurosamente procesadas y analizadas dentro de los tiempos establecidos, tomando en cuenta los procesos metabólicos particulares de los compuestos a dilucidar, en laboratorios certificados por la Entidad Mexicana de Acreditación. A la par de que en relación con las muestras obtenidas, invariablemente se generan los formatos de cadena de custodia correspondientes.

De manera paralela, la identificación taxonómica de organismos es llevada a cabo mediante claves binominales, guías especializadas, así como confrontación de ejemplares en colecciones científicas. Por otra parte, es necesario en relación con un área afectada, el estudio de cartografía hidrológica, edafológica, fisiográfica y de vegetación, todos estos, procedimientos que en conjunto complementan los diagnósticos respecto a la magnitud de un daño o el posible riesgo relacionado con un delito de orden ambiental. En suma, el equipamiento y procesos utilizados con

la finalidad de dar certeza al principio criminalístico de correspondencia de característica, mediante el cual se determina la relación entre la evidencia colectada en el lugar de los hechos con el posible responsable.

Es importante establecer que la criminalística plantea reconocer o ubicar un objeto de estudio concreto, el cual será definido según la naturaleza de la investigación correspondiente. En este sentido, la resolución de los delitos ambientales se ciñe a referencias tales como las poblaciones de organismos, la fisiología de estos o específicamente a su morfología, así como las condiciones fisicoquímicas del medio abiótico.

Asimismo, ha sido de vital importancia deducir la temporalidad de diversos delitos en relación con un área natural; es decir, al hecho de que en el medio natural de nuestro país se presentan continuamente áreas perturbadas, o con cambio de uso de suelo, en las cuales, previo al estudio correspondiente, se presenta un franco deterioro o una existencia en las relaciones ecológicas, y por ende de los servicios ambientales que brindan los componentes del sitio de intervención.

De esta manera, la actuación del perito en materia de delitos ambientales se circunscribe al análisis y correlación de resultados de laboratorio respecto a los límites establecidos en la normatividad ambiental vigente, al estudio de información relativa a procesos ecológicos y geofísicos, así como al manejo de información correspondiente a la dinámica de poblaciones o conducta de los organismos animales, tal estudio en paralelo y conformando un campo de conocimientos que diversifica las áreas de aplicación de la criminalística.

Todas estas consideraciones, lineamientos y aspectos técnico-científicos son inherentes al quehacer forense que día con día llevan a cabo un grupo multidisciplinario de profesionistas adscritos tanto a la capital del país como estratégicamente en estados de la República mexicana donde la problemática ambiental es patente y donde es aún más necesario conservar nuestros recursos naturales.

EL DICTAMEN MÉDICO/PSICOLÓGICO ESPECIALIZADO PARA CASOS DE POSIBLE TORTURA Y/O MALTRATO

Jorge LÓPEZ HERNÁNDEZ*

SUMARIO: I. *Protocolo de Estambul*. II. *Flujograma del “Dictamen”*. III. *Protocolo de Minnesota*. IV. *Técnicas complementarias de investigación médica con enfoque médico-criminalístico*. V. *Conclusiones*.

I. PROTOCOLO DE ESTAMBUL

El “Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, conocido como Protocolo de Estambul, tiene su origen en Estambul, Turquía, y fue adoptado por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, en su Resolución 2000/43.

En dicho protocolo o texto de consulta permanente, los autores plasman sus sugerencias y opiniones científicas en el ámbito de su especialidad médica, dando a conocer sus recomendaciones para la investigación de la tortura en personas sobrevivientes.

A partir de 2001, la Procuraduría General de la República fue la primera y única institución que inició la contextualización del Protocolo de Estambul, ajustado a nuestra legislación y marco normativo vigente, por lo que se generó el denominado “Dicta-

* Médico cirujano por la Facultad de Medicina de la UNAM; especialista en medicina legal por la UNAM; maestro en ciencias penales con especialización en criminalística por el Inacipe.

men médico/psicológico especializado para casos de posible tortura y/o maltrato” (en adelante el Dictamen) documento médico legal o forense único en su tipo a nivel nacional.

Es necesario comentar que durante la contextualización del Protocolo y la emisión del Acuerdo A/057/2003, esta institución estuvo asesorada por la Organización Pro Derechos humanos (Phisyscians for Human Rights), que participó en la elaboración del Protocolo de Estambul, quien convalidó el diseño y contenido de nuestro dictamen.

Así también, en octubre de 2002, en la Ciudad de México en la sede del Inacipe se llevó a cabo el “Primer Curso Modelo de Entrenamiento para la Efectiva Documentación de la Tortura y/o Malos tratos en México”, contando con la participación de expertos de Estados Unidos (de California, Minnesota, Nueva York y Boston, a través de “Phisyscians for Human Rights”); de Turquía, a través de la “Fundación de los Derechos Humanos”; de Ginebra, Suiza, mediante el “Comité Internacional de la Cruz Roja”; de Sudáfrica, a través del “Centro de Traumatología para Sobrevivientes de Violencia y Tortura”, entre otras organizaciones, institutos e instituciones.

El 18 de agosto de 2003 apareció publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el acuerdo A/057/2003 del procurador general de la República por el cual se establecen las directrices institucionales que deberán seguir los agentes del Ministerio Público de la Federación.

Asimismo, las directrices técnicas y científicas que deben contemplar los peritos médicos legistas y/o forenses de la Procuraduría General de la República para la aplicación del “Dictamen” derivan de un conjunto de líneas básicas internacionales para la investigación y documentación de la tortura, mediante la aplicación de una metodología científica que permita con objetividad, imparcialidad y transparencia técnica, determinar si los casos pericialmente investigados se ajustan o no a una posible tortura.

Derivado de ello, “El Dictamen” es la propuesta que la PGR extendió a todas las instancias de procuración e impartición de

justicia, por ser un modelo de documento técnico médico forense estandarizado que permite documentar la integridad física de los detenidos, a efecto de garantizarla.

Una vez contextualizado el Protocolo de Estambul, a través de la Subprocuraduría de Derechos Humanos, Atención a Víctimas y Servicios Periciales, se han realizado, a partir de 2003, una cantidad importante de cursos y talleres de coordinación entre agentes del Ministerio Público de la Federación y Servicios periciales para la aplicación del “Dictamen”.

Los cursos son institucionales a nivel nacional impartidos por la Subprocuraduría de Derechos Humanos, Atención a Víctimas y Servicios a la Comunidad y la Dirección General de Coordinación de Servicios Periciales, de capacitación técnica jurídica y pericial, precisa y específica en el tema, dando así cumplimiento al acuerdo A/057/2003 del procurador general de la República y a los programas anuales de capacitación. También, de manera externa, se han dirigido al personal sustantivo de las procuradurías estatales del país, del fuero común, quienes han adoptado el formato del “Dictamen”.

En este sentido, el “Dictamen” tuvo y mantiene una gran difusión a nivel nacional para conocimiento de los peritos médicos forenses y demás personal de la Procuraduría General de la República, por lo que la información de su existencia y contenido es amplia.

Por lo anterior, el “Dictamen” es y será, para los servicios periciales en la República mexicana, el documento especializado a utilizarse en materia de medicina forense, que se convierte en la herramienta de investigación pericial que indudablemente facilitará y optimizará la intervención médica, ya que contempla diversas secciones y apartados de investigación médica pericial sobre el tema, así como el marco jurídico, técnico y operativo de su aplicación, al incluir apartados o rubros de suma importancia en la investigación médica relacionada con posibles actos de tortura, tanto de orden físico-clínico como psicológico, que de manera general y particular “lleva, orienta y dirige” al perito actuante de forma ordenada, práctica y sencilla.

II. FLUJOGRAMA DEL “DICTAMEN”

Justificación

Instruir a los agentes del Ministerio Público de la Federación y peritos médico legistas y/o forenses sobre las acciones y objetivos de la aplicación del “Dictamen”.

Objeto del “Dictamen”

El “Dictamen” es el documento suscrito por peritos médicos legistas y/o forenses de la Procuraduría General de la República.

Casos en que se ordenará

Ante la denuncia de cualquier persona que albergue haber sido sometida por servidores públicos a tortura y/o malos tratos.

La denuncia también la puede hacer su representante legal a un tercero.

Por médico legista y/o forense, cuando a su juicio y después de una auscultación descubra indicios de posible tortura y/o malos tratos.

Por instrucciones de la procuradora general de la República.

Consentimiento

Toda persona que se someta a la práctica del “Dictamen” deberá ser previamente informada de los alcances de su aplicación, de ahí la autorización para su revisión física.

Información

Toda persona que se pretenda someter a la práctica del “Dictamen” será informada respecto de las siguientes cuestiones:

- El propósito del examen.
- La naturaleza de la evaluación.
- La utilización de la información.
- El requisito de su aceptación para proseguir con el dictamen.
- El derecho de ser valorado física, psicológica y clínicamente por un perito médico legista y/o forense.

Negativa

En caso de que la persona denunciante de actos de posible tortura en su contra se niegue a ser valorada, esta bajo ninguna circunstancia se llevará a cabo por el momento. La negación se hará constar en actuaciones y en el propio formato.

No se otorgará copia del dictamen a los agentes de la policía investigadora, salvo a los que se encomiende la investigación.

Error en el llenado del formulario

Se procederá a la cancelación del documento y sus copias correspondientes; asimismo, se levantará el acta correspondiente de la cancelación por el jefe inmediato del perito, se especificarán los motivos de la cancelación del documento y se remitirá el documento cancelado y sus copias a la Dirección General de Coordinación de Servicios Periciales.

La copia de la constancia de cancelación se remitirá a la Subprocuraduría de Derechos Humanos, Atención a Víctimas y Servicios a la Comunidad para su control y registro correspondiente.

Sanciones:

- Se iniciará una averiguación previa al servidor público en funciones que conozca de un hecho de tortura y no lo denuncie.

- En caso de la existencia de maltrato físico y el servidor público no lo denuncie, tal hecho se hará del conocimiento del órgano de control y vigilancia de la institución.

El “Dictamen”, con base en su diseño, estructura y contenido tiene las siguientes ventajas:

1) Es objetivo, ya que previene, detecta y coadyuva en los procedimientos de investigación ministerial, acerca de alguna de las hipótesis previstas en la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura.

2) Introduce apartados de suma importancia, que actualmente no se llevan a cabo en la práctica médico-legal o forense al interior de las procuradurías generales de justicia.

3) Procura no solo detectar torturas o malos tratos, huellas externas o internas de lesiones o cualquier otra forma de violencia, sino también preservar la integridad física de las personas, con participación médica interdisciplinaria.

4) Tiende a evitar el encubrimiento de las torturas, debiendo a los agentes del Ministerio Público de la Federación y los peritos médico legistas o forenses, esmerar sus esfuerzos para evitar que esta soslaye en el acto ministerial y pericial.

5) Compromete al agente del Ministerio Público de la Federación y peritos médicos, oficiales o habilitados, a una cuidadosa participación, coordinando sus respectivas actuaciones a favor de una adecuada protección de los derechos humanos.

6) Protege a los servidores públicos actuantes de posibles quejas interpuestas por acción u omisión, ante los diversos organismos públicos protectores de derechos humanos, contralorías y organizaciones no gubernamentales de derechos humanos.

7) Alienta el trabajo interdisciplinario, ministerial y pericial, a favor de las personas que requieren ser reconocidas médicamente.

8) Supera en su forma y contenido a las disposiciones de la ley y los organismos internacionales de derechos humanos.

9) Mantiene la autoridad y mando inmediato del agente del Ministerio Público de la Federación, ya que el “Dictamen” se realiza a través de su instrucción.

10) Respeta la autonomía técnica e independencia de criterio que por ley les corresponde a los peritos.

11) Homologa criterios de aplicación médico-legal o forense.

12) Innova por su forma gráfica y facilita su comprensión a quien lo lee.

13) Crea un estilo novedoso, único, que nunca se ha aplicado en la práctica médica dentro de las procuradurías de justicia.

14) Simplifica los procedimientos en el área pericial médica, facilitando el manejo de la información, clarifica y clasifica la selección de datos que se deben hacer constar, en forma precisa y necesaria.

15) Motiva una capacitación permanente: para evitar que toda forma de violencia pueda soslayarse en el acto pericial o ministerial, se hace necesario capacitar permanentemente, conscientizar y sensibilizar, para la observación de una procuración y administración de justicia acorde con el respeto absoluto de los derechos humanos y para que no omitan, entre otras cosas, una anamnesis psicofísica exhaustiva del examinado.

Definitivamente, se convierte en un documento médico legal de elevado alcance pericial y jurídico. Este documento ha sido el punto de partida para la elaboración de manuales y seminarios de capacitación gubernamental y no gubernamental a nivel nacional, para que su contenido esté al alcance de todos los servidores públicos del país, así como para la sociedad mexicana.

Para dar continuidad al “Dictamen”, se instauró el Comité de Monitoreo y Evaluación del Dictamen Médico/Psicológico para Casos de Posible Tortura y/o Maltrato, presidido por la Procuradora General de la República y Staff.

También se instauró el Grupo Consultivo del Comité de Monitoreo y Evaluación del Dictamen, integrado por el director médico del Área de Servicios Periciales Médicos Forenses, representantes de instituciones públicas, de organizaciones no guber-

namentales y un representante de la Subprocuraduría de Derechos Humanos.

El Comité y Grupo Consultivo tendrá como principal objetivo verificar que el proceso de aplicación del “Dictamen” se ajuste a las directrices que fija el Acuerdo A/057/2003.

III. PROTOCOLO DE MINNESOTA

Complementariamente se comenta que el Protocolo de Minnesota es una guía de cómo llevar a cabo una autopsia para determinar si una persona fallecida ha sido torturada. El protocolo es norma oficial adoptada por las Naciones Unidas.

El Protocolo de Minnesota contiene los hallazgos de autopsia para la detección de la tortura empleada en la víctima, tales como golpes, colgamiento, descargas eléctricas, etcétera.

Consideraciones

Definiciones al respecto, emitidas por la:

1. Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura en 1984: “Se entenderá por el término *Tortura* todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia.

No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a estas”.

2. Declaración de Tokio (1975) de la Asociación Médica Mundial es, junto con la de Naciones Unidas, la más aceptada.

La tortura se define como “el sufrimiento físico o mental infligido en forma deliberada, sistemática o caprichosamente una o más personas, que actúan solas o bajo las órdenes de cualquier autoridad, para forzar a otra persona a entregar informaciones, hacerla confesar o por cualquier otra razón”.

Esta definición es demasiado amplia, e incluiría situaciones domésticas; por ejemplo, un marido torturando a su esposa.

3. El artículo 3 de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura considera que “...cometen el delito de tortura los servidores públicos que en ejercicio legal de sus funciones, quienes produzcan <A los> dolores o sufrimientos *graves*, sean físicos o psíquicos con el fin de obtener, del torturado o de un tercero, información o una confesión, o castigarla por un acto que haya cometido o se sospecha ha cometido, o coaccionarla para que realice una conducta determinada.

No se considerarán como tortura las molestias o penalidades que sean consecuencia únicamente de sanciones legales, que sean inherentes o incidentales a estas, o derivadas de un acto legítimo de autoridad”.

4. Desde el punto de vista médico forense, podemos definir a la tortura física como:

Tortura física: Serán lesiones físicas únicas o en conjunto. Aisladas, agrupadas. Son resultado, en el cuerpo humano, de la proyección de determinado instrumento u objeto vulnerante, ya sea de defensa o de ataque, y puede ser natural o artificial; utilizado para producir lesiones físicas. Podrá ser único, múltiple. De forma, volumen, masa, peso y estructura diversa, que mediante la aplicación sobre la víctima, intencionalmente por terceras personas, paulatina y progresivamente por más o menos tiempo (ejemplo: ser o no puestos oportunamente a disposición de la autoridad ministerial), tendrá como objetivo vencer su capacidad de resistencia física y psicológica con fines determinados.

Son lesiones con grado de intensidad de leve a moderado. Severo y aun mortal que, por lo general, estarán ubicadas en zonas anatómicas pudorosas, íntimas, no visibles a simple vista, etcétera.

(Este patrón de gravedad y de ubicación anatómica no necesariamente se debe cumplir).

Por lo tanto, el objetivo de la investigación médico-pericial será obtener respuesta a las siguientes interrogantes:

¿Las evidencias son consistentes con la presunta narración de los hechos? En el presente caso: sí.

¿Las evidencias son consistentes con reacciones típicas de estrés dentro de la cultura de la víctima?

¿En qué etapa de recuperación se encuentra la víctima?

La narración, versión, testimonio o declaración de la supuesta víctima deberá ser estrictamente consistente, íntimamente relacionada, acorde, correspondiente, congruente y coherente en su totalidad o en un gran porcentaje con los indicios, lesiones o secuelas existentes que, a manera de evidencias, invariablemente deberán estar presentes en el momento del hecho o posterior a su realización. El experto forense deberá observarlas, valorarlas, interpretarlas y reportarlas mediante el dictamen médico/especializado para casos de posible tortura y/o maltrato.

La tortura física comprobada plenamente conlleva, ineludiblemente, alteraciones en la esfera mental, en la psique, en el comportamiento, en la personalidad. Es decir, existirán consecuencias psicológicas agudas o crónicas, vigentes, objetivas que como tales, se infiere, no tienen fondo u origen estrictamente de actos de tortura psicológica, que sin embargo podrán estar presentes.

Se dice “podrán”, ya que no es el objetivo preponderante del acto de tortura física.

La tortura psicológica, por lo general no produce alteraciones físicas externas, como huella o lesión material.

Tienen relevancia las lesiones físicas o psicológicas intensas, trascendentes, por su grado o magnitud de daño físico, por sus consecuencias y permanencia. En cada caso en particular, mediante y durante la búsqueda, localización e identificación de secuelas, se determinará si existen o no huellas o indicios de supuestas lesiones físicas o psicológicas, producidas en el pasado mediante actos de posible tortura física o psicológica.

Es decir, si existe o no su permanencia, perennidad. Si son o no constantes, si existen a la fecha.

Por lo tanto, se establecerá pericialmente si la versión brindada por el examinado es o no consistente, por ser o no compatible con los indicios lesivos que en su momento fueron reportados, o corroborados durante la evaluación médico-integral practicada en relación con el tipo de lesiones supuestamente producidas, número de ellas, cronología, frecuencia o continuidad de realización, grado de intensidad, consecuencias, etcétera.

IV. TÉCNICAS COMPLEMENTARIAS DE INVESTIGACIÓN MÉDICA CON ENFOQUE MÉDICO-CRIMINALÍSTICO

Los peritos médicos forenses de la Procuraduría General de la República, ahora han establecido técnicas complementarias de investigación médica con enfoque médico-criminalístico como sustento y soporte técnico, al establecer el diagnóstico diferencial de posible tortura contra exceso de fuerza o aplicación de técnicas de detención y sometimiento inadecuado, que en particular son causantes de lesiones de grado variable, magnitud y consecuencias, aun mortales.

Son conocimientos adquiridos a través de la capacitación y experiencia, y están relacionados con la traumatología forense especializada, que les permite identificar los denominados puntos anatómicos vitales, que deben ser respetados por la policía, ya que en caso de ser contundidos producen consecuencias graves, salvo que exista un alto nivel de amenaza por parte de la persona que intentan reducir.

Estas zonas anatómicas, componentes de aparatos y sistemas en los que se pueden causar lesiones graves o la muerte, se identifican mediante el examen físico exhaustivo, determinándose la existencia o no de lesiones graves o posibles alteraciones de tipo articular, nervioso, tendinoso, muscular, fisiológico, sensorial, motor, auditiva, sexual, etcétera.

Así también, tienen conocimiento respecto de los denominados puntos de presión de la detención, entre los que destacan: la presión sobre determinados puntos de la cabeza y cuello que se emplean para someter o inmovilizar a personas que ofrecen resistencia pasiva. En particular, tienen la ventaja de no causar grave daño y de que pueden ser usados por agentes poco corpulentos. Los tres puntos más utilizados son: sobre el extremo superior de la mandíbula, justo en el hueco existente bajo la oreja; sobre el origen del plexo branquial a cada lado del cuello y en la fosa subclavia.

Así también, dado que existen casos, los peritos cuentan con el conocimiento de las diversas formas y maneras de someter a posibles delincuentes o sospechosos a través de la estrangulación antebraquial, que se utiliza para reducir a delincuentes o sospechosos violentos. Al respecto, existen dos modalidades, actuando siempre el agente policial detrás del sujeto.

Antebrazo colocado transversalmente delante del cuello: estrangula comprimiendo la vía aérea. Existe riesgo de fractura de cartílagos laringeos, sobre todo en sujetos que los tengan calcificados por la edad.

Antebrazo y brazo sobre caras laterales del cuello: comprimen la circulación hasta impedir el 80 por 100 del flujo en ambas carótidas, se produce la pérdida de conciencia en unos 10-15 segundos, cuando cesa la presión la recuperación se alcanza en 20-30 segundos.

Se han descrito casos de muertes en sujetos afectados de cardiopatía subyacente o bajo los efectos de drogas de abuso. También se pueden producir afectaciones vasculares por compresión (ictus) en sujetos afectados de arteriosclerosis carotídea.

Esta estrangulación es ampliamente utilizada en la práctica del judo, sin que se hayan producido decesos, por lo que se entiende que si es correctamente aplicada sobre sujetos sanos, no existe grave peligro.

Los efectos de la compresión del seno carotídeo determinado paro cardíaco y muerte no se sustentan con casos bien docu-

mentados. La mayoría de los fallecimientos atribuidos a este mecanismo de compresión del cuello serían personas mayores con importante enfermedad vascular subyacente o bien sujetos bajo los efectos de cocaína u otras drogas estimulantes.

El conocimiento médico forense de los peritos en sus investigaciones de posible tortura, además de la traumatología forense especializada, incluye:

a) Los criterios clínicos modernos de análisis psicológico con enfoque eminentemente forense;

b) Técnicas de detención policiaca, etcétera.

Esto, para establecer, según el caso, el mecanismo productor de lesiones (mecánica de lesiones), que es el estudio de los movimientos, fuerzas, efectos y reacciones que interactúan entre la víctima y el victimario al momento de producirse una lesión (cuando son producidas por terceras personas), entre el agente vulnerante y la víctima (cuando son accidentales o autoinfligidas).

En otras palabras, las lesiones por acción mecánica pueden resultar de un objeto en movimiento (potencia) que obra sobre el cuerpo humano (resistencia) contra el cual choca el cuerpo humano en movimiento (potencia), o bien son el resultado del choque del cuerpo humano y el objeto cuando ambos están en movimiento;

c) Formas, maneras y circunstancias de su producción inherentes o relacionadas con la detención policiaca; por ejemplo: lesiones por resistencia a la detención, fuga del lugar, proyecciones y caídas, mecanismos de forcejeo, lucha o defensa.

Cuentan, además, con conocimientos relacionados con los efectos que causa la aplicación de diversos objetos vulnerantes utilizados para producir tortura o sometimiento físico; entre ellos el paso de corriente eléctrica, aplicación de “*sprays* irritantes” y pistolas o armas para aturdir, técnicas de inmovilización; muertes relacionadas con alcohol y drogas; síndrome confusional agudo (*delirium* agitado); correos de droga; alcohol y traumatismo craneoencefálico, suicidio y autolesionismo, etcétera.

Por lo tanto, como conclusiones se sugieren las siguientes. Según el caso, incluir las más adecuadas.

1. Las tensiones que afectan a la víctima son persecución, exilio y pérdida de familia.

2. Las condiciones físicas que contribuyen al diagnóstico clínico lo fueron: el tiempo de retención policiaca, desgaste orgánico generalizado de grado moderado tolerable. Sin embargo, no existe riesgo inminente de peligro para atentar contra su vida ni para su integridad física.

3. El diagnóstico físico clínico psicológico de manera integral (sí o no) sugiere un verdadero alegato de tortura física, psicológica o mixta; así tampoco malos tratos físicos ni psicológicos.

4. La narración, versión, testimonio o declaración del examinado-denunciante es estrictamente consistente, íntimamente relacionada, acorde, correspondiente, congruente y coherente en su totalidad o en un gran porcentaje con los indicios, lesiones o secuelas existentes, que a manera de evidencias, invariablemente estuvieron presentes en el momento del hecho y posterior a su realización, por haber sido observadas, interpretadas y reportadas en el presente “Dictamen”.

5. Desde el punto de vista médico, la tortura física comprobada plenamente conlleva, ineludiblemente, alteraciones en la esfera mental, en la psique, en el comportamiento, en la personalidad. Es decir, existen consecuencias psicológicas agudas, vigentes y objetivas, que como tales, se infiere, tienen fondo u origen estrictamente de actos de posible tortura física y psicológica. Tienen relevancia las lesiones físicas o psicológicas intensas, trascendentes, por su grado o magnitud de daño físico, por sus consecuencias y permanencia.

6. Es el caso particular, mediante y durante la búsqueda, localización e identificación de secuelas, huellas o indicios de supuestas lesiones físicas o psicológicas producidas en el pasado mediante actos de tortura física o psicológica, estas sí se evidenciaron, existiendo su permanencia, perennidad. Son constantes, existen a la fecha.

7. La versión brindada por el ----- en relación con el tipo de lesiones que le fueron producidas, número de ellas, cronología, frecuencia o continuidad de realización, grado de intensidad, consecuencias, número de personas participantes, etcétera, son consistentes y compatibles con los indicios lesivos que en su momento fueron reportados y corroborados durante la presente evaluación médico-integral practicada.

8. Finalmente, por lo tanto, con fundamento en el artículo 11 de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, hago del conocimiento del C. agente del Ministerio Público de la Federación, que el presente caso puede encuadrar en alguna de las hipótesis previstas en el artículo 3 de la citada ley.

V. CONCLUSIONES

1. La Procuraduría General de la República no aplica el Protocolo de Estambul como tal.

2. La Procuraduría General de la República en sus investigaciones periciales de casos de posible tortura aplica el “Dictamen Médico/Psicológico Especializado para Casos de posible Tortura y/o Maltrato”.

3. Toda investigación pericial se realiza de manera colegiada. La investigación de supuestos casos de tortura física, psicológica o mixta no es la excepción. La actuación pericial médica a partir de su inicio, en no pocas ocasiones ameritará la intervención o participación de áreas inherentes a la medicina forense, como la psicología forense, la psiquiatría forense, la criminología, fotografía forense, a petición del responsable de la investigación pericial, como lo es el perito médico forense.

4. A la fecha, ciertas instituciones de procuración de justicia del país han adoptado y adecuado el “Dictamen”.

5. Los peritos médicos forenses de la Procuraduría General de la República han establecido e innovado directrices técnicas de enfoque médico y criminalista como sustento y soporte técnico del diagnóstico diferencial de posible tortura contra exceso de

fuerza o aplicación de técnicas de detención y sometimiento inadecuado, causantes de lesiones de grado variable, magnitud y consecuencias, aun mortales.

6. También tienen conocimiento respecto de los denominados puntos de presión de la detención, formas y maneras de someter a posibles delincuentes o sospechosos a través de las dos modalidades de estrangulación antebraquial, que se utilizan para reducir a delincuentes o sospechosos violentos.

7. El conocimiento médico forense de los peritos en sus investigaciones de posible tortura incluye la traumatología forense especializada, criterios clínicos modernos de análisis psicológico con enfoque forense, técnicas de detención policiaca, efectos y consecuencias por el uso de objetos vulnerantes diversos, etcétera.

8. Estos criterios de enfoque criminalista no se comentan ni se incluyen en el Protocolo de Estambul; por lo tanto, son aportados por México, coadyuvando e ilustrando de manera objetiva, transparente e imparcial la investigación de casos de posible tortura.

9. De acuerdo con la casuística de nuestro entorno nacional, los resultados periciales obtenidos de la gran mayoría de los casos investigados relacionados con las denuncias de tortura son negativos. Significa que la versión del denunciante-examinado ha sido magnificada, incrementada o distorsionada, de ahí el resultado.

En otros casos, en escasa cantidad, nos encontramos ante la presencia de maltrato físico o psicológico a través de acciones o agresiones físicas violentas, innecesarias, injustificadas e inadecuadas, durante las detenciones o prácticas de arresto, que en su mayoría son resultado de operativos violentos. Otros casos, en menor cantidad han correspondido a tortura física, psicológica o mixta como tal, son coherentes y correspondientes al hecho denunciado. Son resultado de una detención excesiva en tiempo, por lo que, principalmente, se han identificado lesiones físicas, innumerables, graves, tratos crueles, inhumanos, degradantes, con repercusión o afectación psicológica, con evidente trastorno

por estrés postraumático, por retención o detención injustificada, excesiva, sin ser oportunamente puestos a disposición de la autoridad ministerial o judicial. Sin embargo, no son actos de tortura similares a los identificados con eventos relacionados estrictamente con acciones o actos en guerra, como lo señala el Protocolo de Estambul.

10. Toda institución de procuración de justicia debe contar con expertos en psicología forense, con conocimientos especializados y capacitación en el tema, ya que su opinión técnica complementa el diagnóstico diferencial del criterio médico.

11. La investigación de tortura, analógicamente viene siendo lo que se dice de la investigación de los delitos sexuales: “en ocasiones, son los casos de más fácil denuncia, pero de más difícil comprobación”.

12. Finalmente, México, a través de la Procuraduría General de la República, se encuentra a la vanguardia en la investigación médica y psicológica forense de casos de posible tortura.

CLAUSURA

Olga ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL*

En esta noche culminan los trabajos de las XII Jornadas sobre Justicia Penal (Derecho Penal y Criminalística), evento académico ya tradicional en este Instituto. En ellas, como siempre, se han sometido a la reflexión los temas que no solo interesan a los estudiosos de las ciencias penales, sino que son centro de atención y hasta de preocupación de la sociedad entera.

Los problemas sobre la justicia penal y la seguridad que atraviesa México son de grave trascendencia, y deben ser atendidos con inteligencia, puntualidad y energía, pero sin mengua de la defensa de las garantías. El Instituto no se ha retraído a estos problemas, y desde su trinchera académica los aborda, somete a debate y hace propuestas precisas y viables.

Durante el desarrollo de los trabajos escuchamos voces inteligentes de prestigiados especialistas en las diversas materias que cada uno analizó. A ellos debemos el éxito de estas Jornadas. Les agradecemos su participación docta, que seguramente incitó la reflexión, y, en algunos casos, proporcionará cambios en el camino equivocado que se ha seguido o se pudiera seguir.

El primer día, en el acto inaugural de las Jornadas, el doctor Sergio García Ramírez, con su brillantez acostumbrada, presentó en una breve, pero precisa reseña, el trascendente documento denominado “Elementos para la construcción de una política de Estado para la seguridad y la justicia en democracia”, elaborado

* Investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM; miembro de número de la Academia de Ciencias Penales.

por iniciativa del rector, José Narro Robles, por un grupo de destacados juristas de nuestra máxima casa de estudios, coordinados por el doctor Jorge Carpizo. Acto seguido, el doctor Héctor Fix-Fierro, director de este Instituto, hizo la formal inauguración del evento.

La primera Mesa de Trabajo se dedicó al análisis de cuatro temas de especial relevancia; dos de ellos, tan actuales, que responden a una iniciativa de reformas al Código Penal Federal y al Código Federal de Procedimientos Penales, del 14 de abril de 2011, pero aún sin discusión dentro del Congreso: una propuesta de la iniciativa tiene como objeto ensanchar el ámbito de responsabilidad penal previsto en el artículo 13 y en algunas figuras delictivas, reforma sobre la cual varios miembros de la Academia Mexicana de Ciencias Penales ya nos habíamos pronunciado públicamente de manera desfavorable. Como lo ha manifestado el doctor Luis de la Barreda, es inaceptable considerar responsable a una persona por el delito cometido por otro, aun sin tener intención alguna, o, como lo dice la iniciativa: “aun sin saber que se iba a cometer [el delito] y sin intención alguna de auxiliar al delincuente, pero que se hubiera tenido la oportunidad de conocer la actuación que, concatenada a otras conductas fuese idónea para facilitar dicho delito”. Se trata de una responsabilidad penal sin conducta y, por tanto, absurda y abusiva, que de ninguna manera corresponde a nuestra ideología y al rumbo del derecho penal liberal y democrático.

La otra, es una propuesta sumamente debatida y debatible: la imposición de sanción penal directa a las personas jurídicas colectivas; tema que tiene, al menos y de manera muy general, dos ópticas sumamente distanciadas una de otra. Una, que parte de que las sanciones penales solo son aplicables a las personas físicas o individuales, en virtud de que las personas jurídicas no pueden realizar acciones finales (dolosas o imprudentes) configurativas de un injusto personal. Otra, basada en que la legitimidad de estas sanciones o medidas no radica en la presencia de los presupuestos subjetivos ni en la comisión del injusto personal, tradicionalmen-

te conocido, sino en la imputación objetiva de la realización del hecho lesivo de la norma de valoración jurídico-penal; es decir, de la realización de un hecho objetivamente antijurídico de carácter penal, lesivo de una norma de valoración. Tema desarrollado con puntualidad, desde la perspectiva sistémica, por la doctora Ma. Eloísa Quintero.

Un tercer tema fue el “Acceso a la justicia de inmigrantes en situación irregular”, el cual fue analizado por la doctora Loretta Ortiz Ahlf, quien, con un conocimiento profundo de la materia, nos dio un panorama muy completo de este grave problema. La doctora Ortiz Ahlf ha señalado que el Estado debe garantizar a toda persona y, por ende, a los inmigrantes en situación irregular, el derecho fundamental de acceso a la justicia; sin embargo, las violaciones a los derechos humanos de este vulnerable grupo de personas menudean, pero no solo eso, sino que por la desprotección total en que se encuentran son víctimas de delitos tan graves como el secuestro, la extorsión y la trata de personas.

Finalmente, los doctores Antonio Sánchez Galindo y Jorge Ojeda Velázquez se refirieron a la problemática que advierten en la formulación y la implementación de la nueva Ley de Sanciones Penales y Reinserción Social para el Distrito Federal. El penitenciario Sánchez Galindo presentó sus enjundiosos comentarios en 67 puntos sumamente precisos, en los cuales destacó los aspectos más vulnerables de la ley. En términos generales advierte en la ley una disfrazada ideología represiva. En este y en otros foros Sánchez Galindo ha manifestado que se trata de una “ley prolija (154 artículos), que contiene mezclados conceptos sustantivos, adjetivos y reglamentarios, que provocan confusiones en su aplicación. Los derechos de los internos, enumerados en la ley —dijo—, serán letra muerta mientras no se tenga una política penal distinta de la actual, que solo desborda las cárceles. Reseña múltiples inconsistencias, pero, de manera especial, se refiere al “tratamiento preliberacional” (capítulo VI), a la libertad anticipada, saturada de requisitos, y a la reclusión domiciliaria, que por sus costos no será accesible a personas de escasos recursos. Se

refiere, también, al juez de ejecución, figura plenamente improvisada. Hasta ahora se han nombrado solo dos jueces en el ámbito local del Distrito Federal, que tendrán que atender un rezago de más de 1,500 casos. Además, como se tiene que llevar a cabo un verdadero juicio oral, se ha provocado “la germinación de disturbios en los reclusorios sobrepoblados”.

Por su parte, el doctor Jorge Ojeda Velázquez subrayó, entre otros aspectos importantes, que el presupuesto indispensable de la resocialización es la individualización del tratamiento, que ha de partir del conocimiento de la personalidad de cada individuo. Pone especial énfasis en la fracción V del artículo 3o., que da incumbencia al juez de ejecución. Manifiesta que ese incidente, que se lleva a cabo ante el juez de ejecución, desarrollado en forma oral y regido por los principios previstos en el reformado artículo 20 constitucional (publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación), es anticonstitucional, porque el precepto constitucional postula que la oralidad y los principios solo se observarán en las audiencias preliminares al juicio (ante el juez de control) y ante el juez del juicio oral, mas no en el procedimiento o incidente de ejecución de penas.

El segundo día de este quehacer académico se destinó, en primer lugar, al estudio de la seguridad nacional, y la justicia penal. Los comentarios correspondientes se centraron en el inquietante y polémico Proyecto de Reforma a la Ley de Seguridad Nacional. Los comentarios estuvieron a cargo del diputado Javier Corral Jurado, presidente de la Comisión de Gobernación en la Cámara de Diputados, y del doctor René González de la Vega, quien como investigador del Inacipe ha seguido los debates respectivos con mucha atención. El diputado Javier Corral informó, con fidelidad, de la situación en que se encuentra actualmente el proyecto y de los debates que se han llevado a cabo. Cuestionó diversos artículos del proyecto, manifestó su preocupación por la “declaratoria de afectación”, y subrayó la necesidad de acotar la facultad del presidente (artículo 89 constitucional, en su fracción VI), en cuanto al uso de la fuerza armada, a los límites de

la Constitución y de los derechos humanos. Concluyó afirmando que es inviable la aprobación de estas reformas sobre las cuales debe hacerse un análisis minucioso antes de su aprobación, y aseveró que la mejor suerte de esta reforma —como lo ha expresado el doctor García Ramírez— sería cerrar el expediente y ponerle un sello de “Reservado” o “Archivado”.

El doctor González de la Vega hizo críticas vigorosas y muy atinadas en torno a la justicia penal en general y, en especial, a las reformas a la Ley de Seguridad Nacional. Afirmó que las reformas impactan en la naturaleza y finalidades del derecho penal liberal y democrático. Puntualizó que al pretender incorporar nuevas nociones de seguridad interior y de seguridad pública como factores para construir un nuevo modelo de seguridad nacional, introduce inconsistencias, ya que se están confundiendo conceptos ya acreditados en el orden jurídico nacional. Manifestó, asimismo, que las citadas reformas, por fijar su atención en la protección del poder público a costa de los derechos de las personas, son incompatibles con los textos constitucionales vigentes en materia de derechos humanos y contradicen las decisiones del tribunal constitucional mexicano.

El tema de la “Justicia militar” fue espléndidamente expuesto por el licenciado Alejandro Carlos Espinosa, quien con un dominio pleno de la materia nos ilustró sobre la condición jurídica de los militares, la competencia militar y el fuero de guerra. Puso énfasis en el rezago de la justicia militar y en la necesidad urgente de reformularla para hacerla compatible con los postulados constitucionales en materia de justicia penal, y con los instrumentos internacionales, especialmente en cuanto al procedimiento penal acusatorio.

Por último, en ese segundo día tuvimos el honor de escuchar una cátedra por parte del ministro Sergio A. Valls Hernández sobre “Las implicaciones penales de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre tratados y sentencias internacionales”.

Después de hacer una breve referencia a los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, adop-

tados por México, centró su exposición en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la que se condena al Estado mexicano por el caso Rosendo Radilla Pacheco y se le impone a México, entre otras obligaciones el uso de la jurisdicción civil en caso de violación de derechos humanos y de delitos contra civiles por parte de los militares. Comentó la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y subrayó que en su opinión las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no tienen el carácter de criterios orientadores, sino que son vinculantes e inapelables. Resaltó las consecuencias de este fallo de la SCJN: restricción de la jurisdicción militar. Cuestión sumamente importante en estos momentos, en que el ejército se ocupa de la persecución de las organizaciones criminales.

En la tercera Mesa de trabajo se estudió, en un primer tiempo, la Ley de Trata de Personas, cuyo análisis estuvo a cargo de la doctora Elena Azaola. Su exposición tuvo como objetivo, además de plantear un panorama general de la situación que guarda el fenómeno de la trata de personas en México, comentar los propósitos y el contenido del proyecto de Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Trata de Personas y Delitos Relacionados (enviado a la Comisión Permanente el 3 de agosto de 2011). Se refirió a los instrumentos internacionales que tienen relevancia en esta materia, y puntualizó los principios que orientan la Ley.

En segundo lugar, se atendió al tratamiento jurídico que debe darse al delito de secuestro en el fuero común, después de la entrada en vigor de la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro. En representación del doctor Miguel Ángel Mancera, procurador general de Justicia del Distrito Federal, asistió el maestro Óscar Montes de Oca, fiscal anti-secuestros de la PGJDF, quien, con su profesionalismo probado, hizo un análisis pormenorizado de la aplicación de la normativa de la Ley General y de la Ley del Distrito Federal; su exposición clarificó los problemas que pudieran presentarse en relación con la competencia.

Finalmente, se incluyeron dos cuestiones de especial relevancia en el área de la criminalística: “El análisis espectral aplicado a la investigación de documentos”, acerca del cual nos ilustró la doctora María Guadalupe Martínez Flores, expresidenta de la Academia de Criminalística; “El Dictamen Médico/Psicológico Especializado para Casos de Posibles de Tortura y/o Maltrato”, cuya explicación correspondió al doctor Jorge López Hernández, director de Especialidades Médicas de la Dirección General de Coordinación de Servicios Periciales, PGR.

La doctora María Guadalupe Martínez Flores explicó que el análisis espectral permite, mediante métodos y técnicas sumamente avanzados, la visualización de los sistemas de seguridad que se han incorporado a los documentos para evitar la falsificación de estos. Su empleo es de gran utilidad para determinar si el documento es auténtico o falso.

El programa de estas Jornadas culmina con la exposición de cuatro temas de especial importancia y actualidad en materia de criminalística. Los especialistas nos ilustraron sobre las técnicas más avanzadas de investigación en aspectos periciales que coadyuvan en el esclarecimiento de la verdad real de los hechos delictuosos y en lograr una mejor justicia.

No hago mención específica de cada una de las participaciones porque acabamos de escucharlas, pero sí deseo dejar constancia de nuestro profundo reconocimiento al licenciado Michael Kasis Petraki, al químico Gildardo Cruz Velazco, al biólogo Juan Alejandro Villafranco Castro, y muy especialmente al destacado criminalista, doctor Rafael Moreno González, por la coordinación de esta Mesa y por asistirnos como moderador de ella.

No nos resta sino agradecer, en forma muy cumplida, al doctor Héctor Fix-Fierro, director de este Instituto, por su valioso apoyo para la realización de este evento académico. Asimismo, nuestro reconocimiento por su colaboración a los compañeros de la Secretaría Académica, y en especial a su titular, la doctora Mónica González Contró; a los becarios que nos apoyaron con eficiencia todos los días de este encuentro; también, nuestro re-

conocimiento al Departamento de Publicaciones y de Difusión, conducidos por la doctora Elvia Flores y la arquitecta Carola Lagunes, que siempre han hecho posible que estos trabajos trasciendan en publicaciones muy bien cuidadas. A todos los presentes, muchas gracias por su asistencia.