

TÓPICOS DE POLÍTICA CRIMINAL

JOSÉ ANTONIO ALVAREZ LEON
Coordinador



UNAM
POSGRADO
Derecho



TÓPICOS DE POLÍTICA CRIMINAL

JOSE ANTONIO ALVAREZ LEON
Coordinador





Primera edición, 2019.

TÓPICOS DE POLÍTICA CRIMINAL

Versión Digital.

Coordinador:

José Antonio Álvarez León

Imagen de portada: Patricia Alejandra Ibañez Álvarez

Diseño de portada y maquetación: Liliana Moreno Palma

ISBN IMPRESO: 978-607-3028-43-1

ISBN ELECTRONICO: 978-607-3028-44-8

Derechos reservados 2019. Todos los derechos reservados conforme a la ley. Las características de esta edición, así como su contenido, no podrán ser reproducidas o transmitirse bajo ninguna forma o por ningún medio, electrónico, mecánico, incluyendo fotocopiado y grabación, ni por ningún sistema de almacenamiento y recuperación de información sin permiso por escrito del propietario del Derecho de Autor.

© Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad Universitaria, Delegación Coyoacán, C.P. 04510, Ciudad de México, a través de la Coordinación del Programa de Posgrado en Derecho de la UNAM, Unidad de Posgrado, Edificio “F”, Circuito de Posgrado, Ciudad Universitaria, Delegación Coyoacán, C.P. 04510, Ciudad de México

Hecho en México.



Directorio

Enrique Graue Wiechers
Rector

Leonardo Lomelí Vanegas
Secretario General

Javier Nieto Gutiérrez
Coordinador General de Estudios de Posgrado

Carlos Humberto Reyes Díaz
Coordinador del Programa de Posgrado en Derecho

Entidades

Manuel Martínez Justo
Facultad de Estudios Superiores Acatlán

Fernando Macedo Chagolla
Facultad de Estudios superiores Aragón

Raúl Contreras Bustamante
Facultad de Derecho

Pedro Salazar Ugarte
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Héctor Alejandro Ramírez Medina
Coordinador Editorial

ÍNDICE

A MANERA DE PRÓLOGO	9
BREVE ENSAYO CRÍTICO RESPECTO A LOS TIDH Y SU INFLUENCIA EN EL ESTADO MEXICANO Y SUS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	11
<i>ELBA JIMÉNEZ SOLARES.</i>	
CIBERBULLYING	33
<i>LIDIA CHÁVEZ FONSECA.</i>	
DELITOS INFORMÁTICOS. PEDOFILIA Y PORNOGRAFÍA INFANTIL	65
<i>STEPHANIE CERVANTES RAZO.</i>	
LA EPISTEMOLOGÍA CIBERNÉTICA, LA CONCIENCIA Y LA INIMPUTABILIDAD PENAL.....	103
<i>GONZÁLEZ VIDAURRI ALICIA Y SÁNCHEZ SANDOVAL AUGUSTO.</i>	
EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA	137
<i>LILIANA PÉREZ DE LA ROSA.</i>	
POLÍTICA CRIMINAL Y MIGRACIÓN. BREVES NOTAS	185
<i>FABIOLA LÓPEZ SÁNCHEZ Y JOSÉ ANTONIO ALVAREZ LEÓN.</i>	
LA PRETENSIÓN PUNITIVA DEL MINISTERIO PÚBLICO Y LA RAZÓN DE ESTADO	209
<i>MAURICIO CAMACHO REYNOSO.</i>	
RESPONSABILIDAD AMBIENTAL. UNA LEGISLACIÓN ACORDE A NUESTRAS NECESIDADES.....	245
<i>JESÚS QUINTANA VALTIERRA Y MARCO ANTONIO QUINTANA SÁNCHEZ.</i>	

RETOS DEL JUEZ EJECUTOR DE SENTENCIAS EN EL NUEVO SISTEMA PENAL.....	303
<i>MARÍA IRACEMA CRISTAL GONZÁLEZ MARTÍNEZ.</i>	
LA POLÍTICA CRIMINAL EN EL TRATAMIENTO A MIEMBROS DEL SISTEMA NACIONAL DE SEGURIDAD PÚBLICA	333
<i>DAVID ALEJANDRO PARADA SÁNCHEZ.</i>	
ACCIONES AFIRMATIVAS Y SU APROXIMACIÓN A LA PREVENCIÓN DE LA VIOLENCIA ¿GÉNERO VS GÉNERO?.....	363
<i>ADRIANA NAVA VELÁZQUEZ Y JOSÉ ANTONIO ALVAREZ LEÓN.</i>	

A MANERA DE PRÓLOGO.

El texto Tópicos de Política Criminal, es un acercamiento al derecho penal y la política criminal desde una perspectiva multidisciplinaria. En él se abordan diversos temas ligados íntimamente a los tres ejes que definen el objeto de la materia, de tal forma que la prevención, el tratamiento de los delitos, las penas y medidas de seguridad se encuentran en el texto; estos ejes atienden a las funciones declaradas que se desprenden de la ley y se representan en las instituciones de derecho, reflejándose en diversos problemas del México actual.

Los artículos que forman el libro también incluyen un abordaje crítico y por supuesto una revisión teórica que la soporte. En algunos títulos, se analiza también la función no declarada del derecho y se revisan los discursos que gestan el control social y la imposición política por sobre las propias normas. Esta formas de tratar los temas permiten al lector y particularmente al universitario, entender las visiones políticas que permean y descomponen las políticas públicas que se usan para prevenir el delito, combatir la delincuencia e imponer el castigo.

Los temas abordados son creados con originalidad en las aplicaciones que hacen los autores para con ello intentar ser originales; cada texto incluye una conclusión y propuestas lo que hace indudablemente atractivo el libro.

Las investigaciones son continuas y referenciadas, es decir, son temas que se seguirán abordando por su actualidad, porque los argumentos de una y otra comparten conceptos de la política criminal mexicana, misma que se ubica en el rango de frontera de los últimos 10 años.

Los articulistas en ejercicio de su libertad de expresión y construcción de sus trabajos comparten principios fundamentales de la enseñanza e intentan transmitir sus ideas con referencia a los tópicos abordados en los planes y programas del Posgrado en Política

Criminal, Derecho Penal, Derechos Humanos que se imparten en la Fes Acatlán UNAM, siendo esto así porque todos ellos sin excepción, tiene un vínculo con esta institución al ser graduados o profesores de la misma.

Tópicos de Política Criminal, es un espacio para el debate y el señalamiento permanente de los temas relevantes para el país.

Mtro. Delio Dante López Medrano.

BREVE ENSAYO CRÍTICO RESPECTO A LOS TIDH Y SU INFLUENCIA EN EL ESTADO MEXICANO Y SUS POLÍTICAS PÚBLICAS

ELBA JIMÉNEZ SOLARES¹

SUMARIO: I. ¿Qué son los tratados internacionales? II. La soberanía estatal fundamento de la validez y obligatoriedad de los tratados internacionales. III. ¿Cómo han incidido los TID Henel Estado mexicano y sus políticas públicas? IV ¿Cómo inciden los TIDH en la evolución y conformación del Estado mexicano? V. Breves consideraciones y propuestas. VI. Fuentes de consulta.

I. ¿QUÉ SON LOS TRATADOS INTERNACIONALES?

Recordemos que de acuerdo con el Derecho Internacional “...se entiende por tratado un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular...”² En ese orden de ideas, un Tratado Internacional, además de ser una de las normas jurídicas internacionales más importantes, constituye un acto jurídico internacional que puede realizar un Estado soberano, y que tiene un doble efecto:

- a) Uno, el que se produce, fuera del Estado, en el ordenamiento jurídico supranacional (internacional y co-

¹ Doctora en Derechos Humanos y catedrática en el Posgrado de Derecho de la UNAM (Facultad de Derecho y Facultad de Estudios Superiores Acatlán).

² Artículo 2, párrafo 1, inciso a, de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados Internacionales Celebrados entre Estados, disponible en http://www.ilce.edu.mx/documents/Convencion_de_viena_derecho_tratados.pdf, consultado el 16 de agosto del 2015.

- munitario) y que incide en la esfera jurídica del mismo Estado (derechos y obligaciones); y
- b) El otro, el que se da en el interior del Estado, tanto en su ordenamiento jurídico nacional (adecuaciones legislativas), como en su organización, estructura y atribuciones.

Es claro que desde los orígenes del Estado Mexicano hasta nuestros días, los Tratados Internacionales (TI), han constituido y constituyen una de las fuentes más importantes de normas jurídicas externas y de obligaciones del Estado Mexicano. Ello explica el por qué, en las diferentes constituciones que hemos tenido, siempre ha habido una referencia a los Tratados Internacionales —bien como Tratado, o bien, como convenio o pacto— y la precisión del órgano encargado de su celebración así como de su aprobación, que en todo caso siempre han sido facultades reservadas a las autoridades federales (Ejecutivo Federal y Congreso Federal o Cámara de Senadores), y la consecuente prohibición para las entidades federativas de celebrarlos. Igualmente, en los últimos años, la atribución de la facultad al Poder Judicial de la Federación para interpretar dichos instrumentos jurídicos internacionales, así como para determinar su jerarquía y su constitucionalidad.³

Desde los inicios del México independiente hasta nuestros días, se ha visto que la incorporación de las normas contenidas en los TI en el ordenamiento jurídico nacional, conforme a lo establecido en el artículo 133 constitucional, genera un gran impacto no sólo para los tres poderes, sino en todos los niveles de gobierno, máxime que los TI son numerosos y de contenidos muy variados.

³ Para abundar en el tema de cuál ha sido la evolución de la jerarquía de los Tratados Internacionales y de los de Derechos Humanos, así como su regulación en México, se sugiere revisar la obra de JIMÉNEZ SOLARES, Elba, *Tratados Internacionales de Derechos Humanos, ¿Derecho uniforme u orden público general?*, Flores Editores, México, 2015.

Más aún, cuando los TI importan contenidos de Derechos Humanos, su impacto es mayor a consecuencia del desarrollo que han tenido en el ámbito internacional y, en México, con la reciente reforma constitucional de 10 de junio de 2011, donde se dispone de conformidad con el artículo 1º constitucional,⁴ que las normas de Derechos Humanos contenidas en los mismos, tienen un rango constitucional.⁵

Asimismo, de acuerdo con la Ley sobre la Celebración de Tratados, los TI para su incorporación en el Derecho Mexicano deben, entre otras cosas, estar publicados en el Diario Oficial de la Federación y, en virtud de ello, una vez hecha la publicación correspondiente, a partir de la fecha de su entrada en vigor, entran de forma inmediata, directa, automática y plena, a ser parte del Derecho Mexicano, esto debido a la ausencia de una regulación detallada en el ordenamiento nacional, en cuanto a su forma de incorporación y aplicación en el mismo.

Así, una norma internacional de este tipo incorporada al Derecho Mexicano, por vía de su publicación en el DOF, si bien se convierte automáticamente en una norma nacional, su origen es internacional, razón por la cual creemos que debieran tener, en el Derecho Mexicano, un tratamiento distinto al de aquellas normas jurídicas que son de origen netamente nacional y que se originaron a consecuencia del ejercicio de las facultades del poder Constituyente o poder constituido.

Recordemos que las normas netamente nacionales son producto del proceso legislativo establecido en los artículos 71 y 72 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y por ello son armónicas con los principios fundamentales establecidos dentro del

⁴ Ver texto constitucional vigente en la siguiente dirección: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_100715.pdf, consultado el 16 de agosto del 2015.

⁵ Cabe recordar que derivado de la reforma constitucional de 10 de junio de 2011, las normas de Derechos Humanos contenidas en Tratados Internacionales en los que México es parte, adquirieron una jerarquía constitucional. Texto de la reforma constitucional disponible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/sumario.htm>, consultado el 16 de agosto del 2015.

Estado Mexicano, mientras que las normas jurídicas derivadas de TI son producto de una vía alterna de creación de normas prevista en el artículo 133 del mismo Ordenamiento Supremo y al ser de origen internacional importan los principios y caracteres del orden jurídico que los produjo.

Visto así, es claro comprender el por qué las normas derivadas de los TI, cuando se incorporan al Derecho doméstico llegan a diferir en mucho, del resto de las normas netamente nacionales y de los principios fundamentales establecidos por la Carta Magna, dado que su naturaleza corresponde al orden jurídico internacional, que no necesariamente es semejante o armónico con el nacional.

Lo anterior, nos lleva a considerar la necesidad de contar con un adecuado proceso de incorporación o de transformación de las normas internacionales en el Derecho Mexicano. Es necesario contar con una ley de aprobación, negociación y de implementación de TI. Es indispensable que a través de una ley se realice una adecuada regulación del proceso de negociación, de aprobación y de implementación de los TI, que responda a los principios constitucionales del Estado y en el marco del respeto y la protección a los Derechos Humanos; todo ello a fin de que se precisen y delimiten igualmente, las facultades de los órganos del Estado que participen en la celebración, aprobación y en la forma de su implementación, así como en procedimiento de denuncia o retiro de un TI.

II. LA SOBERANÍA ESTATAL FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA VALIDEZ Y OBLIGATORIEDAD DE LOS TI

Cuando un Estado es considerado Soberano conforme al Derecho Internacional, se entiende que goza del atributo de la soberanía, misma que implica, entre otras cosas, que el Estado goza de igualdad jurídica con respecto a los demás sujetos de Derecho Internacional, que goza de independencia, que es un sujeto de Derecho Internacional

con capacidad de asumir derechos y obligaciones, y por ende con capacidad de celebrar TI, y por consecuencia, capaz de auto limitarse.

En consecuencia, la soberanía del Estado además de ser un atributo de éste, sin duda, constituye la fuente de legitimación y validez de todos sus actos, tanto en el ámbito nacional como internacional, en este último caso, destaca la creación de normas internacionales, vía los TI.

Es así, que conforme al Derecho Internacional y al Derecho comunitario, los Estados soberanos, vía la celebración de TI, se les reconoce la capacidad de auto limitarse e incluso de ceder algunas de sus facultades soberanas (ejecutivas, legislativas y jurisdiccionales), como acontece con los países que conforman la Unión Europea. Esta capacidad de los Estados reconocida por el orden supranacional (internacional o comunitario) debe ser claramente regulada en nuestra Carta Magna pues, sin duda, resulta ser muy relevante y delicada, y de enorme impacto en la organización y conformación del Estado Mexicano, máxime cuando se contraponen o atentan contra principios esenciales el mismo establecidos en la Carta Suprema.

Desde sus orígenes, el Estado Mexicano, ha reconocido la facultad del Ejecutivo Federal de celebrar TI de manera casi absoluta, como se observa en las diferentes constituciones que precedieron a la Constitución de 1917 y, más aún, a raíz de la reforma constitucional del 18 de enero de 1934,⁶ por la que se modificó el artículo 133,⁷ dejando sólo al Senado de la República la facultad de aprobarlos.

De la lectura del Diario de los Debates de esa época, se desprende que esta reforma constitucional, al parecer no fue lo suficientemente

⁶ Publicación de la reforma constitucional al artículo 133, en el DOF, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_016_18ene34_ima.pdf, consultado el 16/08/15. Diario de los Debates, tomo II, número 28, año II, periodo ordinario, XXXIV Legislatura, 19 de diciembre de 1933, pp. 10 a 12.

⁷ Respecto a una crítica de la reforma constitucional y la facultad del Ejecutivo Federal para celebrar Tratados Internacionales, consultar la obra de Jiménez Solares, E., *Op. Cit.*

discutida ni analizada, ni tampoco se comprendió el gran poder que se atribuía al Ejecutivo Federal en su calidad de representante del Estado al firmar tratados, así como el impacto que dicha reforma tendría para la conformación del Estado Mexicano. Esto, no sólo a consecuencia de la gran proliferación de Tratados Internacionales suscritos por nuestro país en los siguientes años y hasta nuestros días. Asimismo, tampoco se visualizó por el Constituyente el desarrollo que estaba teniendo el Derecho Internacional, y mucho menos, era posible que comprendiera el gran desarrollo que iban a tener los contenidos de las garantías individuales y sociales a nivel interno, así como, en su momento, el reconocimiento que se iba a dar a las normas de Derechos Humanos a nivel internacional. Sin duda, eran otros tiempos.

Así las cosas, en los últimos veinte años, el Estado Mexicano vía el Ejecutivo Federal, ha ido celebrando de manera muy frecuente, Tratados Internacionales que además contienen normas de Derechos Humanos.⁸ Si bien, nuestro país, al igual que los demás Estados suscribieron este tipo de tratados con el fin de promover e impulsar la uniformidad o estandarización de normas sustantivas y adjetivas entre ordenamientos nacionales y supranacionales (códigos penales sustantivos y adjetivos) para la mejor protección de estos derechos, así como para complementar, ampliar y, en ocasiones, perfeccionar el orden jurídico interno, los efectos jurídicos de los TIDH en los ordenamientos internos ha ido más allá de sus expectativas.

Esto se debe a que el desarrollo de los contenidos de las normas de Derechos Humanos y su diversificación ha propiciado que todos y cada uno de los actos, públicos y privados, de las personas estén hoy

⁸ En la página de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se enlistan actualmente, 210 tratados que contienen normas de Derechos Humanos, bajo el título *Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano es parte en los que se reconocen Derechos Humanos*, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/inicio.html>, consultado el 16 de agosto del 2015.

tutelados por un derecho humano, limitando con ello las facultades ejecutivas, legislativas y jurisdiccionales de los Estados.

En consecuencia, cuando dichos contenidos son recogidos en TI el impacto es mayor para el Estado, pues constituyen una obligación internacional, y para su cumplimiento, éste se ve compelido no sólo a modificar sus normas, sino también sus instituciones y en muchas ocasiones a modificar su estructura jurídico-política, todo ello para cumplir con los compromisos (estándares) internacionales asumidos y evitar una responsabilidad internacional o un reclamo en este ámbito, haciendo a un lado o relativizando muchos de los principios fundamentales establecidos en la Carta Magna.

Sin duda, la implementación de los TIDH en el ordenamiento jurídico mexicano ha llevado al Estado más allá de lo previsto en la norma constitucional, pues no sólo ha realizado adecuaciones legislativas en los términos pactados en el Tratado, también ha dado paso a la creación de instituciones, instancias y procedimientos en su interior, y además, lo ha obligado a reconocer y/o adoptar otras instituciones jurídicas, autoridades, procedimientos e instancias jurisdiccionales adicionales no previstas en la Constitución, impactando así el concepto de Soberanía, modificando el concepto de la división y colaboración de poderes, así como el de Soberanía popular. El Estado ha dejado de tener el poder de decidir la manera de regular un determinado fenómeno social en su interior, a consecuencia de un compromiso asumido en el ámbito internacional, por ejemplo, en cumplimiento a un TI.

El cumplimiento de los TIDH en México, nos está haciendo transitar a un nuevo modelo de Estado y de Derecho, que no necesariamente responde a la evolución histórica del pueblo mexicano, a su idiosincrasia y a sus necesidades, pues muchos de los catálogos de Derechos Humanos emanados del seno de la ONU y de la OEA reflejan la cultura, intereses, idiosincrasia y aspiraciones de aquellos Estados de relevancia internacional, y que no necesariamente

corresponde a los del Estado Mexicano, por lo que es importante hacer una revisión al respecto.

A causa del cumplimiento del deber del Estado de cumplir con lo pactado a nivel internacional, éste modifica sus normas e instituciones, muchas de ellas consideradas fundamentales, tales como el Amparo, la integridad territorial, la Soberanía estatal, la Soberanía popular, etcétera, y asimismo, se ve en la necesidad de incorporar nuevos conceptos de Derechos Humanos, que finalmente son normas jurídicas que podrían corresponder a otra realidad social, tales como, el derecho a la autodeterminación de los pueblos, el reconocimiento de las normas y autoridades de los pueblos indígenas, la figura del matrimonio, las candidaturas independientes, la cuota de género, el nuevo sistema de justicia penal acusatorio, el arraigo, el fuero militar, por citar algunos casos paradigmáticos y controversiales.

No obstante lo anterior, la influencia de los TIDH no ha sido del todo negativa para el Estado y, mucho menos para el pueblo mexicano. Al respecto, es de destacar que el concepto jurídico político de lo que se entiende por Estado de Derecho y Estado Democrático de Derecho⁹, ha sido replanteado en la doctrina, y hoy por hoy, no puede definirse ni comprenderse sin hacer referencia al tema del respeto y la protección a los Derechos Humanos, lo cual es muy valioso.

⁹ Cfr. Valadés, Diego, Problemas Constitucionales del Estado de Derecho, 1ª edición, Editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2002, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/223/5.pdf>, consultado el 16 de agosto del 2015. ROLLA, Giancarlo Derechos Fundamentales, Estado Democrático y Justicia Constitucional, 1ª edición, Editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2002, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=209>, consultado el 16 de agosto del 2015.

III. ¿CÓMO HAN INCIDIDO LOS TIDH EN EL ESTADO MEXICANO Y SUS POLÍTICAS PÚBLICAS?

En tanto normas jurídicas, los TIDH tienen un ámbito de validez material, personal, espacial y temporal, el cual en principio podría entenderse circunscrito a la esfera internacional.

Si bien, en sus inicios, los Tratados Internacionales presupu-
nían la regulación de relaciones interestatales, dado el desarrollo y la
diversificación de sus contenidos, hoy en día, producen derechos y
obligaciones ya no sólo *interpartes*, es decir, no sólo para los Estados
que los suscriben, sino también se extienden hacia terceros Estados,
aún sin su consentimiento y, todavía más, se extienden hacia los
individuos o personas jurídicas de los Estados vinculados por dichos
tratados.

Lo anterior fue expresado en la Opinión Consultiva OC-2/82 de
la Corte Interamericana de Derechos Humanos,¹⁰ quien señaló que
los Estados asumen obligaciones frente a los individuos sometidos a
su jurisdicción y frente a la comunidad internacional, de modo que
su infracción a dicho compromiso le puede generar responsabilidad
internacional.

Estas características de las normas contenidas en los TIDH son
diversas, entre las que destacan las siguientes:

- Dado su contenido son consideradas valiosas y de pretendi-
da universalidad, pues gozan de un amplio reconocimiento
por gran parte de la comunidad internacional.

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 2/82, El
efecto de las reservas, sobre la entrada en vigor de la Convención Americana de De-
rechos Humanos (art. 74 y 75), de 24 de septiembre de 1982, disponible en [http://
www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_02_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_02_esp.pdf) Jurisprudencia de la Corte
Interamericana, consultado el 16 de agosto del 2015.

- Se consideran vinculantes e imperativas, dado que se trata de derechos inalienables para todos los seres humanos. Con un igual valor.
- Son normas con carácter progresivo, indivisibles e interdependientes, y se considera que no pueden ser suspendidas o retiradas.
- Imponen obligaciones a todos, particularmente a los Estados y demás Sujetos de Derecho Internacional, así como a los agentes de los Estados y a sus particulares en tanto individuos, a los que les también les atribuye derechos.
- Estas normas por sus contenidos importan derechos objetivos y subjetivos, por lo que su reconocimiento implica el deber de desarrollarlas tanto en los órdenes nacionales como supranacionales, según la norma de reconocimiento. Ello, en aras de dotarles de eficacia para la protección de tales derechos.
- De sus contenidos se derivan obligaciones de hacer, no hacer, abstenerse o permitir, bien sea en el orden supranacional o bien, en el nacional.
- Su reconocimiento generalizado empuja a la armonización y colaboración entre los diferentes sistemas jurídicos existentes con base en un objetivo común, la protección de los Derechos Humanos.
- Las relaciones jurídicas son complejas y no se limitan a las partes. Se extienden a terceros ajenos a la relación jurídica convencional. Rebasan las relaciones interestatales, generan derechos y obligaciones para sus órganos y autoridades nacionales, así como a sus individuos que se encuentran sometidos a los Estados partes (derechos y obligaciones).
- Generan múltiples y variados derechos *erga omnes* y obligaciones ante varios sujetos destinatarios: titular o no del derecho humano y según la posición jurídica que tengan:

autoridad o gobernado. Dan paso a derechos y obligaciones de hacer, no hacer, permitir, facultar, etc.

- El cumplimiento de las obligaciones entre los Estados son independientes del principio de reciprocidad. Con excepción hecha por la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, previste en el artículo 60 párrafo 5. Por tanto, la violación grave a un Tratado de Derechos Humanos no da derecho a darlo por terminado o suspenderlo.
- Su objeto no es el procurar el beneficio mutuo entre los Estados contratantes, sino la protección de los Derechos Humanos, por lo que lejos de reportar un beneficio para el Estado, le compromete frente a la comunidad internacional y, principalmente, frente al individuo en cuanto a la protección y defensa de sus derechos fundamentales.
- Estos tratados no se sujetan al mismo régimen de reservas previsto en la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, misma que se considera que sólo se aplica a los tratados tradicionales.
- Por su contenido, en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos existen ciertas normas o cláusulas de naturaleza imperativa, cuya adopción los Estados partes no pueden eludir o diferir, como acontece con otro tipo de tratados.
- Dado que sus contenidos tienen un carácter universal y progresivo, entienden hacia el reconocimiento de mayores derechos y al establecimiento de una normatividad uniforme y común, de carácter vinculante, y sus contenidos se asumen como normas de *iuscogens* y con efectos *erga omnes*, con lo que rebasan la voluntad de los Estados.

Es de destacar que a la fecha, nuestro país, según la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tiene suscritos 210 Tratados Interna-

cionales que contienen normas de Derechos Humanos¹¹ y que hoy gozan de jerarquía constitucional. Por lo que su impacto es de un gran espectro en el Derecho Mexicano y así mismo en sus políticas públicas.

Por otra parte, recordemos que en la Contradicción de Tesis 293/2011, la SCJN determinó que “las normas sobre Derechos Humanos contenidas en Tratados Internacionales tienen rango constitucional”¹² con lo que las normas de Derechos Humanos contenidas en los Tratados Internacionales en los que nuestro país es parte, tienen y van a seguir teniendo un gran impacto en todo el ordenamiento jurídico nacional y en la conformación del Estado Mexicano y sus instituciones.

Un claro ejemplo del cumplimiento de estos compromisos internacionales asumidos por el Estado Mexicano vía estos instrumentos jurídicos internacionales, son toda la transformación de su Derecho con motivo de la implementación de las reformas constitucionales de junio de 2008, relativa al nuevo sistema de justicia penal acusatorio, y las de junio de 2011, éstas últimas relativas al Amparo y a Derechos Humanos, lo que ha propiciado un nuevo modelo de justicia, nuevas autoridades, nuevos procedimientos, etcétera.

Por otra parte, a consecuencia del cumplimiento a varios Tratados Internacionales de Derechos Humanos, en el ordenamiento jurídico mexicano se han dado varios cambios trascendentales que cabe recordar:

La complementación de la jurisdicción penal nacional con una jurisdicción internacional, en la figura de la Corte Penal Internacional; la incorporación de nuevos conceptos y principios jurídicos tales como: El deber de los Estados de perseguir y castigar los crímenes

¹¹ Ver cita No. 7.

¹² Este documento para su consulta se encuentra disponible en la página electrónica de la SCJ, en la dirección: <http://www2.scjn.gob.mx/asuntosrelevantes/pagina/seguimientoasuntosrelevantespub.aspx?id=129659&seguimientoid=556>, consultado el 16 de agosto del 2015.

internacionales en primer lugar, y en su defecto, el de reconocer y aceptar la participación de las instancias internacionales para hacer justicia y, muchas adecuaciones legislativas en cumplimiento a las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Asimismo, en materia comercial, de inversiones y administrativa, a consecuencia del TLCAN se dio el establecimiento o reconocimiento de una instancia supranacional adicional para la obtención de la justicia, tales como los paneles de libre comercio, los arbitrajes internacionales, y la no procedencia del Amparo en contra de sus resoluciones, por citar algunos ejemplos.

Asimismo, la penalización de conductas consideradas graves y violatorias a los Derechos Humanos se ha transformado, por vía de la celebración de Tratados Internacionales, introduciendo nuevos principios o cambiando su manera de conceptualizarlos, tales como el principio de la estricta aplicación de la ley penal (*nullum crimen sine lege*) y de la pena (*nullum poena sine lege*) por los principios internacionales *nullum crimen sine iure* y *nullum poena sine iure*, para ya no hacer referencia sólo a la ley, sino a todas las normas internacionales existentes.

Aunado a todo lo anterior, es de destacar que el Estado Mexicano ha ubicado el tema de los Derechos Humanos como un rubro importante y como un principio rector para el diseño e implementación de sus políticas públicas, como se desprende de lo que se establece en los dos últimos Planes Nacionales de Desarrollo de los sexenios correspondientes a los periodos 2007-2012 y 2013- 2018.

La implementación de políticas públicas como parte del cumplimiento de los compromisos internacionales en materia de Derechos Humanos por parte del Estado Mexicano, tiene su fundamento en la reforma constitucional de 10 de junio de 2011 en materia de Derechos Humanos, esto, dado que los Tratados Internacionales de este tipo, como ya lo señalamos, no sólo obligan a nuestro país sino a todas las personas y autoridades nacionales federales, locales y

municipales nacionales, de los tres niveles de gobierno, conforme al mandato constitucional.

Derivado de lo anterior, es comprensible ver que el Estado Mexicano ha llevado a cabo la estandarización de modelos de organización jurídico-política interna, como por ejemplo, en la figura de los organismos constitucionalmente autónomos tales como el INE, el INAI, la CNDH, por citar los más relevantes que, al mismo tiempo que tutelan Derechos Humanos, definen políticas públicas para los poderes constituidos del Estado Mexicano.

Asimismo, en el ámbito de la procuración de justicia, es claro ejemplo de la influencia de los Derechos Humanos en el Estado y sus políticas públicas, todas las acciones tendientes a la implementación del nuevo sistema de justicia penal acusatorio adversarial por parte de los tres poderes, ejecutivo, legislativo y judicial, en sus tres niveles de gobierno.

IV. ¿CÓMO INCIDEN LOS TIDH EN LA CONFORMACIÓN DEL ESTADO MEXICANO?

Derivado de la suscripción de numerosos TIDH y la exigencia de su cumplimiento, el Estado Mexicano ha cambiado enormemente no sólo su Derecho Nacional, sino también su organización y estructura.

Doctrinalmente se ha considerado que las obligaciones de los Estados en materia de Derechos Humanos, se pueden agrupar en torno a 4 principales deberes: Respetar (no interferir con su disfrute; es decir, el Estado y sus agentes deben abstenerse de interferir con el goce de los Derechos Humanos); proteger (adoptar medidas que eviten que estos sean violados por terceros); garantizar (obligación implícitamente relacionada con la de respetar y proteger e implica que los Estados deben tomar medidas para prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los Derechos Humanos, así como de reparar el derecho violado), y facilitar o proveer (tomar acciones que permitan

a las personas el acceso a los Derechos Humanos y garantizar su disfrute cada vez que una persona o grupo no pueda, por razones ajenas a su voluntad, poner en práctica el derecho por sí misma con los recursos a su disposición).

En consecuencia, para dar cumplimiento a dichos deberes internacionales, el Estado también se ha visto en la necesidad de crear algunas instancias nacionales modificando sus instituciones, estructura, organización y dotar de atribuciones a sus órganos. Como ejemplo, están:

- Creación de órganos o instituciones: los organismos constitucionales autónomos, como la CNDH, el IFE (ahora INE), el IFAI (ahora INAI), el INEE (Instituto Nacional para la evaluación de la Educación), la transformación de la PGR en Fiscalía General (como organismo constitucionalmente autónomo supeditado al Ejecutivo Federal), etcétera.
- Creación de nuevas figuras o instituciones jurídicas: la candidatura ciudadana, el concepto de matrimonio, la modificación del sistema electoral basado ya no sólo en sistema de partidos políticos, la cuota de género, etcétera.

Por otra parte, otra forma de dar cumplimiento a sus compromisos internacionales es a través del sometimiento del Estado Mexicano a instancias supranacionales, bien sea que estas instituciones o instancias se coordinen con las nacionales y/o las complementen, y en algunos otros casos, las suplan. Ejemplos de ello están en materia comercial, el reconocimiento de los paneles y demás instancias arbitrales supranacionales, en el marco de los Tratados de Libre Comercio.

Igualmente, por virtud de la celebración de varios TIDH, el Estado Mexicano ha reconocido y se ha sometido a la jurisdicción de las siguientes instancias internacionales:

1. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que prevé el reconocimiento del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR, por sus siglas en inglés);
2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que prevé el reconocimiento del Comité de Derechos Humanos (HCR, por sus siglas en inglés);
3. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, que prevé el reconocimiento del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD, por sus siglas en inglés);
4. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación con la Mujer, que prevé el reconocimiento del Comité para la Eliminación de la Discriminación con la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés);
5. Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, que prevé el reconocimiento del Comité con la Tortura (CAT, por sus siglas en inglés) y el Subcomité para la Prevención de la Tortura (SPT, por sus siglas en inglés);
6. Convención sobre los Derechos del Niño, que prevé el reconocimiento del Comité de los Derechos del Niño (CRC, por sus siglas en inglés);
7. Convención Internacional sobre la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, que prevé el reconocimiento del Comité de Protección de los Derechos de los Trabajadores (CMW, por sus siglas en inglés);
8. Convención Internacional para la Protección de todas las Personas con las Desapariciones Forzadas, que prevé el reconocimiento del Comité sobre todas las formas de Desaparición Forzada (CRPD, por sus siglas en inglés);

9. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que prevé el reconocimiento del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CED, por sus siglas en inglés);
10. Convención Americana de Derechos Humanos, que prevé el reconocimiento de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos;
11. Estatuto de Roma, que prevé el reconocimiento de la Corte Penal Internacional; etcétera.

En ese sentido, el Estado Mexicano está obligado a rendirles cuentas y dar cumplimiento a sus recomendaciones o informar de los avances alcanzados y una forma de cumplimiento a sus recomendaciones es también, entre otras cosas, a través de la implementación de políticas públicas coincidentes con dichos compromisos.

V. BREVES CONSIDERACIONES Y PROPUESTAS

Sin duda, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos son, hoy por hoy, los instrumentos jurídicos más importantes en el ámbito nacional e internacional y de gran impacto para el Estado Mexicano y sus instituciones, así como en su forma de organización, estructura, y funcionamiento, así como en sus funciones y atribuciones.

Es importante que en el Derecho Mexicano se haga una reforma constitucional, para regular y limitar el impacto que tienen dichos instrumentos jurídicos, para que se supervise de manera detallada y responsable su negociación aprobación, incorporación así como su denuncia, en su caso.

Esto, máxime que a la fecha, los TIDH son sobre temas diversos, muy numerosos y han adquirido un rango constitucional, estableciéndose el deber constitucional de todas las autoridades: federales, locales y municipales, así como de todos los poderes y

órganos de los Estados, incluso de las personas, de sujetarse a los mismos y de darles cumplimiento en el ejercicio e implementación de sus políticas públicas.

Asimismo, es necesario que los representantes de nuestro país, asuman con responsabilidad su importante tarea, y en su momento, vía una ley, se regulen y limiten sus facultades, así como también se determine un régimen de responsabilidades ante un indebido actuar.

Todo esto, para garantizar que los acuerdos internacionales, previos a su adopción, sean sometidos a la consideración de los otros órganos del Estado a los que impacte, bien en sus funciones o atribuciones, así como también para que el máximo tribunal se pronuncie sobre la conveniencia de la adopción de conceptos o modelos jurídicos emanados por las instancias internacionales o supranacionales, vía la celebración de los TIDH, o derivado de las recomendaciones o resoluciones de organismos internacionales, pues como ya vimos, el cumplimiento a los compromisos internacionales, puede implicar en principio, una reforma constitucional.

Asimismo, es importante hacer una revisión del catálogo de Derechos Humanos fijado a nivel internacional para adecuarlo a las necesidades del pueblo mexicano y al modelo de Estado que queremos. Lo anterior, podría llevarse a cabo, a través de la ley reglamentaria de la reforma constitucional en materia de Derechos Humanos.

Sin duda, se debe analizar con detalle qué Derechos Humanos vamos a incorporar y de qué manera se va a hacer en el ordenamiento mexicano, atendiendo a las necesidades y demandas del mismo pueblo, pues esto sin duda definirá asimismo la forma de ser y de implementar las políticas públicas por parte del Estado.

Como ya vimos, las normas de Derechos Humanos, en tanto normas jurídicas, en tanto derecho, son un producto social, cultural e histórico, por lo que debe ser vistas como un medio, un instrumento, para la obtención de fines o aspiraciones superiores del pueblo mexicano, pero siempre dentro del marco del Estado, quien tiene la

alta responsabilidad de garantizar que el pueblo alcance dichos fines o aspiraciones, dentro de un margen de paz, orden y de respeto a la dignidad de sus gobernados, y atendiendo a su realidad y a sus circunstancias.¹³

Mientras no se realicen estas modificaciones constitucionales, y no se defina una política clara a nivel internacional fundada en los principios constitucionales establecidos, considero que será difícil para el Estado Mexicano hacer posible la libre instrumentación de las aspiraciones, intereses y objetivos nacionales que como Estado y como pueblo queramos fijarnos y por ende, las políticas públicas del país difícilmente podrán ser establecidas de manera libre por los gobiernos en turno.

VI. FUENTES DE CONSULTA

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ LEDESMA, Mario I., *Acerca del concepto de Derechos Humanos*, México, editorial McGraw-Hill, 1998.

JIMÉNEZ SOLARES, Elba, *Tratados Internacionales de Derechos Humanos, ¿Derecho uniforme u orden público general?*, Flores Editores, México, 2015.

ROLLA, Giancarlo, *Derechos Fundamentales, Estado Democrático y Justicia Constitucional*, 1ª edición, Editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2002, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=209>, consultado el 16/08/15.

VALADÉS, Diego, *Problemas constitucionales del Estado de Derecho*, 1ª edición, Editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas

¹³ Cfr. Álvarez Ledesma, Mario I., *Acerca del Concepto de Derechos Humanos*, México, editorial McGraw-Hill, 1998.

de la UNAM, México, 2002, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/223/5.pdf>, consultado el 16/08/15.

LEGISGRAFÍA INTERNACIONAL

Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados Internacionales celebrados entre Estados, disponible en http://www.ilce.edu.mx/documents/Convencion_de_viena_derecho_tratados.pdf, consultado el 16/08/15.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 2/82, El efecto de las reservas, sobre la entrada en vigor de la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 74 y 75), de 24 de septiembre de 1982, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_02_esp.pdf Jurisprudencia de la Corte Interamericana, consultado el 16/08/15.

LEGISGRAFÍA

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, texto original.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, texto vigente, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_100715.pdf, consultado el 16/08/15.

Diario de los Debates, tomo II, número 28, año II, periodo ordinario, XXXIV Legislatura, 19 de diciembre de 1933.

Publicaciones en el Diario Oficial de la Federación de reformas constitucionales de fechas: 18 de junio de 2008, y 6 y 10 de junio de 2011, disponible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/sumario.htm>, consultado el 16/08/15.

Reforma constitucional de fecha 18 de enero de 1934, disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_016_18ene34_ima.pdf, consultado el 16/08/15.

CIBERGRAFÍA

Página de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano es parte en los que se reconocen Derechos Humanos”, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/inicio.html>, consultado el 16/08/15.

Página de la ONU, instrumentos internacionales de Derechos Humanos <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CoreInstruments.aspx>

Página de la OEA, documentos básicos de Derechos Humanos en el sistema interamericano, http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos_basicos.asp

OTROS

Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012.

Plan Nacional de Desarrollo

EL CIBERBULLYING

LIDIA CHÁVEZ FONSECA¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Cyberbullying. III. El Cyberbullying su tratamiento dogmático. IV. Conclusiones. V. Fuentes de consulta.

I. INTRODUCCIÓN

Con la aparición de las tecnologías de la información y la comunicación se crea una sociedad extraordinariamente interconectada, que está interactuando instantáneamente experiencias, conocimientos e información, que indudablemente la satisface y que consigo trae un desarrollo, cambiando el contexto del desarrollo del individuo.

De acuerdo con un estudio publicado por la Asociación Mexicana de Internet (AMIPCI), el uso de internet en el año 2013 aumentó un 13%, respecto del año anterior, fenómeno que se sigue incrementando en el presente año. Conforme a este mismo estudio, el principal lugar de conexión es el hogar seguido del trabajo y la escuela; las principales actividades del internauta son el uso del correo electrónico y las redes sociales.

La información, el conocimiento y las relaciones sociales, se han transformado a un intercambio tecnológico virtual, brindando así el acceso a cualquier individuo, independientemente de donde se encuentre.

Las tecnologías de la información y comunicación son herramientas creadas para facilitar la vida del ser humano, pero también hay ocasiones que puede usarse para fines distintos de los que fue creada, como lo establece Marshall McLuhan, quien refiere que “el fondo de cualquier tecnología es tanto la situación que le da origen

¹ Maestra en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Estudios Superiores Acatlán.

como el medio de servicios y prejuicios que la tecnología atrae con ella”.²

Es importante señalar que con el creciente desarrollo de las tecnologías de la información y de la comunicación por medio del internet y la creación de sitios llamados *redes sociales*, han impactado a la sociedad ocasionado diferentes problemáticas, tal es el caso del Cyberbullying.

El Cyberbullying, que se manifiesta a través de uso de la información electrónica en los diferentes medios de comunicación tales como correo electrónico, redes sociales, blogs, mensajería instantánea, mensajes de texto, la utilización de diversas aplicaciones de los teléfonos móviles y sitios web, para difamar, acosar y atacar a individuos o grupos.

Por tal motivo, es determinante la protección del individuo por medio de mecanismos que regulen de manera eficaz dicha conducta, ayudando a que éste pueda gozar de los Derechos Humanos que se establecen en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como son: la igualdad, equidad, libre desarrollo, la vida privada, acceso a la justicia, libertad de pensamiento.

II. CIBERBULLYING

Para conocer el origen del Cyberbullying es necesario partir del concepto de bullying; el autor Dan Olweus lo considera como:

Una conducta persecutoria de violencia física y psíquica de un alumno o grupo de alumnos que atormenta, hostiga y/o molesta a otra persona que se convierte en su víctima de forma repetida

² McLuhan Marshall y Powers B.R., *La aldea global*, Gedisa, Barcelona, 1993, p. 23.

y durante un periodo de tiempo más o menos largo: meses o incluso años.³

Fenómeno que realmente se desconoce su origen, debido a que las agresiones físicas y psicológicas dentro de las escuelas son muy cotidianas y que han tomado fuerza a principios del siglo XXI; el concepto y regulación del bullying es muy reciente, pero con el uso de las Tecnologías de la Información y Comunicación, ha generado la conducta del Ciberbullying.

Ernesto Ibarra Sánchez señala que:

El conjunto de innovaciones en sistemas informáticos, de telecomunicaciones y contenidos digitales ocasiona que no sólo podamos referirnos al cambio tecnológico, sino también al cambio moral y valorativo que eso conlleva y los retos para la propia convivencia social.⁴

Por lo que el bullying con la conjunción del avance, el uso de las tecnologías, el cambio moral y valorativo, dan origen al Ciberbullying.

El Ciberbullying es un término muy complejo, por lo tanto lo abordaremos desde varios puntos de vista, para Juan Pardo Albiach es “cuando un niño, adolescente o preadolescente es atormentado, amenazado o acosado, humillado y avergonzado por otra persona desde Internet, mediante medios interactivos, tecnologías digitales y teléfonos móviles”.⁵

³ Olweus Dan, *Conductas de acoso y amenaza entre escolares*, Morata, Madrid, 1998, p. 25.

⁴ Ibarra Sánchez, Ernesto, *Protección de niños en la red: Sexting, Ciberbullying y Pornografía Infantil*, (2014). Recuperado en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3646/5.pdf>

⁵ García González, Javier, *Ciberacoso: La tutela penal de la intimidad la integridad y la libertad sexual en internet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 56.

Aunque para otros autores como Ana Pérez Martínez y Reyes Ortigosa Blanch, se trata de “el uso vejatorio de alguna de las tecnologías de la información y la comunicación por parte de un individuo o grupo que deliberadamente, y de forma repetitiva y hostil, pretende de dañar otro”.⁶

Sin embargo, para entender el concepto de Ciberbullying hay que abordarlo desde su naturaleza, ya que siendo un término en inglés se tiene que analizar fragmentándolo en las siguientes acepciones:

- a) *Ciber* lo podemos definir como el uso de todas o cualquier tecnología.
- b) *Bully-ing*, *bully* que en español es intimidar y que se conjunta con la terminación *ing*⁷ que habla de tiempo continuo.

Entonces mediante estas acepciones lo podemos definir al Ciberbullying como la intimidación por medios electrónicos de una forma reiterada.

Juan Pardo Albiach, establece que el Ciberbullying se da cuando un individuo acosa a un niño, adolescente o preadolescente, sin embargo, en esta conducta no sólo los acosadores son personas mayores, dado que el acoso por este medio se da de adulto a adulto, de menor a menor, o de adulto a menor indistintamente.

Por lo tanto, el Ciberbullying es el uso de la información electrónica en los diferentes medios de comunicación, tales como: correo electrónico, redes sociales, blogs, mensajería instantánea, mensajes de texto, la utilización de diversas aplicaciones de los teléfonos móviles y sitios web, para difamar, acosar y atacar a individuos o grupos

⁶ García González, Javier (coord.), *op. cit.*, p. 15.

⁷ Entendiendo que en el idioma inglés *ing* se refiere al tiempo continuo, presente continuo, pasado continuo, etc., traducándose en español a terminaciones en *ando*, *endo* teniendo por ejemplo acosando, intimidando etc.

de forma continua y reiterada, que implica tanto niños, adolescentes y adultos; a diferencia del bullying tiene diferentes características,⁸ a continuación veremos un cuadro en cual se resaltarán sus diferencias:

BULLYING	CIBERBULLYING
Violencia. Incluye conductas de diversa naturaleza como lo son: burlas, amenazas, agresiones físicas , aislamiento o respecto de algún objeto tecnológico.	Violencia. Incluye conductas de diversa naturaleza como lo son: burlas, amenazas, aislamiento, o respecto de algún objeto tecnológico.
Reiteración o mensaje perdurable en el tiempo. Se repiten y prolongan durante cierto tiempo o se mantienen a la vista de más personas.	Reiteración o mensaje perdurable en el tiempo. Se repiten y prolongan durante cierto tiempo o se mantienen a la vista de más personas.
Desbalance de fuerza o poder. Es la capacidad física que el niño o joven tiene sobre los demás y que aprovecha para intimidar.	Desbalance de fuerza o poder. Es la capacidad física que el niño o joven o adulto tiene sobre los demás y que aprovecha para intimidar.
	Implica las habilidades técnicas que posee el agresor y el manejo o habilidad respecto de contenidos digitales y dispositivos, el cual se deriva del uso de las tecnologías de la información, el uso de internet y sus redes sociales.

⁸ Ibarra Sánchez, Ernesto, *op. cit.*, p. 90.

Sin embargo las características que no menciona Ernesto Ibarra Sánchez, son las siguientes:

BULLYING	CIBERBULLYING
El acoso se da normalmente en las escuelas entre los menores y de igual a igual.	El acoso se da en cualquier lugar, ya sea en el hogar, el trabajo o la escuela y es de menor a menor, adulto a adulto y de menor a adulto indistintamente.
El abuso o acoso se da de frente a la víctima por parte del abusador.	El abuso o el acoso, no se da de forma presencial, porque la mayoría de las veces no se conoce al abusador, dado que siempre se escuda detrás de un medio electrónico.
El bullying tiene barreras, porque su conducta se realiza en un ámbito territorial específico, terminándose así cuando la víctima sale de ese ámbito.	El Cyberbullying no tiene barreras, porque al darse esta conducta en el ciberespacio por medio de las tecnologías de la información y de la comunicación, el acoso o abuso sigue a su víctima aún y cuando ésta haya sido del ámbito territorial donde se encontraba.

Es importante conocer estas características, para no confundir estos dos conceptos, siendo que el Cyberbullying es mucho más amplio y de él se derivan diversos tipos.

Ernesto Ibarra Sánchez menciona una clasificación de la tipología del bullying los cuales son: “Físico, Verbal, Social, Rumores, Daños, Amenazas, Racial y Sexual”.⁹

Para el Cyberbullying tenemos que analizar si esta clasificación concuerda con sus características:

- a) Físico: la conducta no se puede dar debido a la naturaleza del Cyberbullying, ya que ésta se da por medios electrónicos y nunca existe un contacto físico.
- b) Verbal: se da a través de llamadas con comentarios ofensivos, apodosos o insultos.
- c) Social: se manifiesta por medio de las redes sociales, excluyendo a la víctima de reuniones, fiestas o simplemente de los grupos más cercanos a la víctima.
- d) Rumores: los rumores se pueden dar malversando o creando historias inexistentes o erróneas por medio de correo electrónico o redes sociales.
- e) Amenazas: se da cuando el agresor presiona a la víctima para que haga cosas que no desea, pidiéndole que realice ciertas acciones por medio de vías electrónicas a fin de que el agresor no propague fotos, videos o difunda rumores de la víctima.
- f) Racial: este se da a través de las redes sociales, haciendo expresiones negativas por cuestiones de raza.
- g) Sexual: esta conducta no se da en el Cyberbullying ya que éste se realiza de manera física, a diferencia del Sexting que tiene que ver con un contenido sexual.

Para algunos autores el Cyberbullying, el Sexting y el Grooming se derivan del bullying, pero como hemos mencionado con antelación, el bullying tiene otras características a las del Cyberbullying;

⁹ *Ibidem*, p. 91.

una de las más importantes es que el primero se da de igual a igual y el segundo puede darse indistintamente, sin importar la edad tanto de la víctima como del agresor a través de medios electrónicos.

En cuanto al Sexting y al Grooming de acuerdo a sus características podemos determinar que no se deriva del bullying, sino más bien del Ciberbullying, puesto que el Sexting consiste “en la difusión o publicación de contenidos (principalmente fotografías y videos) de tipo sexual producidos por el propio remitente, utilizando para ello el teléfono móvil o cualquier otro dispositivo tecnológico”.¹⁰

Siendo así que el Sexting, aunque sea de contenido sexual, se deriva del Ciberbullying ya que si éste no usara los medios electrónicos no se podría llevar a cabo.

En cuanto al Grooming “es el conjunto de estrategias que una persona adulta desarrolla para ganarse la confianza del menor a través de Internet, con el fin último de obtener concesiones de índole sexual”.¹¹

Al igual que el Sexting, el Grooming de acuerdo con sus elementos se deriva del Ciberbullying, ya que esta conducta no se podría llevar a cabo sin el uso de medios electrónicos.

Con el incremento del uso de los medios electrónicos, se han acrecentado los casos de agresión por Ciberbullying, en los distintos niveles educativos, esto de acuerdo al estudio realizado por Carrillo Navarro y estudiantes del Centro Universitario de Ciencias Económico-Administrativas (CUCEA), de la Universidad de Guadalajara, el cual determinó que “treinta y ocho de cada cien ha sufrido agresiones vía internet”.¹²

¹⁰ *Ibidem*, p. 85.

¹¹ *Ibidem*, p. 88.

¹² Carrillo Armenta, Juan, *Frecuente y más agresivo el Ciberbullying (2014)*, recuperado en <http://www.udg.mx/es/noticia/frecuente-y-mas-agresivo-el-cyberbullying>, consulta 25 de agosto de 2015.

Estas agresiones se realizan utilizando diferentes tecnologías de la información y comunicación, entre las más utilizadas se encuentran las redes sociales, correo electrónico, chat y teléfonos celulares.

Rebeca Valencia Argüelles, señala que las redes sociales “son los medios para comunicarse a grandes distancias, así como un sinnúmero de herramientas que acompañan la convivencia de las personas. De este modo, se llama red social no sólo al grupo de personas, sino al sistema que las aloja y les brinda los servicios necesarios.”¹³

Sin embargo podría decirse que éste es un poco vago, ya que actualmente con el uso de las tecnologías, dicho concepto debería tener inmerso que el uso de estas redes sociales se realiza a través de dispositivos electrónicos.

Por consiguiente, las redes sociales son herramientas que, por medio de dispositivos electrónicos, permiten a los usuarios interactuar con cualquier persona del mundo, con la cual comparte gustos o intereses en común, o bien, para mantenerse al día con los acontecimientos sociales que ocurren en sus vidas.

De acuerdo a la Asociación Mexicana de Internet,¹⁴ nueve de cada diez internautas acceden a una red social para comunicarse con sus amigos, ya sea Facebook, Twitter, Instagram, Taringa, etc, y en cuanto a la persona que no ingresa a alguna, es por la falta de protección de datos personales.

Las redes sociales más utilizadas para que se realice el Cyberbullying son Facebook, seguida por Twitter e Instagram; de acuerdo a la Universidad de Guadalajara, el Cyberbullying va en aumento, ya

¹³ Valenzuela Argüelles, Rebeca, *Las Redes Sociales y su aplicación en la educación*.

Revista Digital Universitaria, núm. 4, 1 de abril de 2013, recuperado en <http://www.revista.unam.mx/vol.14/num4/art36/art36.pdf>.

¹⁴ Asociación Mexicana de Internet, *11º Estudio sobre los hábitos de los usuarios de internet en México 2015*, recuperado en: https://www.amipci.org.mx/images/AMIPCI_HABITOS_DEL_INTERNAUTA_MEXICANO_2015.pdf, consultado el 23 de septiembre de 2015

que “38.4% de los alumnos ha recibido insultos por esas vías, lo que significa que éste, es más fuerte que el Bullying”.¹⁵

Al utilizar una red social, las personas no conciben la peligrosidad de utilizar una red social, ocasionando que se dé el Ciberbullying, cuando “publican perfiles falsos para humillar, difamar, asignar apodos, hacer pública la información de otros, comprometiendo su reputación”¹⁶ transgrediendo así, el desarrollo de la víctima.

Por tal motivo, la falta de seguridad en las redes sociales, han ocasionado que se realicen conductas de hecho altamente riesgosas para las personas, sin que exista la prevención legal negativa y normas generales de control con los contenidos modernos de eficacia.

Otro medio electrónico al que recurren más frecuentemente los agresores es el correo electrónico o mejor conocido como e-mail, ya que es una forma de comunicarse de manera privada que “permite a los usuarios enviar y recibir mensajes, así como archivos rápidamente mediante sistemas de comunicación electrónicos”,¹⁷ incluyendo el envío de todo tipo de documentos digitales (fotografías, videos, etc.).

La Asociación Mexicana de Internet¹⁸ señala que la tercera actividad que realiza el internauta en México, con un 73%, es el recibir y enviar mensajes, éstos pueden ser de manera personal o colectiva; personal cuando se envía de un remitente a un destinatario y colectivo cuando se envía de un remitente a varios destinatarios.

De ahí que por medio del correo electrónico, se pueda llevar a cabo la conducta del Ciberbullying, “enviando mensajes amenazantes o intimidantes desde cuentas anónimas, reenviando contenido degradante, incluyendo imágenes o enlaces hacia otros contenidos

¹⁵ Carrillo Armenta, Juan, *op. cit.*

¹⁶ *Guía A.S.I. para Prevención del Ciberbullying*, recuperado en: <https://downloads.telmx.com/pdf/guia.pdf>, consultado el 23 septiembre de 2015

¹⁷ Correo Electrónico Nechikali, recuperado en: http://csc.azc.uam.mx/manuales/manual_nechikali.pdf, consulta en septiembre de 2015

¹⁸ Asociación Mexicana de Internet, *11º Estudio sobre los hábitos de los usuarios... cit.*

multimedia que afecten negativamente a otras personas”,¹⁹ lo que ocasiona que el agresor tenga un campo más amplio para realizar la conducta, ya que el correo puede ser colectivo.

El enviar comentarios hirientes, tiene como resultado que reproduzca de manera continua el mensaje, dañando más a la víctima con una mayor crueldad, ya que el contenido estará en el ciberespacio, sólo pudiéndolo retirar la persona que lo elaboró (agresor).

Cuando se realiza el Ciberbullying por medio del correo electrónico, el agresor envía el correo desde una dirección falsa, por esta razón es más difícil localizarlo, pero el servicio de correo electrónico no puede identificar los mensajes de forma que se puedan discriminar si proviene de una dirección de correo electrónico falsa. El chat es una herramienta de las Tecnologías de la Información y Comunicación, donde un grupo de personas conversa en tiempo real sobre diferentes temas, “creando así un espacio de reunión entre usuarios con los mismos intereses y permite contactar a los individuos que están a mucha distancia, por bastante menos que una comunicación telefónica”²⁰

En el Ciberbullying, el chat es utilizado por el agresor cuando se hace pasar por otra persona, creando un ambiente donde todos los participantes lanzan comentarios, fotografías o videos denigrantes sobre la víctima o, en su caso, impide que participe en conversaciones (exclusión).

Los teléfonos celulares son un sistema de comunicación que se da a partir del uso de componentes pequeños, también llamados células, que tienen como función básica:

Realizar y recibir llamadas telefónicas, la mayoría de ellos cuentan con funciones especiales: el envío de mensajes de texto cortos (SMS), mensajes de texto multimedia (MMS), mensajes

¹⁹ *Guía A.S.I. para Prevención del Ciberbullying... cit.*

²⁰ Herramientas para la búsqueda virtual en Internet, recuperado en <http://www.uv.mx/jdiaz/combas/tareas/modulo2/pdf/Contenido%202.5.2%20-R3Z%20y%20M.pdf>, consultado en octubre 2015.

instantáneos (IM), correos electrónicos, navegar en Internet y administrar información personal (PIM) con ayuda de ciertas aplicaciones.²¹

De acuerdo al estudio realizado por la Asociación Mexicana de Internet,²² el 82% de los mexicanos consideran que su *smartphone* es muy importante para realizar las actividades de hablar por teléfono, navegar por internet, búsqueda de información, entre otras, lo que hace que los individuos cada vez estén más inmersos en la Tecnologías de la Información y Comunicación.

El alto índice de personas que están inversos en la Tecnologías de la Información y Comunicación, en especial en la utilización de teléfonos celular inteligente, son herramientas que utiliza el agresor para efectuar la conducta del Ciberbullying, realizando “llamadas obscenas, envío de mensajes cortos (SMS) con insultos, tomar fotos humillantes y compartirlas, grabar en video escenas en que se humilla a una persona y distribuirlos.”²³

En la actualidad, se utilizan con más frecuencia los llamados *smartphone* o teléfonos inteligentes, en virtud que tiene mayor capacidad de almacenamiento e instalar programas adicionales, esto ocasiona que por medio del teléfono celular se puedan llevar varios ataques.

Las Tecnologías de la Información y Comunicación, son sistemas electrónicos conectados a internet, mediante los cuales se recibe,

²¹ *Dispositivos móviles, análisis forense y sus futuros riesgos*, recuperado en <http://www.revista.unam.mx/vol.9/num4/art26/int26.htm>, consultado en octubre de 2015.

²² Asociación Mexicana de Internet, *11º Estudio sobre los hábitos de los usuarios ... cit.*

²³ *Guía A.S.I. para Prevención del Ciberbullying... cit.*

manipula y procesa información para “facilitar la comunicación entre dos o más interlocutores”.²⁴

Una característica del Ciberbullying es que su realización se da por medio de las Tecnologías de la Información y Comunicación, por lo cual podemos inferir que cualquier dispositivo electrónico que reciba, manipule y procese información, será utilizado por el agresor, lo cual le ofrece encontrarse en el anonimato, desinhibiendo su conducta, que normalmente, no veríamos en encuentros cara a cara.

Entre otras Tecnologías de la Información y Comunicación que pueden utilizarse para realizar la conducta del Ciberbullying son los sitios de videos como YouTube, en los cuales el agresor puede “publicar videos que ridiculicen a los demás, o exhibiéndolos en actividades privadas.”²⁵

Las agresiones en el Ciberbullying acompañan a las víctimas por todos lados y medios, tal es el caso de “los juegos que son utilizados para burlarse de jugadores con poca pericia, matar o eliminar personajes de un mismo jugador y las cámaras web para producir y distribuir material exhibicionista, persuadir por medio de la intimidación a otras personas de actuar en forma desinhibida y video-grabarlos.”²⁶

Resulta necesario determinar que el agresor puede utilizar diferentes Tecnologías de la Información y la Comunicación para lograr la finalidad que persigue, menoscabar la integridad de la víctima, ya que las agresiones aparecerán en redes sociales, chats, teléfonos celulares, mensajes de texto, por sólo mencionar algunos.

Las agresiones que se dan en el Ciberbullying, se pueden clasificar en verbales, sociales, rumores, amenazas y raciales, tal es el

²⁴ Bravo Ramírez, Leticia. *et al.*, *Análisis de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TIC'S) en México*, recuperado en: http://www.paginaspersonales.unam.mx/files/150/TIC_en_Mexico.pdf, consultado en octubre de 2015.

²⁵ *Guía A.S.I. para Prevención del Ciberbullying...cit.*

²⁶ *Guía A.S.I. para Prevención del Ciberbullying...cit.*

caso de Alejandra, una estudiante de tercer grado de secundaria, la cual refiere que:

El internet se convirtió en un medio que le provocaba angustia y vergüenza, pues en su perfil de Facebook y correo “ponían insultos a cualquier hora y desde muchas cuentas”. Al principio los comentarios se caracterizaban por burlas sobre su físico, pero poco a poco fueron cambiando hasta convertirse en amenazas de golpes e incluso en algunos correos aseguraban tener fotos de su cuerpo que mandarían a sus compañeros.

Aunque Alejandra sabía que no existían tales fotos, empezó a dudar de amigos y compañeros. En la escuela constantemente pensaba en quién podía estar haciéndole eso, sin poder concentrarse en las clases o convivir normalmente con sus compañeros. Un día recibió un correo en el que mandaban a varios de sus compañeros las fotos anunciadas, ella sabía que la persona que aparecía ahí no era ella, pero no tenía forma de hacérselo saber a los demás. Su mayor preocupación es que esas fotos siempre estarán en poder de alguien más y no podrá borrarlas como haría en el mundo real.²⁷

De lo anterior podemos determinar que Alejandra fue víctima de agresiones verbales y sociales, las primeras se dan cuando recibe comentarios que se caracterizaban por burlas sobre su físico y amenazas de ser golpeada, y las segundas cuando aseguran que tienen fotos de su cuerpo y las harán públicas.

Las agresiones de manera verbal son aquellas que se da a través de llamadas con comentarios ofensivos apodos o insultos, asimismo, también el agresor puede crear en dispositivos electrónicos usuarios

²⁷ *Cyberbullying: la amenaza constante de la generación ‘hiperconectada’*, recuperado en <http://mexico.cnn.com/salud/2011/08/05/cyberbullying-la-amenaza-constante-de-la-generacion-hiperconectada>, consultada en octubre 2015.

falsos, creando una cuenta de correo electrónico, un perfil en alguna red social, entre otras, para enviar correos denigrantes, amenazar u hostigar de manera reiterada a la víctima.

También se puede dar cuando se realizan “foros de votación de la víctima, posteando fotos para etiquetarlas o calificarlas lascivamente, para lesionar su imagen, manipulando contactos que votan para que sea conocido negativamente (“la más fea, el más torpe”, entre otros).”²⁸

El agresor ataca socialmente a la víctima cuando la excluye de las redes sociales, reuniones, fiestas o simplemente de los grupos más cercanos, dejando que no interactúe con las personas de su alrededor coartando su desarrollo integral.

Existen diferentes actividades que puede realizar el agresor cuando las agresiones se manifiestan de manera social como:

- Exhibición cuando los secretos y confidencialidad de la víctima se revelan en la red, de forma mordaz, hiriente, anónima, incluso por sus propios amigos por medio de una cuenta con un perfil anónimo o ficticio, creado expreso.
- Usurpación del correo de la víctima y lee los correos o mensajes, cambiando los contenidos, ridiculizándolo, atemorizando o agrediendo o a sus amigos, para provocar ser agredido.²⁹

Los rumores se pueden dar malversando o creando historias inexistentes o erróneas por medio de correos electrónicos o redes sociales, o en su caso, “colocar o subir imágenes, fotos, videos com-

²⁸ Gómez Herrera, José. *et al.*, *Ciberbullying: una nueva cara de la violencia en las redes sociales*, recuperado en <http://www.transformacion-educativa.com/congreso/ponencias/114-ciberbullying-cara.html>, consultado en octubre 2015.

²⁹ Gómez Herrera, José. *et al.*, *Ciberbullying: una nueva cara de la violencia en las redes...cit.*

prometedores ya sea reales o fotomontajes, agregándole comentarios o etiquetas denigrantes.”³⁰

En esta agresión también se puede dar la suplantación de identidad de la víctima, por parte del agresor para subir fotos y videos alterados, o enviando mensajes a familiares, amigos o colegas del trabajo.

Las agresiones por amenazas se dan cuando el agresor presiona a la víctima para que haga cosas que no desea, pidiéndole que realice ciertas acciones por medio de vías electrónicas, a fin de que el agresor no propague fotos, videos o difunda rumores.

“Atemoriza desde cualquier lugar de forma cruel, repetida e intencional, enviando mensajes, fotografías para extorsionar u hostigar”³¹ o en su caso, graba videos humillantes para enviarlos a familiares, amigos o compañeros de trabajo.

El reportaje emitido por CNN México, en donde seis adolescentes de una universidad privada del Distrito Federal:

Comenzaron a amenazar a una compañera diciéndole que le iban a propinar una “golpiza”.Ella no lo creyó hasta que fue llevada a una sala de la institución y cuatro chicas comenzaron a golpearla mientras otro compañero cuidaba que no llegara ninguna autoridad y otro joven grababa lo que pasaba; al terminar, los jóvenes enviaron el video a la madre de la víctima, la jovencita pasó tres días en el hospital y la universidad no asumió ninguna responsabilidad, los agresores quedaron impunes.³²

³⁰ *Idem.*

³¹ *Idem.*

³² *Del ‘bullying’ al delito hay una fina línea*, recuperado en <http://mexico.cnn.com/salud/2011/06/08/hasta-donde-llega-el-cyberbullying>, consultado en octubre 2015.

De acuerdo a lo anterior, podemos referir que aunque la agresión fue de manera física, el grabar el video y enviárselo a la madre de la víctima constituye el Ciberbullying.

Las escuelas son el lugar donde más se genera la conducta del Ciberbullying de acuerdo a la estadística proporcionada por la Secretaría de Educación Pública, la cual establece que “dos de cada diez alumnos han usado el teléfono celular para grabar a sus compañeros en situaciones comprometedoras y la mitad de ellos admite haber utilizado dichas imágenes en su contra.”³³

Este tipo de agresión se da a través de las redes sociales, chats, correo electrónico, blogs, foros, haciendo expresiones negativas por cuestiones de raza, descalificando o promoviendo votaciones para que emitan “juicios negativos o demeritando logros, características físicas, personales o cualidades”³⁴

Asimismo, se puede realizar mediante exaltación negativa, cuando la víctima se enoja de manera excesiva y permanente, al ser expuesta “información comprometedoras o tergiversada, al invadir su perfil o correo.”³⁵

El Doctor José Claudio Carrillo Navarro, en el estudio que realizó en la Universidad de Guadalajara, donde participaron mil 243 hombres y mil 250 mujeres expresó:

Que 38.4% fue insultado por la red; 15.4% recibió amenazas; 29% fue ridiculizado; a 21.6% le han escrito palabras ofensivas en su muro; a 18.3% le han robado su contraseña; 22.5% ha re-

³³ Hernández, Mirtha, *Miden participación de estudiantes en Ciberbullying en DF*, recuperado en <http://noticias.terra.com.mx/mexico/df/miden-participacion-de-estudiantes-en-ciberbullying-en-df,da0e745104206310VgnVCM4000009bf-154d0RCRD.html>.

³⁴ Gómez Herrera, *op. cit.*

³⁵ *Idem.*

cibido frases que le han hecho sentirse acosado sexualmente y; del 4% se han difundido imágenes íntimas para dañarlo.³⁶

El Ciberbullying causa que las agresiones que sufre la víctima, afecte su desarrollo, generando que esté deprimido, evite a sus amigos, angustia, pierda interés en actividades sociales y deportivas, se comunique menos con sus padres, así como terminar enojado después de usar su computadora o su celular.

El creciente acceso a la Tecnologías de la Información y Comunicación genera el Ciberbullying, por lo que establecieron que esta conducta tiene causas multifactoriales, aseverando que no se pueden aplicar sólo políticas públicas para atender dicho problema, siendo necesaria una prevención legal negativa.

Silvia Tort, productora general de Ritmoson, en el Concierto contra el Ciberbullying expresó que:

El bullying ahora tiene nombre, pero existe desde siempre. Cuando es en las redes sociales es delicado porque los adolescentes pasan por una etapa de construcción de su autoestima por lo que son frágiles, más cuando son expuestos a comentarios o fotografías que ven todos.³⁷

De acuerdo a lo establecido con anterioridad, el Estado de Guadalajara ha creado gradualmente políticas públicas, sociales y culturales para prevenir el Ciberbullying.

Tal es el caso del concierto realizado por Ritmoson, quien invitó a varias universidades, para que por parte de “artistas como Leonel García, Natalia Lafourcade, Aleks Syntek, Mane de la Parra, Samo o

³⁶ Carrillo Armenta, Juan, *op. cit.*

³⁷ Concierto contra el Ciberbullying es organizado por Ritmoson, recuperado en: <http://planoinformativo.com/nota/id/391650/noticia/concierto-contra-el-ciberbullying-es-organizado-por-ritmoson.html>

Morgana, entren de sorpresa a algunas aulas para concienciar a los estudiantes.”³⁸

El Cyberbullying es una conducta que ha permeado en la primaria, secundaria, preparatoria y ahora también de forma muy recurrente en educación superior, siendo más agresiva en la Universidad por la edad de las personas que realizan la conducta.

Hemos encontrado también que el agresor puede haber sido alguien que ya sufrió violencia escolar, este fenómeno de violencia que se genera dentro de las escuelas, es una realidad a nivel superior.

La Procuraduría General de la República reportó que en mayo de 2011 “uno de cada 6 jóvenes sufre de este tipo de acoso en México, corriendo el peligro de suicidarse.”³⁹

El gobierno del Distrito Federal creó la Ley para la Promoción de la Convivencia Libre de Violencia en el Entorno Escolar del Distrito Federal, donde expone en su artículo 33 inciso V el maltrato surgido por las Tecnologías de la Información y Comunicación.

En este sentido, podemos concluir que los elementos necesarios para la prevención legal negativa del Cyberbullying podrían ser:

- Que la acción cometida sea de efecto reiterado.
- Que la finalidad sea ocasionar temor, intimidación, zozobra u otro daño que afecte la salud, el bienestar emocional, propia estima o reputación de la persona.
- Que la comisión de la misma sea a través de cualquier medio electrónico mediante el uso de tecnología, incluyendo sin carácter limitativo a lo anterior, computadoras, otros dispositivos electrónicos, redes sociales, mensajes de texto, mensajes instantáneos, sitios web y correo electrónico con efecto continuado, por la naturaleza de los mismos.

³⁸ *Idem.*

³⁹ *El sufrimiento de las víctimas*, recuperado en: <http://mexico.cnn.com/salud/2011/06/08/el-sufrimiento-de-las-victimas>, consultado en octubre 2015.

Asimismo el Cyberbullying es una conducta que está aumentando, tan es así que varias Asociaciones Civiles están realizando diferentes acciones para disminuir dicha conducta, un ejemplo claro es la página de Guía-Manuales-Cyberbullying creada por Telmex, el concierto de Ritmoson Latino para la prevención de dicha conducta y las políticas públicas, culturales, sociales por parte del Estado de Guanajuato y la Ley para la Promoción de la Convivencia Libre de Violencia en el Entorno Escolar de Distrito Federal, por parte del gobierno del D.F.

III. EL CIBERBULLYING SU TRATAMIENTO DOGMÁTICO

Para comprender la concepción del tipo penal del Cyberbullying, es necesario ahondar desde dos perspectivas; la primera es la lógica jurídica, la cual estudia la “aplicación de todos los recursos disponibles y utilizables de la lógica, en sentido amplio, al campo del Derecho”,⁴⁰ de los que se destaca la tópica: lógica de la argumentación, ya que desentraña el significado para comprenderlo y explicarlo, suponiendo “una tarea de intermediación, de mediación intelectual entre el algo del cual se precisa su sentido y el destinatario a quien se le expresa, se le aclara”⁴¹ y la segunda, la tipología de la interpretación, con la cual vislumbraremos la estructura sintáctica de la norma, para comprenderla.

A la teoría tópica o lógica de la argumentación, lo que le interesa es la estructura para que a partir de los razonamientos que realizan los legisladores, jueces y cualquier operador del Derecho, sea el punto de partida para elaboración de los criterios que nos proporcionarán las deficiencias que tiene la norma para regular el Cyberbullying.

⁴⁰ Witker Velázquez, Jorge, Larios Velasco Rogelio, *Metodología Jurídica*, McGraw-Hill, México, 2002, p. 41.

⁴¹ Del Palacio Díaz, Alejandro, *Introducción al Estudio del Derecho*, PAC, S.A. DE C.V., México, 1995, pp. 174-175.

Cuando la norma puede entenderse o interpretarse de diversas maneras, es necesario utilizar el razonamiento jurídico, para que contribuya a darle sentido a las expresiones contenidas en la ley y su aplicabilidad al caso o hecho, evitando los conceptos vagos y abiertos.

Por consiguiente, el Derecho es un sistema abierto, en razón que los conceptos se van transformando a medida que se comparan con la praxis, de manera que la norma se ajusta a las circunstancias de la sociedad.

La tónica para Viehweg se caracteriza por tres elementos:

El primero desde el punto de vista del objeto, como una técnica del pensamiento problemático; la segunda desde el instrumento con que se opera, lo que resulta central es la noción de topos o lugar en común y finalmente desde el tipo de actividad, la tónica es una búsqueda y examen de premisas.⁴²

Lo que advierte Viehweg en la teoría tónica, es la solución de los problemas desde un modo de pensar apirético, partiendo desde el conflicto y no desde el sistema.

Es necesario determinar que “la argumentación es en realidad, una acción o un proceso, con la que se pretende obtener un resultado”,⁴³ en razón de las manifestaciones que los legisladores y jueces realizan del Derecho.

Lo cual demuestra que el Cyberbullying tiene que ser observado desde la tónica jurídica, ya que por medio de la búsqueda de una síntesis en la que se tenga en cuenta el valor de la verdad, se llegará, de conformidad con el Derecho, a una solución.

⁴² *Las razones del Derecho, Teorías de la argumentación jurídica*, recuperado en biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?I=710, consultado en septiembre 2015.

⁴³ *Ibidem*, p. 63.

La tónica proporciona un almacén de previsiones, de tópicos, de lugares comunes, puntos de vista, principios, hilos de conductores del pensamiento, susceptibles de ser adoptados para resolver problemas, y precisamente porque el pensamiento problemático supone la existencia de sistemas conceptuales.

En la lógica jurídica, la interpretación normativa es de vital importancia para la “orientación doctrinal, la sistematización, la corrección y la aplicación del Derecho, ya que de ella depende, en última instancia, el derecho real, el contenido aplicado de la norma”,⁴⁴ utilizando la argumentación jurídica para el Derecho.

La interpretación se auxilia de la argumentación jurídica para crear un conjunto de argumentos, para convencer o demostrar tres aspectos de la norma:

El primero, establece los argumentos en la producción o establecimiento de normas jurídicas, que se presentan como consecuencia de la aparición de un problema social cuya solución, total o parcial, se piensa que puede ser la adopción de una medida legislativa; en la segunda, los argumentos se efectúan en la aplicación de las normas jurídicas a resoluciones de casos concretos y por último tiene lugar en la dogmática jurídica.⁴⁵

Conforme al tercer aspecto de la norma, nos enfocaremos a la dogmática jurídico penal, la cual averigua “el contenido de las normas penales, sus presupuestos, sus consecuencias, de delimitar los hechos punibles de los impunes, de conocer, en definitiva, qué es lo que la voluntad general expresada en la ley quiere castigar y cómo quiere hacerlo”.⁴⁶

⁴⁴ Del Palacio Díaz, Alejandro, *op. cit.*, p.173.

⁴⁵ *Idem.*

⁴⁶ *Ibidem*, p. 190.

El Ciberbullying se analizará, desde una perspectiva dogmática penal, “pues únicamente considera el Derecho Penal positivo para ordenar y sistematizar las categorías que permitirán determinar si existe un delito y, en consecuencia, se ha de aplicar una pena o medida de seguridad”,⁴⁷ entonces es necesario partir de dos teorías, como lo son la Finalista y Funcionalista.

Para poder entender de una forma más clara el Ciberbullying, lo analizaremos desde el punto de vista del sistema Finalista; en primer lugar nos evocaremos a la conducta, en este sentido la teoría Finalista señala que la acción debe ir encaminada a un fin, es decir, que el hombre puede realizar ciertas actividades dirigidas a un sólo fin, las cuales están dirigidas a objetivos, es por eso que Hans Wezel refiere a la finalidad como *Vidente*, porque siempre se sabe a dónde se quiere llegar.

Octavio Alberto Orellana Wiarco señala que la acción Finalista pasa por dos etapas:

La fase interna y la fase externa; en la primera se hace referencia al objetivo que se pretende alcanzar, los medios que se emplean para su realización y las posibles consecuencias concomitantes o secundarias; y en la fase externa puntualiza como elementos la puesta en marcha o la ejecución de los medios para llegar al objetivo principal, el resultado y el o los resultadosconcomitantes.⁴⁸

De acuerdo a lo anterior, la conducta en el Ciberbullying sería difamar, acosar y atacar, en este sentido el agresor se fija ese fin y

⁴⁷ López Medrano Delio Dante, *Derecho Penal. Parte general*, México, Flores, 2014, p.85.

⁴⁸ Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Teoría del Delito*, Porrúa, México, 2005, pp. 88-89.

planea cómo llegar a ese resultado, valiéndose de los actos preparatorios.

La fase Interna, como mencionamos anteriormente, se basa en tres elementos: el objetivo, el cual ya explicamos; los medios que se emplean para su realización, que en el Cyberbullying podría ser el posible uso o la adquisición de dispositivos electrónicos, independientemente de su procedencia, así como el uso de internet, y el material personal de la víctima, como fotos, videos, audios, etcétera.

Las posibles consecuencias concomitantes o secundarias, por ejemplo, en este caso sería la posible falla del dispositivo electrónico del cual se pretende realizar la acción, en este caso el agresor tendría que replantear la realización del fin y usar otro medio para llegar a éste, es importante señalar que todos los elementos son de la fase interna, el agresor pasaría a la fase externa hasta que esté seguro de que se pueda realizar su fin, de los medios y de los posibles contratiempos que surjan de éstos.

La fase externa, la cual se basa de dos elementos; en este sentido es cuando se exterioriza la conducta, una vez analizados “el fin que se pretende alcanzar, los medios que se emplean para su realización y las posibles consecuencias concomitantes o secundarias”.⁴⁹

El agresor pone en marcha o ejecuta los medios para alcanzar su fin, en nuestro caso sería el uso de los dispositivos electrónicos, así como la información de la víctima; el resultado previsto que sería difamar, acosar y atacar.

El o los resultados concomitantes en nuestro caso, por la forma en la que se realiza el Cyberbullying, es muy difícil tener un resultado concomitante, ya que se realiza de forma muy sistematizada, e incluso si tuviera que usar un dispositivo electrónico robado o *hackear* una red o dispositivo, sería un medio y no un resultado, para lo cual el Derecho Penal puede estar igual de interesado tanto por el fin como de los medios utilizados.

⁴⁹ *Idem.*

La tipicidad es “el encuadramiento o subsunción de la conducta principal en un tipo de delito y subordinación o vinculación al mismo de las conductas accesorias”,⁵⁰ en este sentido, aunque no se encuentre un tipo penal de Ciberbullying en nuestra legislación nacional, el Código Penal del Estado de Nuevo León, tiene el tipo penal de la difamación, sin embargo, como ya lo hemos señalado anteriormente, sólo tiene algunas características del Ciberbullying, lo que nos lleva al presente estudio en el que se analizan los elementos que puedan dar lugar a una prevención legal negativa.

Previamente señalamos que no hay un tipo penal de Ciberbullying, no obstante analizaremos cuales serían sus elementos.

Enrique Díaz-Aranda, señala que la tipicidad según la teoría Finalista se divide en dos, en el tipo objetivo y en el tipo subjetivo.

El tipo objetivo, se refiere a los elementos objetivo y normativo, en el Ciberbullying el elemento objetivo sería la conducta materializada, es decir, cuando el agresor sube un video o fotografía difamando, acosando o atacando a la víctima, aunado a que el elemento normativo atiende a la lesión del bien jurídico tutelado, que en este caso sería la integridad psicológica, emocional y física.

El tipo subjetivo, el cual refiere al dolo y la culpa, considerando que el Ciberbullying la mayoría de las veces sería doloso, ya que el agresor siempre tiene la intención de difamar, acosar o atacar a la víctima; en otro sentido, la culpa se daría aun cuando la acción no se dirige a la finalidad del agresor, un ejemplo sería cuando en los blogs hacen votaciones para denigrar a una persona, cuando cierta persona realice comentarios o se emita un voto dentro del blog, se es parte de él; elementos específicos requeridos por el tipo, como lo son los ánimos, fines o intenciones, que en este caso sería el de difamar, acosar o atacar.

⁵⁰ López Betancourt Eduardo, *Teoría del Delito*, Porrúa, México, 2002, p. 117.

La antijuridicidad, es “la ausencia de causas de la justificación”,⁵¹ es importante señalar que se entiende como la contradicción entre la conducta materializada y lo que dice la norma. En este orden de ideas, podemos decir que las acciones realizadas que llevan al Ciberbullying, van en contra del ordenamiento jurídico, ya que lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos tutelados, en este caso la integridad física, psicológica y emocional, la salud y la vida.

Las causas de justificación, en ciertos casos, la ley señala disposiciones permisivas, sin embargo en el Ciberbullying sería un poco difícil encontrar causas de justificación, pues sería muy absurdo decir que fue en legítima defensa o en estado de necesidad.

La culpabilidad, “es la reprochabilidad de la conducta”,⁵² pero como señala la teoría Finalista se deja de lado al dolo y la culpa como elemento de la tipicidad.

La culpabilidad de autor según esta teoría, señala que se debe juzgar al autor y no al hecho, en este sentido sería un poco complicado juzgar al autor, sin tomar en cuenta la finalidad con la que se realizan el Ciberbullying, es el acosar, difamar o agredir a la persona, afectando así los bienes jurídicos tutelados.

La culpabilidad por el hecho o el acto, ésta se opone a la culpabilidad de autor, que se evoca a la conducta delictiva, en este sentido, en el Ciberbullying se castigaría el acto o la conducta, sin dejar de lado la peligrosidad de quien comete la agresión.

El fundamento de reprochabilidad, este rubro refiere a la medida de responsabilidad, por lo que se permite considerarle culpable de la conducta al agresor que atenta en contra de una persona, ya sea acosándolo, agredándolo o difamándolo por medios electrónicos.

Partiendo de la teoría Funcionalista, la idea de Claus Roxin, refiriendo que “la dogmática debe partir de la realidad social y ofre-

⁵¹ Díaz-Aranda Enrique, *Derecho Penal (parte general)*, Porrúa, México, 2008, p. 132.

⁵² Díaz-Aranda Enrique, *op. cit.*, p. 213.

cer soluciones conforme a los conocimientos ofrecidos por la política criminal”,⁵³ y siendo que el Ciberbullying es una conducta cada vez más reiterada, que atiende a la teoría Funcionalista, por lo que lo estudiaremos desde los elementos de dicha teoría.

La conducta, en la teoría Funcionalista señala que se deriva como manifestación de la personalidad, abarcando así las acciones dolosas e imprudentes, así como las omisiones, lo cual es brillante ya que abarca todas las formas de la manifestación de la conducta delictiva.

En este caso, el Ciberbullying se le puede atribuir a una persona, desde el punto de vista de la voluntad del hacer o dejar de hacer, aunque la parte del hacer es más sencilla, pues la persona que realiza cierta acción en contra de alguien, con el fin de difamar, acosar y atacar, es más fácil atribuirle la conducta, a diferencia en las acciones de dejar de hacer, lo cual en el Ciberbullying sería un poco más complicado que se le pueda atribuir a alguien dicha conducta, que en la teoría Funcionalista es que no se “realice la conducta ordenada para salvaguarda de un bien jurídico tutelado”.⁵⁴

La Tipicidad, en el sentido de esta teoría, más que nada trata de regular la conducta, “disuadiendo o causando temor para que no se realice la conducta y evitar sea lesionado el bien jurídico tutelado”,⁵⁵ a lo que se le conoce como prevención general negativa, en esta cuestión, el Ciberbullying podría encajar perfectamente, pues lo que se busca es prevenir que se realicen este tipo de acciones que lesiona bienes jurídicos tutelados.

La antijuridicidad, según Roxin, señala que es “una acción es formalmente antijurídica en la medida en que contraviene una prohibición o mandato legal; y es materialmente antijurídica en la medida en que en ella se plasma una lesión de bienes jurídicos socialmente

⁵³ Díaz-Aranda Enrique, *op. cit.*, p. 140.

⁵⁴ *Ibidem*, p.141.

⁵⁵ *Ibidem*, p.141.

nociva y que no se puede combatir suficientemente con medios extrapenales.”⁵⁶

La teoría Funcionalista señala que la conducta será antijurídica, siempre y cuando no tenga una causa de justificación, de igual forma como ya lo señalamos anteriormente, sería un poco absurdo decir que el Ciberbullying se realiza en legítima defensa o estado de necesidad, sin embargo, podría ser que en una investigación un detective tenga que realizar un hecho en el cual se realice este tipo de conductas, en este caso sería en el ejercicio de su cargo.

Culpabilidad o necesidad de la pena, Roxin refiere que la pena debe justificarse por la culpabilidad del delincuente, evidentemente se debe considerar la medida de la pena, pues a las víctimas del Ciberbullying, las ha llevado a graves estados de salud e incluso la muerte.

Si se toma en cuenta lo que dice Roxin, que el delincuente hubiera podido actuar de un modo distinto a como lo ha hecho, sin embargo tendríamos que hacer un paréntesis, pues en la teoría Funcionalista lo que se busca es la resocialización del individuo y no una pena conforme al daño producido, lo mejor sería disuadir o tratar de evitar que se realice la conducta.

IV. CONCLUSIONES

El Ciberbullying en la actualidad es un fenómeno que ocasiona que el individuo no pueda desarrollarse libremente, generando estrés, ansiedad, ira, impotencia, fatiga, pérdida de confianza, pérdida de la autoestima, humillación, temor a salir a la calle, insomnio, estados depresivos, bajo rendimiento.

Es determinante la protección del individuo por medio de mecanismos que regulen de manera eficaz dicha conducta, ayudando a que éste pueda gozar de los Derechos Humanos que se establecen

⁵⁶ *Ibidem*, p. 142.

en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como son la igualdad, equidad, libre desarrollo, la vida privada, acceso a la justicia, libertad de pensamiento.

En consecuencia, el Ciberbullying es una conducta de hecho altamente riesgosa para las personas, por lo que es necesario que desde las Tecnologías de la Información y Comunicación, se abone a los contenidos legales y se den elementos para las políticas cooperativas de control y prevención del delito.

Cabe mencionar, que el Estado de Nuevo León es la única entidad que regula típicamente el Ciberbullying, sin embargo, esta regulación no cubre los estándares requeridos por las normas internacionales, consecuentemente su protección es ineficaz, por lo tanto es necesario que desde la prevención legal negativa, existan normas generales de control con los contenidos modernos de eficacia.

Por último, la teoría Funcionalista es la más correcta dogmáticamente para explicar el Ciberbullying, y no porque sea la teoría más moderna, sino porque va de acuerdo a las características de cómo se manifiesta la conducta; siendo que refiere a acciones dolosas más que imprudentes y omisas, aunque estas últimas dos también se dan, a diferencia de la teoría Finalista, en donde el hecho delictivo tiene un fin, en este caso no, por que atiende mas a la manifestación de la personalidad.

Esto por una parte, en cuanto a la tipicidad y la teoría Funcionalista, la cual busca prevenir la conducta a través de la amenaza, infringiendo temor para que no se realice esta conducta, protegiendo los diversos bienes jurídicos tutelados, a través de las sanciones impuestas por las leyes penales.

Si bien es cierto no se puede hablar propiamente de la antijuridicidad en esta conducta, porque actualmente en nuestro país sólo se regula en el Estado de Nuevo León, y aunque no cubre con los estándares establecidos, sí vulnera diversos bienes jurídicos tutelados, como la dignidad, el libre desarrollo, la vida, la integridad, etcétera.

En cuanto a la culpabilidad, al igual que la antijuridicidad, no puede abordarse de tal manera, porque hay muy poca regulación de esta conducta, sin embargo debe considerarse la medida de la pena, pues evidentemente las víctimas del Ciberbullying, han sido gravemente vulneradas.

V. FUENTES DE CONSULTA

BIBLIOGRAFÍA

DÍAZ-ARANDA Enrique, *Derecho Penal (Parte General)*, Porrúa, México, 2008.

GARCÍA González, Javier, *Ciberacoso: La tutela penal de la intimidad la integridad y la libertad sexual en internet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

LÓPEZ Betancourt Eduardo, *Teoría del Delito*, Porrúa, México, 2002.

LÓPEZ Medrano Delio Dante, *Derecho Penal. Parte General*, México, Flores, 2014.

MCLUHAN Marshall y Powers B.R., *La aldea global*, Gedisa, Barcelona, 1993. OLWEUS Dan, *Conductas de acoso y amenaza entre escolares*, Morata, Madrid, 1998.

ORELLANA Wiarco Octavio Alberto, *Teoría del Delito*, Porrúa, México, 2005.

DEL PALACIO Díaz, Alejandro, *Introducción al Estudio del Derecho*, PAC, S.A. DE C.V., México, 1995.

WITKER Velázquez Jorge, Larios Velasco Rogelio, *Metodología Jurídica*, McGraw- Hill, México, 2002.

CIBERGRAFÍA

ASOCIACIÓN Mexicana de Internet, *11º Estudio sobre los hábitos de los usuarios de internet en México 2015*, recuperado en: <https://>

- www.amipci.org.mx/images/AMIPCI_HABITOS_DEL_INTERNAUTA_MEXICANO_2015.pdf, consultado en septiembre de 2015.
- BRAVO Ramírez, Leticia. et al., *Análisis de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TIC'S) en México*, recuperado en: http://www.paginaspersonales.unam.mx/files/150/TIC_en_Mexico.pdf, consultado en octubre de 2015.
- CARRILLO Armenta, Juan, *Frecuente y más agresivo el Cyberbullying (2014)*, recuperado en: <http://www.udg.mx/es/noticia/frecuente-y-mas-agresivo-el-Ciberbullying>, consulta en agosto de 2015.
- CONCIERTO contra el Cyberbullying es organizado por Ritmoson, recuperado en: <http://planoinformativo.com/nota/id/391650/noticia/concierto-contra-el-Ciberbullying-es-organizado-por-ritmoson.html>.
- CORREO Electrónico Nechikali, recuperado en: http://csc.azc.uam.mx/manuales/manual_nechikali.pdf, consulta en septiembre de 2015.
- 'CIBERBULLYING': la amenaza constante de la generación 'hiperconectada', recuperado en: <http://mexico.cnn.com/salud/2011/08/05/Ciberbullying-la-amenaza-constante-de-la-generacion-hiperconectada>, consultada en octubre 2015.
- DEL 'BULLYING' al delito hay una fina línea, recuperado en: <http://mexico.cnn.com/salud/2011/06/08/hasta-donde-llega-el-cyberbullying>, consultado en octubre 2015.
- DISPOSITIVOS móviles, análisis forense y sus futuros riesgos, recuperado en: <http://www.revista.unam.mx/vol.9/num4/art26/int26.htm>, consultado en octubre de 2015.
- EL SUFRIMIENTO de las víctimas, recuperado en: <http://mexico.cnn.com/salud/2011/06/08/el-sufrimiento-de-las-victimas>, consultado en octubre 2015.

GÓMEZ Herrera, José. et al., *Cyberbullying: una nueva cara de la violencia en las redes sociales*, recuperado en <http://www.transformacion-educativa.com/congreso/ponencias/114-Cyberbullying-cara.html>, consultado en octubre 2015.

GUÍA A.S.I. para Prevención del Cyber-Bullyng, recuperado en: <https://downloads.telmex.com/pdf/guia.pdf>, consultado el 23 septiembrede2015HERNÁNDEZ, Mirtha, *Miden participación de estudiantes en Cyberbullying en DF*, recuperado en: <http://noticias.terra.com.mx/mexico/df/miden-participacion-de-estudiantes-en-Cyberbullying-en-df,da0e745104206310VgnVCM-4000009bf154d0RCRD.html>.

HERRAMIENTAS para la búsqueda virtual en Internet, recuperado en: <http://www.uv.mx/jdiaz/combas/tareas/modulo2/pdf/Contenido%202.5.2%20-R3Z%20y%20M.pdf>, consultado en octubre 2015.

IBARRA Sánchez, Ernesto, *Protección de niños en la red: Sexting, Cyberbullying y Pornografía Infantil.*, (2014). Recuperado en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3646/5.pdf>.

LAS RAZONES del Derecho, *Teorías de la argumentación jurídica*, recuperado en: biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?I=710, consultado en septiembre 2015.

VALENZUELA Argüelles, Rebeca, “Las Redes Sociales y su Aplicación en la Educación”. *Revista Digital Universitaria*, núm. 4, 1 de abril de 2013, recuperado en <http://www.revista.unam.mx/vol.14/num4/art36/art36.pdf>.

DELITOS INFORMÁTICOS. PEDOFILIA Y PORNOGRAFÍA INFANTIL

STEPHANIE CERVANTES RAZO¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Delitos informáticos de pornografía infantil, el contexto criminógeno del delito de pedofilia y su tratamiento procesal. III. Análisis dogmático del delito de pedofilia y análisis del delito de pornografía infantil en el Internet. IV. Convergencias tipológicas de los delitos de pornografía infantil y pedofilia. V. Análisis de datos oficiales de pedofilia y pornografía infantil en el Internet. VI. La política criminal y la prevención del delito. VII. Conclusiones. VIII. Fuentes de Consulta.

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho Penal tiene como función, el proteger los bienes jurídicos más tutelados de relevancia social, así como salvaguardar los derechos fundamentales de los individuos.

Estamos en una sociedad cambiante y evolutiva por lo que las normas penales deben estar a la par con estos cambios, modificándose para estar vinculadas con las necesidades de los individuos.

La evolución que se ha alcanzado gracias a la informática y con la implementación del Internet, permite que se puedan facilitar tareas en diferentes áreas para el desarrollo social, pero también permite que individuos realicen actividades ilícitas clasificados dentro de los delitos cibernéticos, con ello se tiene la posibilidad de conservar la identidad en anonimato y la transmisión de información a distancia por cualquier medio que tenga acceso a una red es más rápida.

¹ Maestra en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Estudios Superiores Acatlán; Profesora de la División de Ciencias Jurídicas.

II. DELITOS INFORMÁTICOS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL, EL CONTEXTO CRIMINÓGENO DEL DELITO DE PEDOFILIA Y SU TRATAMIENTO PROCESAL

Para que se puedan tipificar los delitos informáticos es necesario que se den acciones que van en contra de la integridad de las personas, utilizando como herramienta para su realización cualquier dispositivo electrónico.

En consecuencia, se resalta que un medio material para la comisión de este tipo de delitos es la computadora, pero existen otros medios electrónicos² por los que se pueden llevar a cabo este tipo de delitos; faltaría contemplar todos aquellos medios físicos como el teléfono celular, memoria de almacenamiento *usb*, tableta electrónica, por los que se pueden llevar a cabo la comisión de los delitos.

Para Julio Téllez, los delitos informáticos son “actitudes ilícitas por medio de las computadoras como instrumento o fin (concepto atípico) o las conductas típicas, antijurídicas y culpables que tienen a las computadoras como instrumento o fin (concepto típico)”.³

Dentro de los delitos informáticos se encuentran la pedofilia y la pornografía infantil, es necesario el estudio de estos ilícitos y ver cómo operan cada uno de ellos.

Para Gutiérrez Pedro A., la pedofilia es un:

Fenómeno complejo, con muchas caras que deben ser consultadas, que puede poseer en su despliegue un impacto relevante sobre la personalidad del menor, que en determinada etapa de su desarrollo, se encuentra en un proceso de búsqueda de mo-

² Nuevas tecnologías como los dispositivos móviles de comunicación, la telefonía celular e Internet.

³ Téllez Valdés, Julio, *Derecho Informático*, 4ª Ed., México, Mc Graw Hill, 2009, p. 187.

delos de comportamiento y lo que menos necesita es aporte y experiencia de padecer tamaña afrenta.⁴

El menor de edad cuando se encuentra en el desarrollo, es susceptible a sufrir influencia que puede generar cambios que afecten su libre y pleno crecimiento, por lo que la pedofilia puede ser causa de una afectación personal, propiciando que no tenga un desenvolvimiento psicosexual apropiado.

De igual manera, la pornografía infantil involucra a menores de edad o incapaces, para la realización de materiales con contenido obsceno en un contexto sexual. Se considera en este delito el ánimo lascivo o tendencia a involucrar al menor en un contenido erótico.

Lo anterior resulta necesario, para advertir al lector que se observarán primeramente los aspectos sociales y criminógenos de la pedofilia, aunque no se encuentre regulada por nuestra Legislación Federal, pero se considera de suma importancia en países como España, por ser considerado el actor intelectual de la pornografía infantil.

III. ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL DELITO DE PEDOFILIA Y ANÁLISIS DEL DELITO DE PORNOGRAFÍA INFANTIL EN EL INTERNET

La conducta del pedófilo es considerada antisocial, ya que es un individuo de alto riesgo al vulnerar el desarrollo psicosexual del menor.

El pedófilo busca, a través de Internet, un acercamiento con el menor, motivado por imágenes que encuentra y lo logra a través de la interacción de forma anónima o falsa.

El contexto criminógeno del delito de pedofilia es de suma importancia para que se contemple el tipo penal, por lo que se necesita

⁴ Gutiérrez, Pedro A., *Delitos sexuales sobre menores*, Buenos Aires, Ediciones la Rocca, 2007, p. 25.

la realización de un índice de criminalidad e incidencia del delito y se refleje en el ordenamiento jurídico federal.

David Lorenzo define a la pedofilia como la “realización de actividades sexuales con niños pre púberes (generalmente de trece o menos años de edad) debiendo alcanzar el sujeto activo dieciséis años o más y ostentar cinco por encima del menor”⁵. Los pedófilos se sienten atraídos de forma sexual por menores de edad y por lo general se definen por un sexo en particular. La conducta desarrollada por estos individuos responde a lo siguiente:

- a) Se realizan acciones donde “no se llega a tener contacto sexual con el menor, verbigracia desnudarlos, observarlos, exponerse frente a ellos, masturbarse en su presencia o acariciarlos y tocarlos.
- b) Se realizan acciones de índole pornográfico tales como la realización de felaciones o cunnilingus; penetración vaginal, anal o bucal; utilización de objetos, etc.”⁶

La pedofilia tiene que ver con un trastorno sexual, que afecta el desarrollo psicosexual de la persona, se pueden encontrar varias formas de exteriorizar la conducta, por lo que se versará en dos grupos de pedófilos.

El primer grupo, ejerce el acto de abuso hacia el menor de forma física a través de seducción, garantizando la satisfacción sexual, ya sea:

Por un estado mental regresivo, muchas veces por una condición depresiva latente o por altos niveles de angustia, que lo llevan a realizar esa modalidad hiper sexualizada de vincularse

⁵ Morillas Fernández, David Lorenzo, *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil. Especial consideración de las modalidades comisivas relacionadas con Internet*, Madrid, Dykinson S.L., 2005, p. 194.

⁶ *Idem.*

con otro y a encontrar en ella un significado de verdad inexistente: ve en ese acto una relación llena de vitalidad, sin percibir el sentimiento de muerte que lo asecha.⁷

Dentro de esta clasificación, se encuentran aquellos sujetos que desarrollan mayormente su actividad, son *egosintónicos*⁸ y tiene plena convicción de estar actuando de forma apropiada, “la confusión perversa entre la verdad y la mentira, entre el bien y el mal”.⁹

A este último tipo de pedófilos no les importa la visión que tiene la sociedad hacia ellos, pues sólo velan por satisfacer sus deseos sexuales.

El segundo grupo, menciona Capponi, además de estar de acuerdo con su forma de pensar y actuar, llegan a agruparse y crear redes: terminan conformando verdaderas mafias criminales organizadas en torno al abuso de los niños. En este tipo de pedófilos se desarrolla de manera imperante el placer desviado. Existen tres subgrupos para el autor que conforman este tipo de pedófilos:

- a. El pedófilo romántico, tiende a reiterar su conducta demostrando amor y cariño hacia los menores, basado en acercamientos eróticos, aunque no se llegue al acto sexual;
- b. El pedófilo cínico, abusa del menor sin tener muestras de cariño, carece de cualquier tipo de compromiso y afecto; y por último
- c. El pedófilo sádico que tiene como características la satisfacción sexual buscando la dominación sobre el menor a través de la humillación y el miedo, haciendo sufrir el menor,

⁷ Capponi, Ricardo, *La pedofilia*, Revista Mensaje, No.509, Vol. II, junio 2002, p. 42.

⁸ Definición: Describe los elementos de la conducta, pensamientos, impulsos, mecanismos y actitudes de una persona que están de acuerdo con el yo y con la totalidad de la personalidad.

⁹ *Idem.*

provocando que en ocasiones la interacción llegue a ser con agresión física hasta llegar a la violación.

Con lo anterior se detecta que existen varios tipos de pedófilos; éstos pueden ser ocasionales o pueden llegar a un estado de agresión violenta y sádica, hasta formar la educación mejor que los propios padres del menor.

Lo importante radica en el actuar del pedófilo, hace que sea un “sujeto de alto riesgo, un criminal que tiende a ser agresivo por el estado mental en que se encuentra y las consecuencias que tiene en el niño”.¹⁰

En estos grupos de pedófilos existen individuos que desarrollan la atracción sexual hacia el menor y se logra mantener con el paso del tiempo, puede comenzar con “fantasías o juegos tempranos que poco a poco, se va haciendo en ellos firme el propósito y pensamiento de recrear en la realidad esas aspiraciones”,¹¹ utilizando particularmente instrumentos de persuasión y seducción.¹²

De acuerdo a lo anterior, se tiene una muestra recabada por Looman donde “61 individuos fueron condenados por diversas actividades con menores, de los cuales 23 fueron condenados por abusos sexuales cometidos a niños de doce años (pedofilia); 19 realizaron violaciones a niñas menores dieciséis años; y 19 delitos no sexuales (conformadores del grupo de control)”.¹³

En un estudio realizado por Looman, se percibe que lo que se busca como una primera satisfacción es la actividad sexual con el menor, y como una segunda satisfacción tenemos los que no llegan

¹⁰ Capponi, Ricardo, *op. cit.*, p. 44.

¹¹ Gutiérrez, Pedro A., *op. cit.*, p. 104.

¹² Que genera la acción en contra del menor de forma reiterada, sin tener ninguna consecuencia por su conducta, esto puede significar que sea en contra de la misma víctima o pueden ser distintas.

¹³ Morillas Fernández, David Lorenzo, *op. cit.*, p. 196.

a la consumación del acto sexual, pero sí tienen la idea de tener al menor cerca para satisfacerse.

En esta concatenación de la pedofilia/pornografía infantil Tamarit Sumalla circunscribe unos rasgos observables en esta relación:

- a) El pedófilo manifiesta una necesidad de tener contactos sexuales con cierta frecuencia y una gran capacidad de actuar simultánea o sucesivamente sobre un número considerable de víctimas;
- b) El individuo tiende a disponer y hacer uso de fotografías y filmaciones de imágenes de niños. Entre esta clase de material destaca el de carácter pornográfico, utilizando como estrategia de justificación de su desviación (...);
- c) Existe una gran tendencia a mantener contactos entre pedófilos para intercambio de material, lo cual explica la proliferación de la difusión de pornografía infantil en Internet.¹⁴

Estas características son un referente de la relación tan estrecha que tiene la pornografía infantil con un pedófilo, se observa que son los principales consumidores y propagadores de este tipo de material. Se observa también que la comisión de este delito se lleva a cabo a través del Internet y da la posibilidad de conseguir el material pornográfico de manera anónima y se pueden hallar imágenes de diversa índole que al consumidor le satisfaga.

El siguiente cuadro nos refleja cuáles son las imágenes pornográficas que puede consumir un pedófilo:

¹⁴ *Idem.*

Cuadro 2
Clasificación de imágenes pedófilas¹⁵

Nivel	Nombre	Descripción
1	Indicativo	Imágenes no eróticas, ni sexuales en donde se muestra a menores en ropa interior, en traje de baño, etc. Provenientes de anuncios comerciales o álbumes familiares; así como las que reproduzcan a menores jugando en lugares comunes, pero que debido al contexto o la organización de la iconografía resulte inapropiada.
2	Nudista	Imágenes de niños desnudos o semi-desnudos en lugares propios para ello y de origen legítimo.
3	Erótico	Fotografías tomadas clandestinamente en áreas de recreo u otro ambiente seguro en donde se muestre al infante en ropa interior o con cierto grado de desnudez.
4	Posando	Imágenes en las que deliberadamente pose un menor total o parcialmente vestido o desnudo (donde por la cantidad, el contexto o la organización, sugiera un interés sexual).
5	Pose erótica	Imágenes en las que deliberadamente pose un menor total o parcialmente vestido o desnudo mostrando una conducta sexual o provocativa.
6	Pose erótica explícita	El menor aparece desnudo total o parcialmente vestido y existe un énfasis hacia su área genital.

¹⁵ Morillas Fernández, David Lorenzo, Cuadro tomado de *op. cit.*, p. 200.

7	Actividad sexual explícita	Comprende el contacto mutuo y la propia masturbación, el sexo oral y el contacto sexual entre menores, excluyendo a los adultos.
8	Agresión	Imágenes de menores objeto de agresiones sexuales, incluye las realizadas por los adultos.
9	Agresión obscena	Imágenes groseras de agresiones sexuales, incluyendo penetraciones, masturbación o sexo oral con un adulto.
10	Sadismo/ Bestialismo	Imágenes que muestran a un niño atado, golpeado, fustigado u otro acto que implique dolor. Iconografía en donde un animal participa en alguna conducta sexual con un menor.

El cuadro anterior permite vislumbrar la diversidad de material pornográfico que existe, pero lo importante es considerar el objetivo y la participación que se puede tener para la realización de este tipo de materiales iconográficos.

Las imágenes que pueden adquirir los pedófilos en Internet, contienen descripción de menores que realizan acciones eróticas que son tomadas de manera clandestina en sus propios ambientes seguros, por ejemplo, la escuela o la casa; existen otras imágenes que muestran a menores siendo agredidos sexualmente por medio de la penetración, masturbación o sexo oral con un adulto.

El avance tecnológico en la transmisión de estas imágenes, ha provocado que el individuo pueda producir, transmitir y consumir el material a mayor escala, de una forma más rápida y a menor costo, a diferencia de realizar la distribución del material de manera impresa, como anteriormente se daba.

El delito de pornografía infantil en el Internet, tiene su origen etimológico de la palabra *pornografía* que es “pornógrafo (del griego πορνου, prostituta, γραφή, escritura), y se define como el carácter

obsceno de obras literarias o artísticas. A su vez, el concepto de obscenidad está referido a lo impúdico u ofensivo al pudor”.¹⁶

Se considera obsceno e ilícito por el bien jurídico protegido que es la integridad del niño ante estos acontecimientos y donde desconoce la magnitud del acto, causando daños irreversibles al menor.

Para Boldova Pasamar, la pornografía infantil es “aquel material que incorpore a un menor real en una conducta sexual explícita”,¹⁷ sería considerada en sentido estricto de forma general y no concibe dudas sobre su carácter.

En otros países se considera que en la pornografía existen representaciones de zonas erógenas del cuerpo o que puedan contener imágenes de índole sexual.

Tuvo su origen con el surgimiento de la fotografía; posteriormente se amplió aún más la producción de materiales pornográficos con la llegada del cine a través de películas; con la invención de nuevos mecanismos de imprenta se dio a través de revistas y libros ilustrados; con la llegada del siglo XX se ha obtenido por medio de videos obteniendo cifras exorbitantes de material que pueden disponer los individuos; y como una nueva herramienta de acceso a la pornografía infantil tenemos el Internet, el cual ha permitido que se encuentre al alcance de cualquier usuario que navegue dentro del *ciberespacio*.¹⁸

La pornografía infantil ha sido considerada dentro del Derecho Penal por ser un delito que va en contra de la “moral pública y procura salvaguardar los derechos de la protección a la juventud y de la infancia, por lo que estamos frente a una conducta que es *ab initio*

¹⁶ Téllez Valdés, Julio, *op. cit.*, p. 196.

¹⁷ BoldovaPasamar, Miguel Ángel, *Pornografía infantil en la red. Fundamento y límites de la intervención del Derecho Penal*, Distrito Federal, Ubijus, 2009, p. 29.

¹⁸ Ciberespacio: Conjunto o realidad virtual donde se agrupan usuarios, páginas web, chats, y demás servicios de Internet y otras redes, Diccionario de Informática y Tecnología, <http://www.alegsa.com.ar/Dic/ciberespacio.php#sthash.8JGn-7PuB.dpuf>

ilegal”.¹⁹ Con la realización y propagación de estos materiales se está violentando la libertad psicosexual del menor.

Se dan diversos supuestos, donde intervienen varios individuos en el proceso de elaboración, tráfico y posesión del material pornográfico infantil, son los siguientes:

- I. En la elaboración se puede ver que los bienes son de naturaleza individual de los que es portador el menor, son los que resultan o pueden resultar menoscabados en la medida en que el menores utilizado directamente en la escena pornográfica o exhibicionista.
- II. En el caso del tráfico (incluyendo los supuestos de producción que tiene lugar con posterioridad a la utilización del menor), pues la lesión contra los bienes y derechos del menor se encuentra plenamente consumada.
- III. En cuanto a la posesión, carece del peligro de difusión entre terceros determinados o indeterminados, y aparece como la conducta más alejada respecto de la efectiva explotación sexual del menor.²⁰

Se trata de prevenir en cada una de estas conductas, la realización de pornografía infantil en sus distintas modalidades, el autor considera que la menos peligrosa es la posesión del material, ya que en esta conducta se vela por que en un futuro no se siga utilizando a los menores por la solicitud que se tenga de ello, generando un mercado más extenso.

Se estaría creando un peligro impreciso, que tiene que ver con los menores e incapaces que serían próximas víctimas de abuso sexual.

¹⁹ BoldovaPasamar, Miguel Ángel, *op. cit.*, p. 23.

²⁰ *Ibidem*, pp. 24-26.

La pornografía infantil se considera genuina cuando se realiza la conducta sexual explícita utilizando a un menor. Para analizar esta característica que da origen al tipo penal, es preciso conocer la conducta sexual explícita. Al respecto BoldovaPasama restablece que se considerará una conducta sexual, cuando se concreten acciones que terminen en la realización de prácticas sexuales (coito, masturbación, exhibicionismo, etc.).

Dentro de la actividad de pornografía infantil se considera que el sujeto que se dedica a esta actividad tiene en su haber una enorme cantidad²¹ con contenido bastante explícito de este material y el medio por el que se difunde en la actualidad es a través de Internet.

El Internet es una red telemática, por la que se puede transmitir información a cualquier parte del mundo, de una manera más rápida y a menor costo. Existen diferentes recursos por los que se pueden enviar pornografía infantil, a través de la red²²:

Correo electrónico (e-mail): Esta aplicación permite enviar mensajes a otros usuarios de la red sobre la que está instalada. En internet el correo electrónico permite que todos los usuarios conectados a la red puedan intercambiarse mensajes no solamente de texto, sino todo tipo de documentos y archivos adjuntos.

Canales de chat: Esta aplicación permite la comunicación en tiempo real entre dos o más usuarios de Internet. Este sistema funciona sobre el modelo cliente/servidor, de modo que los usuarios de chat se conectan a un servidor mediante un programa cliente para establecer sus comunicaciones, a través de él se permite la conversación con audio y video, así como la interacción con personajes virtuales de dos o tres dimensiones.

²¹ Cantidades industriales: en abundancia.

²² Es necesaria e importante la cita por extensa que ésta sea, ya que contiene términos técnicos y específicos que benefician al lector para comprender la lectura.

Chatroom(sala de charla): Es el lugar virtual en la red, llamada también canal (*channel*), donde la gente se reúne para charlar con otras personas que hay en la misma sala.

Sitio Web (webside): Es un conjunto de páginas web comunes a un dominio de Internet. Una página web consiste en un archivo basado en el lenguaje HTML y forma parte de un sitio web. En estos espacios virtuales se contiene una significativa unidad de información accesible a través del sistema lógico de acceso de la www (worldwide web), mediante un navegador instalado en el ordenador del usuario. Su contenido puede incluir textos, gráficos, sonidos y material multimedia interactivo. Un tipo de sitio web específico son las comunidades virtuales: se puede definir como conjuntos de personas reunidas por un interés común, que mantienen su relación a lo largo del tiempo utilizando Internet para comunicarse, dentro de estas comunidades virtuales pueden dejar mensajes o colgar archivos (imágenes, videos, animaciones, etc.) accesibles para cualquiera de sus integrantes.

Peer-to-peer: Es una red informática entre iguales (par a par o entre iguales). Un programa P2P permite el intercambio de archivos a través de Internet, directamente desde el disco rígido de los usuarios, sin intermediarios (no hay servidor fijo) y en forma gratuita. Todos los usuarios se comportan simultáneamente como clientes y como servidores.²³

Estos recursos propician que el sujeto pueda crear, difundir, exhibir, suministrar o poner a disposición de terceros, el material pornográfico infantil utilizando el Internet para su propagación, propiciando la mayor utilización de este medio por ser una manera más rápida y económica.

²³ BoldovaPasamar, Miguel Ángel, *op. cit.*, p. 38.

IV. CONVERGENTES TIPOLOGICOS DE LOS DELITOS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL Y PEDOFILIA

La vinculación de los delitos de pornografía infantil con la pedofilia tiene que ver con la utilización de menores para que se puedan realizar las conductas, afectando la dignidad y el desarrollo psicosexual del *prepúber*.²⁴

Dentro del Código Penal Federal se establecieron los tipos penales que tiene relación con la libertad sexual como bien jurídico protegido, garantizando una mayor protección de los menores de edad.

El artículo 202CPF, puntualiza que al realizar actos de exhibicionismo corporal con fines lascivos o sexuales, ya sean reales o simulados, teniendo la finalidad de video grabarlos, fotografiarlos, filmarlos, exhibirlos o describirlos a través de anuncios impresos, mediante transmisión de archivos de datos en red pública o privada de telecomunicaciones, sistemas de cómputo, electrónicos o sucedáneos, cometerá el delito de pornografía de personas de menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo.

En otro apartado del mismo artículo refiere: a quien fije, imprima, video grabe, fotografíe, filme o describa actos de exhibicionismo corporal o lascivos o sexuales, reales o simulados, en que participen una o varias personas menores de dieciocho años de edad o una o varias personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o una o varias personas que no tienen capacidad para resistirlo.

De acuerdo a lo anterior, se menciona que las características que se deben cubrir para cometer el delito, es que se procure, obligue,

²⁴ Pedofilia (atracción hacia niños en edad prepuberal); Gutiérrez, Pedro A. *op. cit.*, p. 89.

facilite o induzca al menor, así como fijar, imprimir, video grabar, fotografiar, filmar o describir utilizando cualquier medio decomisión.

También refiere el artículo citado, las acciones a realizar como la reproducción, almacenamiento, distribución, venta, compra, arrendamiento, exponer, publicitar, transmitir, importar o exportar cualquier tipo de material referido en párrafos anteriores.

Complementando el delito de pornografía infantil en el CPF se menciona en el artículo 202 BIS que caerá en este supuesto tipológico, quien almacene, compre, arriende, cualquier tipo de material a que se refieren los párrafos anteriores, sin que tenga como finalidad la distribución o comercialización.

El artículo 202 mencionado, en un primer momento se trata de un tipo penal complejo, ya que desglosa diversas formas de acción enunciadas y muchas formas de circunstancias típicas en un sólo artículo.

Por otra parte, el complemento de circunstancias típicas lo podemos observar en el artículo 202 BIS, el cual señala el modo de realización del delito y el cómo, estableciendo que no es necesario tener como finalidad la distribución o comercialización, haciendo referencia a cuestiones privadas.

Pero lo establecido en el tipo penal dentro de estos dos artículos es muy ambiguo y poco suficiente para lo acontecido en épocas actuales, que es lo que se persigue con estos artículos, la protección del bien jurídico tutelado para personas menores de edad o personas incapaces, o es meramente semántico para abordar temas de suma importancia a nivel internacional y estar sujetos a un pacto internacional.

Para el caso del delito de pedofilia en el ámbito federal no es considerado como delito, ya que no se encuentra tipificado en nuestra legislación.

Aparte de ello, el delito de pornografía infantil en el Código del Estado de Arkansas, en Estados Unidos, tiene el tipo penal del delito

de pornografía infantil en el Internet y lo denomina *ciberpornografía*,²⁵ el cual contempla las siguientes acciones:

- 1) Compilar, entrar, transmitir mediante el ordenador, hacer, imprimir, publicar, reproducir mediante otros medios informatizados con conocimiento de causa o, permite que sean celebrados o transmitidos por medio de una computadora, o compra, vende, recibe intercambios o difunde cualquier aviso, declaración, o publicidad del nombre de cualquier niño, número de teléfono, lugar de residencia, características físicas u otra información que sea descriptiva o de identificación a efectos de facilitar, alentar, ofrecer o solicitar un comportamiento sexualmente explícito de cualquier niño, o persona que se haga pasar por niño o la representación visual de la conducta;
- 2) Utilizar un servicio en línea de computadoras, servicio de internet o servicio de tablón de anuncios locales para seducir, solicitar, atraer a un niño o a otra persona que se haga pasar por niño a participar en conductas sexualmente explícitas.

En el Estado de Arkansas, es importante que el delito de ciberpornografía, considerado como grave, contenga los elementos que describen con precisión el contenido de la norma, si bien es cierto se está hablando de un tipo penal complejo, porque desglosa diversas formas de acción enunciadas y muchas formas de circunstancias

²⁵ Asociación Fiscalía del Distrito Nacional, Centro Nacional de Procesamiento de Abuso Infantil, *Estatutos de pornografía infantil*, <http://www.ndaa.org/pdf/Child%20Pornography%20Statutory%20Compilation%206-2010.pdf>. (consulta mayo 2015), p. 18.

típicas en un sólo artículo, cubre todas las posibles acciones que pudieran integrar el mismo.

En España existe también la preocupación por evitar la existencia de indeseables espacios de impunidad entre los medios posibles de atentar contra el bien jurídico del menor o incapaz y al respecto, el autor David Morillas habla de los tipos contemplados en la norma española, los cuales son:

La producción, venta, distribución, exhibición, o el facilitar material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido, así como el poseer por cualquier medio, material pornográfico orientado al tráfico, en cuya elaboración hubiesen sido utilizados menores de edad o incapaces, aunque el material tuviera su origen en el extranjero o fuere desconocido.²⁶

De acuerdo a lo anterior, la tipología penal de pornografía infantil es considerada un hecho delictivo tradicional, pero con la injerencia de nuevas tecnologías y en específico del Internet, dio la pauta para considerar las acciones anteriores desde un punto de vista nacional e internacional por ser una nueva forma de cometer el ilícito.

El tratamiento que se le dio al delito de pedofilia en España, para considerarlo dentro de su ordenamiento jurídico, como lo mencioné en el capítulo que antecede, fue a través de una iniciativa que procuró la protección del niño o adolescente, estableciendo el principio del interés superior del menor.

Por lo que se incluyó el artículo 183bis del Código Penal, el cual establece que la persona que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra Tecnología de la Información y Comunicación contacte a un menor de trece años y le proponga concertar un encuentro,

²⁶ Morillas Fernández, David Lorenzo, *op. cit.*, p. 270.

con el mismo fin de cometer cualquiera de los delitos que refieren los artículos que tratan el tema de corrupción de menores y pornografía infantil, siempre y cuando tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento.

V. ANÁLISIS DE DATOS OFICIALES DE PEDOFILIA Y PORNOGRAFÍA INFANTIL EN EL INTERNET

A través del ciberespacio, los delincuentes pueden acceder a cualquier tipo de información personal del usuario de forma anónima, éste puede ser que tenga o no tenga el conocimiento de que su información se guarda en línea.

Por lo cual, se abordan temas relacionados con el desarrollo y evolución de estos delitos y cómo son concebidos en un ámbito social y jurídico.

Para el delito de pedofilia, en el Código Penal Federal no existe la norma que establezca el tipo penal de pedófilo y según datos recabados de la propia Procuraduría General de la República, señala que “se han iniciado 130 averiguaciones previas contra pedófilos”²⁷

El desarrollo y evolución que se ha dado en el tratamiento de la pornografía infantil y la pedofilia en el Internet han dado cabida a que varias organizaciones y personajes traten el tema desde la perspectiva de cada país, pero enfocando el tema, a llevar a cabo una cooperación internacional, homologando legislaciones para poder atacar desde un ámbito interno y romper con las barreras de jurisdicción.

Dimitri Senmache Artola, presidente de la Red Peruana contra la Pornografía Infantil, ha señalado que “aún no se ha avanzado mucho en torno a los mecanismos de cooperación entre países para enfrentar un crimen que va más allá de las fronteras de un sólo Es-

²⁷ Univisión.com, México ocupa el primer lugar en difusión de pornografía infantil, <http://www.univision.com/noticias/noticias-de-mexico/mexico-ocupa-el-primero-lugar-en-difusion-de-pornografia-infantil>, consulta febrero 2016.

tado.”²⁸ Es importante considerar que para combatir estos delitos se necesita la comprensión de los mismos en cuanto a su alcance y lo que abarca cada uno de ellos.

De igual forma comenta que se sigue pensando que el implementar las leyes nacionales que contienen conceptos difusos, así como campañas mediáticas que sólo se manejan de manera esporádica, que el implementar la modalidad de pornografía infantil no evaluándola en su real dimensión, frenarían estos delitos y excluyendo en el caso de México el delito de pedofilia.

Se necesita “reestructurar toda nuestra visión en torno a este tema y entender que estamos cara a cara frente a una amenaza mundial, de características similares a cualquier amenaza terrorista”.²⁹

Algunas estimaciones publicadas por el Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes, muestra la dimensión que se tiene en cuanto a la pornografía infantil:

- Existen aproximadamente 4.2 millones de sitios pornográficos en Internet.
- Hay 68 millones de búsquedas pornográficas por día.
- Se envían 2.5 millones de correos electrónicos pornográficos por día.
- La edad promedio del primer contacto con material pornográfico es la de 11 años.
- El grupo etéreo que más usa sitios pornográficos es el de 12 a 17 años.³⁰

²⁸ Red Peruana contra la Pornografía Infantil, *Trata de Personas con fines sexuales sigue creciendo en Latinoamérica. Lo consideran un terrorismo internacional*, <http://redsolidarios.blogspot.mx/search/label/Informaci%C3%B3n%20de%20actualidad%20y%20an%C3%A1lisis>, consulta mayo 2015.

²⁹ *Idem.*

³⁰ Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes, *Documentos sobre pornografía infantil en Internet*, Montevideo, 2005, p. 48.

En el contexto internacional, el Internet constituye el medio más importante para mantener a miles de millones de personas en el mundo intercomunicadas, constituye, como ya hemos visto, el principal medio de distribución de la pornografía infantil.

Una investigación realizada por la Argentina con base en estudios llevados a cabo por la División de Inteligencia Informática de la Policía Federal, muestralas características de los pedófilos:

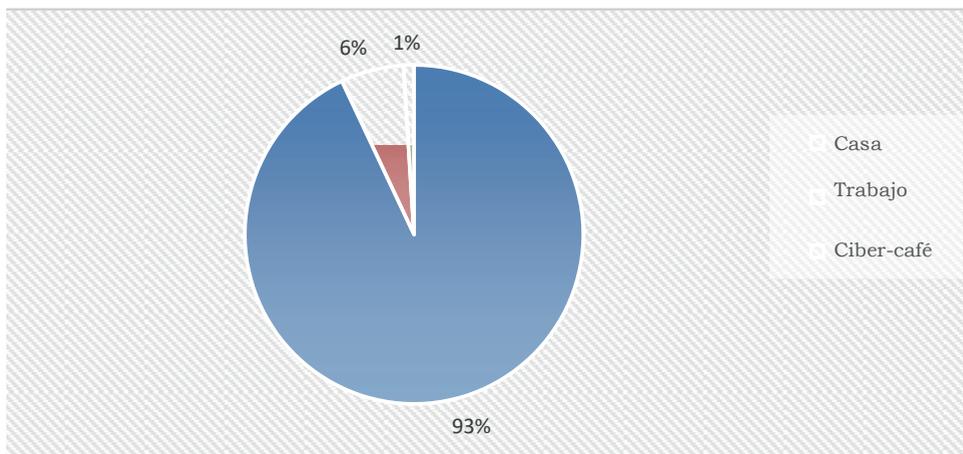
- En más del 90 % de los casos se trata de varones.
- En el 70 % de los casos superan los 35 años de edad.
- Suele tratarse de profesionales calificados.
- Con frecuencia buscan trabajo o actividades que les permitan estar en contacto con niños.
- En el 75 % de los casos no tienen antecedentes penales.
- No suelen ser conflictivos en la cárcel y muestran buen comportamiento (en la cárcel no hay niños).
- No reconocen los hechos ni asumen responsabilidades.
- Normalmente tienen una familia a su cargo.
- En más del 30% de los casos de abuso sexual, se trata del padre, el tío o el abuelo de la víctima.³¹

Como podemos observar en las anteriores características, se puede cubrir un patrón de los pedófilos que consumen la pornografía infantil en el Internet conformando lo siguiente: hombre de treinta y cinco años o más, que conoce del tema ya que se desenvuelve en actividades que tengan relación con los niños, pueden no tener antecedentes penales, son personas que no causan conflictos en la cárcel, se puede disfrazar su comportamiento teniendo a una familia y precisamente por esta situación recurren al material pornográfico por una satisfacción psicosexual.

³¹ Morillas Fernández, David Lorenzo, *op. cit.*, p. 208.

Por su parte el psicólogo Jiménez Serrano, dice que los adictos al material pornográfico dedican cada vez más tiempo a la navegación por Internet (entre 13 y 20 hrs/día) y suelen conectarse a Internet principalmente en su casa. Para cometer este delito una de las características que se tiene es que se realiza la acción en el hogar, como nos muestra la siguiente gráfica.

Gráfica 2
Lugar de conexión³²



Como se puede apreciar en la gráfica anterior, el lugar más recurrido para realizar esta acción es la casa, será porque permite una mayor libertad en cuestión de revisión del material y se efectúa en privado, imposibilitando que terceras personas conozcan el gusto de dicha actividad.

Un estudio realizado por el psicólogo criminalista Jorge Jiménez Serrano establece que “los delitos relacionados con distribución, difusión y venta de pornografía infantil en Internet son el 50% de los

³² Morillas Fernández, David Lorenzo, Gráfica tomada de *op. cit.*, p. 214.

delitos cometidos en la Red, así lo indica la INTERPOL en su informe de 2011.”³³

Por otro lado, se publicó en un periódico digital “Animal Político” que en el transcurso del año 2013, en México se detectaron al menos “12 mil 300 cuentas personales de Internet, desde las cuales se difundieron pornografía infantil, ya sea fotografías o videos, lo que puso al país como el primer lugar mundial en emisión de este tipo de material ilegal”.³⁴ En consecuencia, se puede decir que México no se ha preocupado por establecer mecanismos de seguridad para que pueda tener un mejor control en la red del Internet.

La evolución y el cambio producen que la persona se integre a estas nuevas formas de intercomunicación, sin embargo, no se contempla en ciertas ocasiones el riesgo que se puede tener en estas interconexiones.

El Diario electrónico llamado “24 horas”, publicó que:

México se ha convertido en un país consumidor de pornografía infantil a través de las redes sociales. En el año 2013, se logró la detención de 30 presuntos responsables, principalmente en el norte del país, mientras que en los tres primeros meses del año 2014, van nueve personas aseguradas relacionadas con pornografía infantil.³⁵

De acuerdo a un artículo publicado en IZQ.mx, dice que México ocupó en el año 2015 el primer lugar a nivel mundial en la emisión

³³ Jiménez Serrano, Jorge, *Tráfico de pornografía infantil: dinámica, roles y prevención*, www.uv.es/gicf/4Ar4_Jimenez_GICF_05.pdf, p. 34, consulta mayo 2015.

³⁴ Martínez Paris, *México, primer lugar mundial en difusión de pornografía infantil*, 17 junio, 2013, <http://www.animalpolitico.com/2013/06/detectan-a-12-mil-300-pedofilos-mexicanos-que-operan-en-la-red/>, consulta julio 2015.

³⁵ Yáñez, Israel, *México, consumidor de pornografía infantil*, 24 horas el diario sin límites, <http://www.24-horas.mx/mexico-consumidor-de-pornografia-infantil/>, consulta junio 2015.

de material pornográfico infantil, según el *National Center for Missing and Exploited Children* (Centro Nacional para Niños Desaparecidos y Explotados) y este problema se acrecienta con que:

La gran mayoría de los Estados no capacitan a sus policías cibernéticas para enfrentar este delito o en el peor de los casos ni siquiera las han creado. De las 32 entidades que hay en México sólo cinco, Distrito Federal, Estado de México, Jalisco, Coahuila y Sinaloa cuentan con policías cibernéticas. Las restantes 27 ni siquiera tienen este cuerpo policial a pesar de que las organizaciones delictivas han generado nuevas estrategias a través de las tecnologías sobre todo internet, para captar niños o niñas a fin de reclutarlas a esta actividad ilícita.³⁶

La gama de posibilidades con las que se cuenta para subir contenidos en el Internet, es de forma masiva y en anonimato, por lo que se establece como uno de los elementos que vuelven difícil seguir el material pornográfico en la Red, y esta dificultad afecta al probar el origen del material y, en particular, a poder identificar a los autores.

Los delitos que se cometen a través de la web se deben a múltiples factores, primero tiene que ver con el número de usuarios, segundo con el acceso libre a Internet, tercero con la cantidad de dispositivos móviles, el envío y recepción de correos electrónicos.

Se consideró que los delitos cibernéticos que más transgreden a la sociedad son la suplantación de identidad, las amenazas, los fraudes, la pornografía infantil, la pedofilia, entre otras.

En la misma conferencia se estableció que cualquiera puede ser vulnerable cuando se está inmerso en la red, independientemente del nivel de conocimientos que se tenga, por ello se deben tomar medidas

³⁶ Páez, Alejandro, México ya es el primer lugar en pornografía infantil, <http://izq.mx/noticias/02/03/2015/mexico-ya-es-primer-lugar-en-pornografia-infantil/#sthash.GBbwUx30.dpuf>, consulta diciembre 2015.

desde dos perspectivas: la legislativa y la social, para disminuir los riesgos.

➤ *Datos oficiales “estatus proceso”*

En el 13° Congreso sobre prevención y del delito y justicia penal de la ONU, llevado a cabo en Doha, en abril del 2015, se tuvo una percepción importante por tratar de resolver la problemática que se tiene en cuanto a los delitos que son llevados a cabo por medio de la web, al respecto se determinó:

La delincuencia cibernética ha crecido rápidamente convirtiéndose en un negocio que puede superar \$ 3.000.000.000.000 al año. Sin una normativa adecuada y una capacidad insuficiente en muchos países, la lucha contra la delincuencia cibernética es difícil. Se necesita un esfuerzo mundial para proporcionar una mejor protección y regulaciones más firmes porque los delincuentes cibernéticos hasta ahora se han escondido dentro de vacíos legales en los países con menos reglamentación.³⁷

Al respecto hace notar que los autores de estos delitos pueden ser localizados en cualquier lugar, pero el resultado se puede apreciar dependiendo de la sociedad donde se realice, lo que da como consecuencia una importante necesidad a nivel internacional de obtener una respuesta urgente y activa para erradicar estos delitos.

La Organización de los Estados Americanos llevó a cabo un análisis en cuanto a la seguridad cibernética en América Latina y el Caribe, para el caso de México, según los datos que ofreció la “División Científica de la Policía Federal Mexicana, hubo un aumento de

³⁷ Organización de las Naciones Unidas, 13° Congreso sobre prevención del delito y justicia penal, <http://www.un.org/es/events/crimecongress2015/cibercrime.shtml> consulta 23 mayo 2015.

113% en incidentes de seguridad cibernética en 2013 comparado con el año anterior”.³⁸

Aunado a lo anterior, se estima que los datos preliminares sobre el 2014 hasta ahora sugieren un aumento más pronunciado en incidentes detectados: nada menos que 300% más que en 2013, como podemos observar, el índice de acción en la realización de estos delitos va en aumento en el país.

Por otro lado, univisión.com publicó en julio del 2014, que tan sólo en ese año se detectaron más de 12,300 cuentas de Internet, que desde nuestro país se distribuyen fotos y videos que exhiben a niños explotados sexualmente, de acuerdo a la información proporcionada por la Procuraduría General de la República.

Esta cifra coloca a México en el primer lugar mundial en difusión de pornografía infantil, afirma la Organización de Naciones Unidas así como el Departamento de Seguridad de Estados Unidos.

➤ *Datos internacionales, delincuencia transnacional*

En la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, se define la delincuencia organizada transnacional en “todo delito transnacional grave cometido por un grupo de tres o más personas que actúe con el propósito de obtener un beneficio de orden material”.³⁹

La ciberdelincuencia es considerada un delito transnacional, ya que su naturaleza cambia constantemente, los patrones que la conforman y la hacen parte de la delincuencia organizada transnacional generan una relación con los cambios sociales. “El delito cibernético

³⁸ Organización de los Estados Americanos, *Tendencias de seguridad cibernética en América Latina y el Caribe*, publicado en junio de 2014, p. 67.

³⁹ Globalization_of_Crime, *Evaluación de la amenaza de la delincuencia organizada transnacional*, p. 1.

es una forma emergente de la delincuencia transnacional y uno de los de más rápido crecimiento.⁴⁰

Se comprende dentro de este delito los Datos y sistemas informáticos (como la piratería informática), las estafas y fraudes electrónicos (como el “*phishing*” o robo de datos personales), los delitos relacionados con los contenidos (como la divulgación de pornografía infantil) y los delitos contra los derechos de autor (como la divulgación de contenidos pirateados).⁴¹

Es calificada la pornografía infantil como delincuencia organizada transnacional, ya que por medio del Internet, se transmite material de contrabando atravesando fronteras.

En otras épocas:

La producción y adquisición de pornografía infantil eran actividades sumamente riesgosas. Sólo un número limitado de pedófilos tenían acceso a las instalaciones para producir material impreso, la mayor parte del material era producido por aficionados y su divulgación se limitaba a las redes sociales que eran difíciles de establecer y frágiles.⁴²

Pero con el Internet, el fácil acceso que se tiene a la pornografía infantil, ha ocasionado una mayor demanda y por ende una mayor ganancia a quien la produce y la vende.

Los sitios web comerciales que se han encontrado, varían según la jurisdicción de cada país y tiene que ver con relación a la legisla-

⁴⁰ Organización de las Naciones Unidas, 13° Congreso sobre prevención del delito y justicia penal, <http://www.un.org/es/events/crimecongress2015/cibercrime.shtml> consulta 23 mayo 2015.

⁴¹ *Globalization of Crime, Op. Cit.*, p. 22.

⁴² *Ibidem*, p. 23.

ción que se establece. Se produce el material en mayor cantidad entre los aficionados y cada vez más en redes *peer-to-peer*.

Según cifras de la ONU en su 13° Congreso, más de tres cuartas partes de la delincuencia cibernética están hoy vinculadas a la actividad de la delincuencia organizada.

Uno de los riesgos que se tienen con el crecimiento del Internet, ha dado pauta a que la producción y venta de pornografía infantil, tenga una mayor demanda por la versatilidad de este recurso, lo que ha originado que el tráfico ilícito en la red sea abundante. Se pueden dar específicas “connotaciones (uso masivo, descentralización, automatismo, etc.) suponen serios obstáculos a la hora de afrontar propuestas de solución jurídica.”⁴³

Referente a lo anterior, el autor Jiménez Serrano dice que esta situación hace necesaria la cooperación internacional a nivel de persecución, tipificación y elementos sancionadores de este tipo de delitos, por ser tan voluble la tipificación de estos delitos.

También plantea el autor que la mayoría de los sitios con contenido pornográfico se encuentran en servidores de países de la antigua Unión Soviética y en algunos de América Latina, donde se puede apreciar que la legislación es mucho más permisiva. Y corrobora que la actual falta de homogeneidad en el tratamiento de este tipo de delitos propicia una mayor producción y distribución del material.

VI. LA POLÍTICA CRIMINAL Y LA PREVENCIÓN DEL DELITO

Con la implementación de métodos que puedan integrar la acción susceptible a una sanción y la definición del delincuente por el órgano jurisdiccional en los delitos de pedofilia y pornografía infantil, se tendrá como resultado un diseño donde se establezcan funciones, fines y límites orientados hacia la protección del usuario y erradicar estos delitos.

⁴³ Jiménez Serrano, Jorge, *op. cit.*, p. 35.

➤ *Estrategias de Gobierno*

Desde el punto de vista internacional se tiene que la “Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD) promueve, el desarrollo de capacidad sostenible a largo plazo en la lucha contra el delito cibernético a través del apoyo a las estructuras y acción nacionales”.⁴⁴

En concreto, nos dice que se basa en su “experiencia especializada en los sistemas de justicia penal para proveer asistencia técnica en el desarrollo de capacidades, la prevención y la sensibilización, y la cooperación internacional, así como la recopilación de datos, la investigación y el análisis sobre la delincuencia cibernética.”⁴⁵

Según un trabajo realizado por Marie-Laure Lemineur Retana, en los siguientes países existen una o varias unidades especializadas en perseguir los delitos en la web y en especial la *pedopornografía*.⁴⁶

⁴⁴ Organización de las Naciones Unidas, 13º Congreso sobre prevención del delito y justicia penal, <http://www.un.org/es/events/crimecongress2015/cibercrime.shtml> consulta 23 mayo 2015.

⁴⁵ *Idem*.

⁴⁶ La representación visual de la explotación sexual de un niño, centrada en el comportamiento sexual del niño o en sus partes genitales. Definición adoptada de INTERPOL.

Cuadro 3

Países donde existen una o varias unidades especializadas en perseguir los ciberdelitos en general –pedopornografía incluida- o delitos sexuales cometidos mediante el uso de Internet en específico⁴⁷

País	Nombre
Francia	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Office central de lutte contre la criminalité liée aux technologies de l'information et de la communication (OCLC-TIC). Police judiciaire nationale</i> • <i>Département de lutte contre la cybercriminalité..Service technique de recherches judiciaires et de documentation. Gendarmerie nationale</i> • <i>Département informatique et électronique. Institut de recherche criminelle. Gendarmerie nationale</i>
España	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Brigada de Investigación Tecnológica (BIT). Policía nacional</i> • <i>Grupo de Delitos Telemáticos. Guardia Civil</i>
Gran Bretaña	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Paedophile Online Investigation Team (POLIT). National Crime Squad</i> • <i>National High Tech Crime Unit (NHTCU). National Crime Squad</i> • <i>Scotland Yard's Paedophile Unit</i>
Italia	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Sezione telematica. Reparto Investigazioni Scientifiche (RIS) di Roma. Arma dei Carabinieri</i> • <i>Polizia Postale e delle Comunicazioni. Polizia di Stato</i>
Portugal	<i>Secção de Investigação da Criminalidade Informática e nas Telecomunicações. Direcção Central da Polícia Judiciária</i>

⁴⁷ Lemineur Retana, Marie-Laure, *El combate contra la pornografía infantil en Internet*, Costa Rica, 2006, p. 110.

Holanda	<i>National Criminal Intelligence Department. The National Police Services Agency (KLPD)</i>
Suiza	<i>National Coordination Unit for Cybercrime Control (CY-COS). Federal Office of Police</i>
Noruega	<i>National Bureau of Crime Investigation (Kripos)</i>
Suecia	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Information Technology Crime Unit. National Criminal Investigation Department. Swedish Police Force</i> • <i>Child Protection Team. Swedish National Criminal Police</i>
Estados Unidos	<ul style="list-style-type: none"> • <i>The Innocent Images National Initiative (IINI). Cyber Crimes Program. FBI</i> • <i>The Cyber Crimes Center. US Immigration and Customs Enforcement</i> • <i>Fraud, Child Exploitation and Asset Forfeiture Group. US Postal</i> • <i>Inspection Service Computer Crime and Intellectual Property Section, US Department of Justice</i>
Canadá	<ul style="list-style-type: none"> • <i>The National Child Exploitation Coordination Center. Royal Canadian Mounted Police (RCMP)</i> • <i>The Technological Crime Program. RCMP</i>
México	<i>Policía Cibernética. Secretaría de Seguridad Pública</i>
República Dominicana	<i>Departamento de Investigación de Crímenes y Delitos de Alta tecnología (DICAT). Dirección Central de Investigaciones Criminales</i>
Costa Rica	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Unidad de Investigación de Delitos Cibernéticos. Dirección de Investigación Especializada (DIE)</i> • <i>Sección de Delitos Informáticos. Organismo de Investigación Judicial</i>

Argentina	<ul style="list-style-type: none"> • <i>División de Delitos en Tecnologías. Policía Federal</i> • <i>Departamento Técnico y Análisis Criminal. Policía Federal</i> • <i>División de Ingeniería de Proyectos Informáticos. Gendarmería Nacional</i>
Brasil	<i>Divisão de Repressão a Crimes Cibernéticos. Polícia Federal</i>
Perú	<i>Departamento de Investigación de Delitos Informáticos. División de Investigación de Estafas y otras Defraudaciones</i>
Chile	<i>Sección de Delitos Informáticos. Carabineros de Chile</i>
Uruguay	<i>Sección de Delitos Informáticos. Dirección de Delitos Complejos. Policía Nacional</i>
Colombia	<i>Grupo de Delitos Informáticos. Policía Nacional</i>
Israel	<i>ComputerCrimesDivision. Israel NationalPolice</i>
Australia	<i>Australian High TechCrime Centre (AHTCC). Australian Federal Police</i>
Filipinas	<i>Anti-Fraud and ComputerCrimesDivision. National Bureau of InvestigationPhilippinesNationalPolice</i>

De acuerdo a lo anterior, se puede apreciar que la organización en los diferentes países para el tratamiento de estos delitos, versa sobre la división de tareas previstas desde la estructura federal.

Estas estructuras dedicadas a combatir y erradicar los mencionados delitos, se componen por una parte de agentes que son asignados a monitorear e investigar, ya sea indicios o pruebas, y por el otro lado de aquellos especialistas que ya con la obtención de pruebas puedan llevar a cabo las labores de peritaje que correspondan a la actividad realizada.

Para Lemineur, existe la “imperiosa necesidad de desarrollar una mayor cooperación entre los servicios de policía y entre los agentes de los sistemas judiciales”,⁴⁸ para poder homologar el sistema penal y combatir estos delitos. Por su parte, la INTERPOL afirmó que “reconoce el rol fundamental de la cooperación entre los servicios de policías y el rol propio que estos deben jugar en la definición de las estrategias a nivel internacional”.⁴⁹

Sin embargo, como vemos, hace falta la armonización de las legislaciones penales relativas a la detención de la pedofilia y pornografía infantil.

Para que se puedan combatir estos delitos Morillas Fernández, establece que los Estados deben potenciar una serie de medidas de control social, formal e informal, con el propósito de prevenir, conocer o esclarecer el delito. Entre los principales núcleos de intervención cabe referir los siguientes:

- a) Principio de cooperación internacional. Ante la situación de que la pornografía infantil en el Internet es de naturaleza transnacional, los Estados se ven abocados a cooperar unos con otros a fin de aunar esfuerzos, mecanismos y personal destinado a la investigación. A tal efecto, el rastreo que llevan a cabo las autoridades competentes desvela la existencia de diversos elementos de la cadena de tráfico de pornografía infantil, dispersos por multitud de países (individuos, servidor, enlaces de página, redirección, etc).
- b) Identificación de los usuarios de Internet. Es una medida que encuentra más partidarios que detractores, es decir, de un lado el simple hecho de poder identificar físicamente a los usuarios que acce-

⁴⁸ Lemineur Retana, Marie-Laure, *op. cit.*, p. 111.

⁴⁹ *Idem.*

den a Internet evitaría la comisión de un tanto por ciento bastante elevado de los ilícitos cometidos en la red frente a la opción referente, por otro, a que semejante acción atentaría contra determinados derechos de los individuos —verbigracia intimidad—. ⁵⁰

Con estas dos medidas se podrían frenar las acciones ilícitas realizadas en la web, propiciando un espacio seguro, donde las personas que realicen el hecho sea el delincuente y no aquel usuario que sea procesado por encuadrarse en un tipo penal que por considerarlo complejo, tenga la finalidad de sancionar a todo aquel que cumpla con las formas de acción no delimitadas, generando incertidumbre e inseguridad jurídica.

VII. CONCLUSIONES

De ello resulta necesario admitir que, tenemos en nuestra legislación el tipo penal que regula la pornografía infantil en el Internet, pero no se ha considerado la complejidad de la acción, las posibles vertientes que pueden o no pueden llegar a ocurrir, ni tampoco se ha dado la atención debida al principal consumidor de estos materiales pornográficos que son precisamente los pedófilos, ya que no se encuentra regulado por nuestra propia legislación nacional.

La problemática va acorde con la generalidad que se tiene en el planteamiento penal, que propicia una inseguridad jurídica en todo individuo que tenga acceso al Internet, ya que podría ser sujeto de una conducta ilícita y en ausencia de especificaciones en el mismo, ha propiciado que estos delitos queden sin su debida persecución y erradicación.

Previendo medidas necesarias desde dos puntos de vista, el legal y el policial, darían resultados inequívocos para la detención de

⁵⁰ Morillas Fernández, David Lorenzo, *op. cit.*, p. 458.

los responsables y no se dejaría en estado de inseguridad o indefensión al usuario que está inmerso en la web, de igual manera se necesita la regulación del posible mercado de la pornografía infantil, para disminuir esta problemática social.

Estas medidas preventivas pueden ser retomadas de diversos países que tienen unidades específicas para el seguimiento de estos delitos, como ejemplo de ello tenemos a los siguientes países:

- En Argentina existen dentro de la Policía Federal dos unidades encargadas de estos delitos la División de Delitos en Tecnologías y el Departamento Técnico y Análisis Criminal, también existe por parte de la Gendarmería Nacional la División de Ingeniería de Proyectos Informáticos.
- En Costa Rica existe la Unidad de Investigación de Delitos Cibernéticos a cargo de la Dirección de Investigación Especializada (DIE) y la Sección de Delitos Informáticos a cargo de un Organismo de Investigación Judicial.
- En República Dominicana se encuentra el Departamento de Investigación de Crímenes y Delitos de Alta Tecnología (DICAT) a cargo de la Dirección Central de Investigaciones Criminales.
- En España existen dos unidades de investigación, por un lado se cuenta con la Brigada de Investigación Tecnológica (BIT) a cargo de la Policía Nacional y el Grupo de Delitos Telemáticos, este grupo está a cargo de la Guardia Civil.
- En Francia se tienen tres unidades que investigan los delitos mediante el uso de Internet; *Office central de lutte contre la criminalité liée aux technologies de l'information et de la communication (OCLCTIC)*. *Police judiciaire nationale*; *Département de lutte contre la*

*cybercriminalité...Servicetechnique de recherchesjudiciaires et de documentation. Gendarmerienationale; Départementinformatique et électronique. Institut de recherchecriminelle.Gendarmerienationale.*⁵¹

El procedimiento que se da a nivel nacional en diversos países, nos da cuenta de la seriedad e importancia con la que se deben abordar estos delitos y en cada uno de ellos se puede apreciar la división de responsabilidades y tareas para cada unidad encargada de combatir y sancionar a los responsables de estos crímenes perversos en contra del menor.

VIII. FUENTES DE CONSULTA

- BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, *Pornografía infantil en la red. Fundamento y límites de la intervención del Derecho Penal*, México, DF., 2009. Ubijus.
- CAPPONI, Ricardo, *La pedofilia*, Revista Mensaje, No. 509, Volumen II, 2002.
- GUTIÉRREZ A., Pedro, *Delitos sexuales sobre menores*, Buenos Aires, 2007, Ediciones la Rocca.
- JIMÉNEZ SERRANO, Jorge, *Tráfico de pornografía infantil: dinámica, roles y prevención*, www.uv.es/gicf/4Ar4_Jimenez_GICF_05.pdf, consulta mayo 2015.
- LEMINEUR RETANA, Marie-Laure, *El combate contra la pornografía infantil en Internet*, Costa Rica, 2006.
- MARTÍNEZ, Paris, *México, primer lugar mundial en difusión de pornografía infantil*, 2013, <http://www.animalpolitico.com/2013/06/>

⁵¹ Oficina Central de Lucha Contra la Delincuencia Central relacionado con la Tecnología de la Información y la Comunicación (OCLCTIC), la Policía Judicial Nacional; Departamento de Lucha Contra la Ciberdelincuencia Servicio Técnico de Investigación y Documentación Legal, Gendarmería Nacional; Departamento de Informática y Electrónica; Instituto de Investigaciones Penales, Gendarmería Nacional.

detectan-a-12-mil-300-pedofilos-mexicanos-que-operan-en-la-red/, consulta julio 2015.

MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo, *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*, Madrid, 2005, Dykinson S.L.

PAEZ, Alejandro, *México ya es el primer lugar en pornografía infantil*, tomado de la página <http://izq.mx/noticias/02/03/2015/mexico-ya-es-primer-lugar-en-pornografia-infantil/#sthash.GB-bwUx30.dpuf>, consulta diciembre 2015.

SARZANA, Carlo, *Criminalita e tecnologia*, Gennaio-Giugno, 1979. Téllez Valdés, Julio, *Derecho Informático*, 4ª Ed., México, 2009, McGraw-Hill/Interamericana Editores.

YÁÑEZ, Israel, *México, consumidor de pornografía infantil*, 24 horas el diario sin límites, <http://www.24-horas.mx/mexico-consumidor-de-pornografia-infantil/> consulta junio 2015.

Globalization_of_Crime, *Evaluación de la amenaza de la delincuencia organizada transnacional*.

OTROS DOCUMENTOS:

Asociación Fiscalía del Distrito Nacional. Centro Nacional de Procesamiento de Abuso Infantil, *Estatutos de pornografía infantil*, <http://www.ndaa.org/pdf/Child%20Pornography%20Statutory%20Compilation%206-2010.pdf>. consulta mayo 2015.

Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes, *Documentos sobre pornografía infantil en Internet*, Montevideo, 2005.

Organización de los Estados Americanos, *Tendencias de seguridad cibernética en América Latina y el Caribe*, publicado en junio de 2014.

Organización de las Naciones Unidas, 13° Congreso sobre prevención del delito y justicia penal, <http://www.un.org/es/events/crimecongress2015/cibercrime.shtml>, consulta mayo 2015.

Red Peruana contra la Pornografía Infantil, *Trata de Personas con fines sexuales sigue creciendo en Latinoamérica. Lo consideran un terrorismo*

internacional, <http://redsolidarios.blogspot.mx/search/label/Informaci%C3%B3n%20de%20actualidad%20y%20an%C3%A1lisis.>, consulta mayo 2015.

Univisión.com, *México ocupa el primer lugar en difusión de pornografía infantil*, tomado de la página <http://www.univision.com/noticias/noticias-de-mexico/mexico-ocupa-el-primer-lugar-en-difusion-de-pornografia-infantil>, consulta febrero 2016.

LEGISGRAFÍA:

Código Penal Federal.

LA EPISTEMOLOGÍA CIBERNÉTICA, LA CONCIENCIA Y LA INIMPUTABILIDAD PENAL

AUGUSTO SÁNCHEZ SANDOVAL¹

ALICIA GONZÁLEZ VIDAURRI*

SUMARIO: I. Introducción. II. Del ordenamiento y de los hechos jurídicos, a las decisiones judiciales. III. La imputabilidad penal. IV. Las palabras y la “realidad” que construyen los abogados, con ellas. V. Posturas alternativas a la imputabilidad-inimputabilidad tradicional. VI. Conclusiones. VII. Fuentes de consulta.

I. INTRODUCCIÓN

Deseamos mostrar algunos nuevos paradigmas de la *Epistemología Cibernética* aplicada a las neurociencias, para mostrar la manera como *ellos* influyen en las personas, las cosas y los hechos, distorsionando la llamada *verdad jurídica en el Derecho Penal y Procesal Penal*.

¹ Este artículo es un capítulo del libro *El Derecho Penal y la Cibernética* que es producto del Proyecto PAPIIT IN 300413, patrocinado por la Dirección General de Asuntos del Personal Académico (DGAPA) de la Universidad Nacional Autónoma de México y que publicará la Facultad de Estudios Superiores Acatlán de la UNAM.

Augusto Sánchez Sandoval es Dr. en Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, profesor titular “C” de tiempo completo definitivo en el área de Política Criminal en el Posgrado en Derecho de la Facultad de Estudios Superiores Acatlán, UNAM. Correo electrónico: augustosanchezs@yahoo.com.mx

*Alicia González Vidaurri es Dra. en Derecho Penal y Criminología por la Universidad de Roma, Italia. Fungió como profesora y directora de Investigación en el Instituto Nacional de Ciencias Penales y también como profesora en la FES Acatlán. En la Suprema Corte de Justicia de la Nación se desempeñó como Subdirectora General de Seguimiento y Producción de Discos Ópticos y Obras Especiales.

- ✓ *La epistemología de los sistemas cibernéticos* consiste en estudiar cómo los seres vivos piensan, conocen, deciden y actúan.
- ✓ Por lo tanto aquí nos ubicamos todas las personas en nuestros mundos y epistemologías individuales, así como en la interacción con los otros y con el medio ecológico, en una *recursividad* circular de ida y vuelta, donde el observador hace parte de lo observado; el universo está en él, tanto como él está en el universo, porque la mente no está limitada por el cuerpo, sino en conexiones de redes energéticas con el todo.
- ✓ Las epistemologías son individuales, por tanto, el resultado de la percepción que tenemos de la realidades la que construye el sistema nervioso en su clausura sistémica y representa un *capto* o *captado* que es diferente al dato-información inicial al cual se refiere y es distinto para los diversos observadores.
- ✓ La conjunción mente-cerebro-cuerpo como unidad, completa o llena los puntos ciegos de la información procesada y la integra con las vivencias pasadas del individuo, aunque no tengan nada que ver con la experiencia nueva para darnos una escena coherente. Por ello cuando narramos un hecho jurídico ante una autoridad, no sabemos cuánto se ha distorsionado en la percepción, ni cuánto ha sido construido por la mente.
- ✓ En consecuencia, la conciencia que tenemos de la realidades siempre superficial, aparente y subjetiva. Aunque creamos tener certeza de esa realidad, es sólo una artificialidad.
- ✓ Los *captos* para ser traducidos en conciencia de realidad dependen de la capacidad lingüística que tengan los individuos para nombrarlos, sustantivarlos y explicarlos para sí o para otros. Por tanto, la realidad depende del amplio o restringido lenguaje que tengan las personas.

La neuro-fenomenología ha logrado avances muy significativos para la comprensión de la conducta humana, tales como:

- ✓ Saber que la realidad que percibimos y conocemos es diferente a la que existe.
- ✓ Que la conciencia es el resultado final de procesos inconscientes.
- ✓ Que las decisiones y acciones que creemos conscientes, se deciden en el inconsciente.
- ✓ O que lo emocional precede a las decisiones y a lo racional.²

El Derecho Penal y Procesal Penal deben complementarse con el conocimiento de las ciencias básicas o duras, para superar la teoría general de lo jurídico que todavía está construida con base en las definiciones de los diccionarios de la lengua no especializados y en las intuiciones especulativas de sus autores.

II. DEL ORDENAMIENTO Y DE LOS HECHOS JURÍDICOS, A LAS DECISIONES JUDICIALES

El ordenamiento jurídico es una estructura lingüística-ideológica dentro de la cual se hace posible la voluntad de poder, para definir partes del mundo concreto que nos circunda y del mundo biológico individual que constituye a los seres vivos, con el fin de justificar jurídicamente, las decisiones que desee tomar respecto de aquellos.

El hecho jurídico es un suceso, un acontecimiento provocado por la naturaleza, por actos de los seres vivos o por el azar, que ocurre en un presente que inmediatamente se vuelve pasado y del cual se derivan efectos para las personas o los bienes tutelados por el Derecho.

² Ver los autores: Gregory Bateson; Francisco Valera y Humberto Maturana; Gerald M. Edelman o Daniel Goleman, entre otros.

El Derecho permite a sus operadores volver presente los hechos del pasado y una vez reconstruidos, denomina verdad jurídica a lo que quedó en el expediente, para sentenciar, aplicar penas o absolver a los procesados.

Esa verdad jurídica es valorada en tres instancias judiciales, de manera que las opiniones de unos jueces, frecuentemente se contradicen con las de otros; pero esa disparidad la soluciona el juez con mayor jerarquía. El número de jueces que componen los tribunales es impar, para que la mayoría de opiniones, sea la que gana, con derecho o sin derecho, porque es la última instancia. Si fueran cuatro jueces se darían múltiples casos de empate, lo cual generaría, la absolución del reo. Entonces, la sentencia final no depende de la verdad jurídica, sino del poder que tiene el juez superior, o el número mayor de los jueces ubicados en la punta de la pirámide, para interpretar y emitir a su modo, la última decisión respecto del caso judicial.

III. LA IMPUTABILIDAD PENAL

Nelson Pozo Silva³ al tratar la Imputabilidad en el plano de la Culpabilidad previamente establecida, anota que:

La culpabilidad es la responsabilidad personal por la acción típica y antijurídica realizada. Por lo tanto, la imputabilidad es aquella capacidad de comprender la ilicitud del hecho y de actuar conforme a dicha comprensión.⁴

³ Pozo Silva, Nelson. *Imputabilidad Penal y Mente*. Editorial Arcis, Universidad de Arte y Ciencias Sociales y el Centro de Estudios Jurídicos e Institucionales. Santiago, Chile.

⁴ Pozo Silva, Nelson agrega que esta definición se deduce de disposiciones legislativas tanto en España artículos 20.1 y 20.2 del Código Penal, como en Alemania, parágrafo 20 StGB, p. 11.

Según esta definición que podemos llamar tradicional, el actor del delito debe gozar de salud bio-psíquica y psicológica, que le permita comprender la ilicitud del hecho, pero además, actuar siendo consciente de su anti juridicidad.

Agrega que Hans Welzel, José Cerezo Mir y Claus Roxin entre otros, consideran la imputabilidad como “el conjunto de requisitos psico-biológicos exigidos por la legislación penal vigente, que permiten a la persona tener capacidad de valorar y de comprender la ilicitud del hecho realizado por ella, y de actuar en los términos requeridos por el ordenamiento jurídico”.

Claus Roxin⁵ mantiene ese concepto tradicional de imputabilidad, pero aporta un criterio suplementario al distinguir dos supuestos: por un lado, el de las personas en que la ausencia de la capacidad intelectual y volitiva resulta manifiesta, y por otro, el de aquellas en que dicha ausencia no es tan clara, generándose una zona de inseguridad, que podrá ser regulada a través de cláusulas generales, como por ejemplo, las eximentes de responsabilidad. Él es partidario de interpretar de imputabilidad, de manera coherente con el poder individual, en la medida en que el mismo resulte empíricamente comprobable.

Pozo Silva manifiesta además, que Francisco Muñoz Conde critica la teoría tradicional sobre la imputabilidad, porque sólo tiene en cuenta los defectos intelectuales y volitivos, sin tomar en consideración otros factores de segura incidencia en el actuar humano. Santiago Mir Puig por su parte, aduce que el obrar conforme a dicha comprensión, presupone libertad de voluntad o libre albedrío.⁶

Francisco Muñoz Conde⁷ entiende que la imputabilidad consiste en la concurrencia en el autor del conjunto de facultades psíquicas

⁵ *Ibidem*, pp. 32, 33, paráfrasis.

⁶ *Ibidem*, pp. 11-12, 30 a 32, paráfrasis.

⁷ Muñoz Conde, Francisco. *Teoría General del Delito*, p. 133. Citado por Nelson Pozo Silva. *Op. Cit.*, pp. 31 y 32.

y físicas mínimas, para poder ser motivado en sus actos por los mandatos normativos. Considera asimismo, que el concepto de capacidad de culpabilidad constituye un filtro, en aras a determinar aquellos hechos típicos y antijurídicos, que efectivamente pueden ser atribuidos a su autor, para hacerlo responder jurídicamente por ellos.

Así, articula su concepto de imputabilidad sobre la base de la motivabilidad normativa, entendida como un complejo proceso de interacción y comunicación derivado de la convivencia y, por tanto, dotado de un indudable componente preventivo.

Santiago Mir Puig⁸ parte de su concepción de culpabilidad, entendida como capacidad de motivación normal, para definir la imputabilidad como normalidad motivacional del sujeto. Esto lleva a fijar un parámetro de normalidad que para él, no es estadístico, sino histórico-cultural, que atiende a lo que se considere normal, en cada momento y contexto social. Así, la imputabilidad se excluye, si la motivación es anormal y su influjo incide efectivamente en la normalidad psíquica del sujeto.

Nelson Pozo Silva opina que frente a la concepción de imputabilidad como capacidad de culpabilidad, autores como Muñoz Conde o Mir Puig, tratan de prescindir de la cuestión del libre albedrío, y se decantan favorables a configurar a aquella, como capacidad de motivación. Sin embargo, las referidas tesis, en modo alguno, permiten superar el problema planteado por la indemostrabilidad empírica del libre albedrío, ya que en última instancia lo presuponen igualmente.⁹

La capacidad de motivación por sí sola, podría fundar la imputabilidad de un sujeto, pero si a la misma no se le añade necesariamente una capacidad de obrar de otro modo en la situación

⁸ Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*, pp. 580 y ss. Citado por Nelson Pozo Silva. *Ibidem*, p. 30, paráfrasis.

⁹ *Ibidem*, pp. 43-44.

concreta, resulta improcedente realizar un reproche, como el que la culpabilidad supone. En definitiva, es necesario aceptar la capacidad de auto-determinación individual conforme a sentido, al objeto de contextualizar el concepto de imputabilidad.¹⁰ Así, las causas de la no exigibilidad de la obediencia al Derecho, como la inexigibilidad de otra conducta [...] presuponen una actuación del autor, condicionada por situaciones anormales o extraordinarias que inciden en su motivabilidad (miedo insuperable, estado de necesidad como causa de inculpabilidad, encubrimiento de parientes). Aquí la distinción se sitúa en torno a dos planos: el marco de la imputabilidad implica -sobre la base de una normalidad bio-psicológica- una genérica capacidad de actuar conforme a la comprensión de la ilicitud del hecho. Con independencia de la concurrencia en el sujeto de dicha capacidad, cabe que nos encontremos ante una causa de inculpabilidad, fundada en la no exigibilidad de otra conducta, lo que condicionará su comportamiento, tanto si se trata de un sujeto afecto de una anomalía, alteración o patología de las que determinan la exención de responsabilidad, como si nos hallamos ante un imputable.¹¹

En síntesis, la capacidad de actuar conforme a la comprensión de la ilicitud del hecho, se encuentra determinada por factores endógenos, de manera que las causas que la excluyen repercuten directamente en el estado bio-psicológico normal del sujeto. Y las causas de inculpabilidad fundadas en la no exigibilidad de otra conducta, ostentan una naturaleza exógena al constituir situaciones anormales que repercuten en la motivabilidad del autor.¹²

¹⁰ *Ibidem*, p. 43.

¹¹ *Ibidem*, p. 23, paráfrasis.

¹² *Idem*.

La imputabilidad penal por lo general no está definida en los códigos, sino que se deriva de la interpretación en sentido contrario, de las causas concretas que se alegan para excluirla. Por ejemplo, el Código Español de 1995, prevé como causa de exclusión de la imputabilidad, la “anomalía o alteración psíquica” del autor del delito (art. 20.1). La “intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, o hallarse bajo la influencia de un síndrome de abstinencia (art.20.2). Además, “las alteraciones de la percepción desde el nacimiento o desde la infancia (art. 20.3).¹³ Como se ve, no se contemplan situaciones como el secuestro amigdalario, pero la defensa podrá alegarla como alteración psíquica.

Al respecto, es generalizada la opinión, que si el autor del delito provoca consciente y libremente su situación de inimputabilidad, no la excluye, e incurre en culpabilidad penal.

De acuerdo a lo anterior, la imputabilidad consiste en la capacidad de comprender la ilicitud del hecho y de actuar conforme a esa comprensión, por lo que exige para su concurrencia una serie de requisitos bio-psíquicos del autor, que en el evento de concurrir convierten a éste en receptor adecuado de la prescripción normativa contenida en la ley penal y al sujeto capaz de autodeterminación con arreglo a la misma.¹⁴

Juan Bustos Ramírez¹⁵ se aparta del significado de la imputabilidad en la doctrina dominante, dice Nelson Pozo, porque en su opinión ésta pretende señalar que ciertos individuos no tienen la ca-

¹³ *Ibidem*, p. 12, paráfrasis.

¹⁴ *Ibidem*, p. 12.

¹⁵ Bustos Ramírez, Juan. *Revisión Crítica de la Imputabilidad a la luz de la Teoría de las Subculturas y la Psiquiatría Alternativa*, citado por Nelson Pozo Silva. *op. cit.*, p. 33.

pacidad vital de comprender y actuar según el valor; es decir, de ser libres.

Ello supone que la inimputabilidad conlleva necesariamente un estigma o etiqueta de minusvalía (desigualdad existencial), por cuanto a partir de dicha categoría se estructura la sociedad en dos órdenes diferentes: el de los hombres libres o imputables y el de aquellos que no lo son (inimputables). Lo que supone aceptarla existencia de un orden racional cultural absoluto, con referencia al cual se valoran las conductas de los ciudadanos.¹⁶

Bustos Ramírez aporta las ideas de dos corrientes que, desde el punto sociológico, superan la unilateralidad del análisis de la realidad social: la teoría de las subculturas y la psiquiatría alternativa:¹⁷

- La teoría de las subculturas ha revelado que la persona puede tener como referencia, más de un mundo social e identificarse simultánea o alternativamente con los diferentes órdenes en que se inscribe. Por ello, frente al orden dominante existen otros no hegemónicos, llamados subculturales. Esto supone múltiples implicaciones en la conducta de los sujetos, que no están previstas en la teoría tradicional, ya que ésta supone reducir la imputabilidad a la mera caracterización del autor como sujeto libre o alienado, sin tener en cuenta

¹⁶ Pozo Silva, Nelson. *op. cit.*, p. 33.

¹⁷ Bustos Ramírez, Juan y HormazabalMalarée. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, pp. 486 y ss. Y Juan Bustos Ramírez *Revisión Crítica de la Imputabilidad a la luz de la Teoría de las Subculturas y la Psiquiatría Alternativa*, pp. 197 y ss. Citados por Nelson Pozos Silva en *Imputabilidad Penal y Mente*. Editorial Arcis, Universidad de Arte y Ciencias Sociales y el Centro de Estudios Jurídicos e Institucionales. Santiago, Chile, p. 34.

la pertenencia del individuo a un concreto orden social distinto al hegemónico.¹⁸

- La psiquiatría alternativa se opone a la concepción de los psiquiatras que equiparan la perturbación mental, con una enfermedad física, porque se confunde a la persona y sus interacciones, con un organismo y sus funciones reactivas. Con ello se despersonaliza y limita el comportamiento humano etiquetándolo, segregándolo e invalidándolo.
- Frente a esto, la psiquiatría alternativa se erige para subrayar, que la imputabilidad no puede consistir en la caracterización del sujeto como ser incapaz de libertad o alienado, sino que debe suponer la asignación del individuo a una determinada racionalidad.

De esta manera, Juan Bustos resuelve el problema de la imputabilidad- inimputabilidad diciendo:

La imputabilidad es pues, siempre un juicio negativo de atribución subjetiva, la inimputabilidad de un juicio positivo; es decir, la imputabilidad es la expresión de la intolerabilidad de la incompatibilidad demostrada por la racionalidad del sujeto en su hecho, en relación con la racionalidad del sistema. La inimputabilidad ha de ser la expresión de la tolerabilidad del sistema con la incompatibilidad demostrada por la racionalidad del sujeto en su hecho, en relación con la realidad del sistema.¹⁹

¹⁸ *Idem*, p. 34, paráfrasis.

¹⁹ Bustos Ramírez, Juan y HormazabalMalarée. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, pp. 486 y ss. Y Juan Bustos Ramírez *Revisión Crítica de la Imputabilidad a la luz de la Teoría de las Subculturas y la Psiquiatría Alternativa*, pp. 197 y ss. Citados por Nelson Pozos Silva en “Imputabilidad Penal y Mente”. Editorial Arcis, Universidad de Arte y Ciencias Sociales y el Centro de Estudios Jurídicos e Institucionales. Santiago, Chile, p. 35.

Nelson Pozos opina que Juan Bustos propone una profundización democrática que amplía el ámbito de la inimputabilidad (entendida como aceptación explícita del comportamiento discordante), sobre la base de las teorías de las subculturas y la Psiquiatría alternativa, orientaciones que nos ponen de manifiesto las causas últimas de un importante sector de la delincuencia, fundado en razones de marginalidad y de falta de integración social. Así, Bustos pretende superar la configuración tradicional de la imputabilidad como un juicio sobre las capacidades del sujeto (de culpabilidad o de motivación), estructurándolo como un juicio sociopolítico de incompatibilidad.²⁰

Esta nueva perspectiva de tener en cuenta para valorar la imputabilidad- culpabilidad, no sólo los requisitos bio-psíquicos sino también socioculturales y políticos, como elementos determinantes de la conducta del autor de un delito, abriría una extensa puerta para la utilización de peritajes neuro-fenomenológicos, antropológicos y socio-jurídicos, que deberían tener la mejor calidad y ser emitidos por científicos, con un lenguaje que supere la semántica tradicional de la dogmática e introduzca los contenidos lingüísticos alcanzados por las ciencias duras.

Pero todas esas argumentaciones doctrinarias y dogmáticas anotadas, sólo contienen la incertidumbre del mundo del lenguaje con que se justifican, dejando por fuera las posibilidades científicas del mundo concreto de los hechos, del mundo biológico individual y ocultando el poder político que crea e instrumentaliza el Derecho, facultando a sus operadores para la interpretación y decisión, según su leal saber y entender, de las situaciones jurídicas que conozcan.

Por ello Raúl Zaffaroni²¹ recuerda el principio de la co-culpabilidad del poder que domina la sociedad, para tenerla en cuenta al momento de cuantificar el reproche o la pena para las personas que

²⁰ *Ibidem*, p. 35-36.

²¹ Zaffaroni, Raúl; Tenorio Tagle, Fernando y otros. *Manual de Derecho Penal Mexicano*, Porrúa, México, D. F. 2013, pp. 492, 493, paráfrasis.

van a ser condenadas, cuando las estructuras del gobierno no les hayan dado el espacio social viable para su desarrollo.

Sin embargo, anota que la co-culpabilidad es insuficiente en varios sentidos porque:

- En principio evoca el prejuicio de que la pobreza es la causa del delito, sin tener en cuenta que también en las clases altas seda.
- Si se corrigiese el error anterior, la consecuencia lógica de la co-culpabilidad consistiría en un menor poder punitivo para los pobres y mayor, para los ricos.
- Y, por último, la co-culpabilidad sirve para ignorar el problema de la selectividad del poder punitivo, cualesquiera que fuese la persona seleccionada para aplicarle la pena.

Como sabemos desde la criminalización primaria, es decir, desde el momento en que el poder político define la norma, ya lleva una carga punitiva contra un cierto sector de la población al que quiere reprimir. Y la criminalización secundaria consiste en que la ley se aplica a un número limitado de personas, aunque sean inocentes, para mostrar a la ciudadanía el poder de castigar que se auto-atribuye el Poder del Estado.

En la vida social es imposible capturar, juzgar y condenar a todos los que comenten delitos, por eso se requiere mostrar a la sociedad ciertos chivos expiatorios, con los cuales se oculta a los millones de pobres y ricos, que quedan en la impunidad.

IV. LAS PALABRAS Y LA 'REALIDAD' QUE CONSTRUYEN LOS ABOGADOS, CON ELLAS

De lo visto antes, queda claro que los abogados utilizan las palabras conocer, entender, querer, decidir, actuar y libre albedrío, como si en

verdad supieran el contenido biológico y neuro-fenomenológico de las mismas.

Las neurociencias muestran que en los procesos de la percepción nadie conoce igual, que no se comprende lo mismo, ni se retienen mentalmente los recuerdos de la misma forma que otras personas. Los abogados tampoco tienen unidad conceptual respecto de qué es un delito o qué es un delincuente, porque aunque recurran a las palabras de la norma, sus interpretaciones sobre las mismas y sobre los hechos jurídicos, difieren y los deciden diversamente.

Por eso, es importante que los nuevos lenguajes y las nuevas definiciones de las ciencias del conocimiento y del comportamiento humano, lleguen pronto a los profesionales del Derecho y a quienes deciden jurídicamente, sobre cosas que no saben.

La dogmática y la teoría jurídica prejuzgan e inventan esos seres híbridos y los convierten en obligatoriamente reales para los operadores del Derecho. Sin embargo, esas argumentaciones se anclan en supuestos de causa-efecto, de lógica formal, de silogismos, tautologías y paradojas que son producto del pensamiento lineal de un sujeto dividido en mente y cuerpo, que es la dualidad impuesta por la cultura occidental, que impide la comprensión de la fenomenología y de los universos en red, como Uno y como Múltiples a la vez.

Utilizar palabras para definir a una persona, el yo, la conciencia o la voluntad, no quiere decir que esos entes sean lo que respecto de ellos se diga, sino que con las palabras se pueden construir discursos sobre lo que existe o pueda existir. Pero si se miran esas categorías desde perspectivas diferentes a nuestros patrones mentales, las aparentes certezas que tenemos sobre ellas, se desdibujan completamente, como mostramos a continuación:

➤ *Erwin Schrödinger*

En 1944 Erwin Schrödinger²² al estudiar el concepto de orden termodinámico para vincularlo al de complejidad biológica, se preguntaba:

¿Cómo pueden la Física y la Química dar cuenta de los fenómenos espacio-temporales que tienen lugar dentro de los límites espaciales de un organismo vivo?

Y respondía con una hipótesis:

La evidente incapacidad de la Física y de la Química actuales para tratar tales fenómenos no significa en absoluto que ello sea imposible. [...] Las leyes físicas se basan en la estadística atómica y, por lo tanto, son sólo aproximadas [...] Los átomos siguen un movimiento térmico completamente ordenado y hace imposible que los acontecimientos que tienen lugar entre un número reducido de átomos, puedan ser unificados en unas leyes comprensibles. Sólo a partir de la cooperación de un número enorme de átomos, las leyes estadísticas empiezan a ser aplicables, controlando el comportamiento de estos conjuntos con una precisión que aumenta en la medida que aumenta la cantidad de átomos que intervienen en el proceso.²³

[...] Los acontecimientos espacio-temporales del cuerpo de un ser vivo que corresponden a la actividad de su mente, a su autoconsciencia u otras acciones son, si no estrictamente deterministas, en todo caso estadístico-terministas (teniendo en cuenta su estructura compleja y la aceptada explicación estadística de la fisicoquímica) [...]

²² Schrödinger, Erwin. Premio Nobel de Física con Paul Dirac, 1933. ¿Qué es la vida?, Tusquets Editores. México, 2012, p. 18.

²³ *Ibidem*, p. 25.

Para apoyar esta postura, Schrödinger recurre como ejemplo, a declararse como un mecanismo puro, pero lo hace con disgusto pues considera que esa afirmación es una blasfemia para el cristianismo, porque se equipara al todopoderoso y se opone al libre albedrío, tal como lo garantiza la introspección directa. Y para llegar a una conclusión correcta y no contradictoria, propone las dos premisas siguientes:

- i) Mi cuerpo funciona como un mecanismo puro que sigue las leyes de la naturaleza.
- ii) Sin embargo, mediante experiencia directa incontrovertible, sé que estoy dirigiendo sus movimientos cuyos efectos preveo y cuyas consecuencias pueden ser fatales y de máxima importancia, caso en el cual me siento y me hago enteramente responsable de ellas.

Y argumenta:

La única conclusión posible de estos dos hechos es que yo –es decir, yo en el sentido más amplio de la palabra, o sea, toda mente consciente que alguna vez se haya dicho o sentido YO-, soy la persona, si es que existe alguna, que controla el movimiento de los átomos, de acuerdo con las leyes de la Naturaleza.²⁴

Tal afirmación resulta hoy inaceptable; sin embargo, las personas tienen la impresión de que la suma total de su propia experiencia y de su memoria, forman un Yo diferente a otras personas. Por eso, Schrödinger responde a la pregunta:

¿Qué es ese Yo? No es más que una colección de datos aislados (experiencias y recuerdos), o sea, el marco en el cual están reco-

²⁴ *Ibidem*, p.134.

gidos. En una introspección detenida, se encontrará que lo que en realidad se quiere decir con *Yo*, es ese material de fondo sobre el cual están coleccionados.²⁵

Por ello concluye, que aunque se nos borraran todas nuestras reminiscencias anteriores, todo el pasado, no tendríamos la impresión de que se nos ha matado; no habría que deplorar la pérdida de una existencia personal, ni jamás habrá que extrañarla.²⁶

➤ *SusanBlackmore*

SusanBlackmore²⁷ por su parte, desde 1980, mediante la meditación *Zen* que utiliza técnicas para entrenar la mente en la observación pura mediante la formulación de preguntas, intentó comprobar si la observación de la propia mente podía contribuir a una ciencia de la conciencia y obtuvo los siguientes resultados:

- No hay nada que parezca ser *Yo*.
- No soy una entidad consciente y persistente.
- No causo conscientemente las acciones de mi cuerpo.
- La conciencia no es un flujo de experiencias.
- La observación no implica imágenes mentales vívidas o una película en el cerebro.
- No hay unidad de la conciencia, ni en un momento determinado ni a través del tiempo.
- La actividad cerebral no es consciente ni inconsciente.
- No hay una hora.

²⁵ *Ibidem*, p.137.

²⁶ *Ibidem*, p. 138, paráfrasis.

²⁷ Blackmore, Susan. *El Zen y el Arte de la Conciencia*, Paidós, Madrid, España, 2012.

En cualquier momento se dan múltiples procesos paralelos en un cerebro humano: pensamientos, opiniones, sensaciones y voliciones. Ninguno de ellos está dentro o fuera de la conciencia, pues no existe tal lugar.

La mayor parte del tiempo no hay un observador: si la conciencia se implica es una atribución hecha más tarde, a partir del recuerdo de acontecimientos y la aceptación de que alguien debe haberlos experimentado en el pasado, cuando de hecho no había nadie [...] Estos observadores surgen con los pensamientos y las percepciones que parecen tener y desaparecen cuando éstos se desvanecen. Por tanto no hay un Yo o un punto de vista persistente desde el cual observar estos acontecimientos. De hecho cada pensamiento o percepción se observa desde un punto de vista diferente, pero asumimos falsamente que siempre es el mismo.

Si empezamos a preguntarnos por nuestras propias mentes, o a formular preguntas como: ¿Qué hay en mi conciencia ahora?, o ¿Quién soy Yo?, construimos un yo observador y ofrecemos una respuesta, pero la mayor parte de nuestra vida no hacemos esas respuestas ni pensamos en el Yo. El error está en imaginar que nuestras respuestas que obtenemos en esos momentos especiales se aplican al resto de nuestra experiencia. Para el resto del tiempo no hay respuesta.²⁸

➤ *Daniel Dennett*

Daniel Dennett²⁹ describe el Yo como una ilusión benigna del usuario y sustituye la metáfora tradicionalmente llamada el teatro de la conciencia que nos hace pensar, que tenemos nuestro propio escenario

²⁸ *Ibidem*, pp. 14, 193, 194.

²⁹ Dennett, Daniel. Citado por Blackmore, Susan. *El Zen y el Arte de la Conciencia*, Paidós, Madrid, España, 2012, pp.45-46, paráfrasis.

personal donde vemos una serie de acontecimientos, iluminando algunos con el foco de nuestra atención, mientras que otros merodean en las sombras, o saltan al escenario reclamando atención o aparecen en nuestra conciencia y luego se escabullen hacia la obscuridad. Dennett propone en cambio, la Teoría de los Borradores Múltiples, así:

El cerebro procesa acontecimientos de múltiples formas, en paralelo y en diferentes versiones. Ninguno de los borradores está en la conciencia o afuera de la conciencia: sólo aparecen cuando el sistema es investigado de algún modo, como al formular una pregunta y provocar una respuesta. Sólo entonces, uno de los múltiples borradores se asume como aquel deloquelapersonadebeserconsciente. Por eso afirma, que no hay hechos fijos relativos al flujo de la conciencia independientemente de las investigaciones individuales.³⁰

A su vez Blackmore, reafirma:

Sólo cuando tenemos que dar una respuesta a algo, o contestar una pregunta, concluimos que somos conscientes de un ser o acontecimiento particular; entonces ese ser o acontecimiento pasa a los contenidos de la conciencia, pero no lo habría hecho si no lo hubieran preguntado. Nunca estuvo dentro o fuera de algo llamado conciencia [...] Creo que Dennett tiene razón al indicar las trampas en las que caemos al pensar acerca de la conciencia [...] y la razón es, porque creemos que sabemos qué es la conciencia.³¹

³⁰ Dennett, Dan. *La Conciencia Explicada: una teoría interdisciplinar*, Paidós, Barcelona, España. Citado por Susan Blackmore en *El Zen y el Arte de la Conciencia*. Paidós, Madrid, 2012, pp. 45-47.

³¹ Blackmore, Susan, *op. cit.* pp. 46, 47.

➤ *¿Qué podemos decir los abogados al respecto?*

- Que creemos o no, en todos los cuentos, narraciones y leyendas que se disparan como recuerdos conscientes, en las personas interrogadas en un procedimiento penal, y que pueden ser diferentes sobre los mismos hechos, si las preguntas se hacen de manera distinta, pues las versiones en paralelo no son las mismas.
- Que procesamos esos hechos en diferentes versiones y que podemos escoger aquellas, que se acomoden mejor a nuestros intereses de captación y comprensión como partes en un juicio, como ministerios públicos, como jueces, magistrados o ministros.
- Que nos comportamos como si fuéramos dioses, que sabemos del yo, de la conciencia, del proceso de conocer y comprender, de la voluntad, de la acción, del libre albedrío, e incluso que podemos pronosticar la peligrosidad social de una persona.
- Que nos falta aprender que esas son ilusiones y que deberemos iniciar estudios neuro-fenomenológicos o apoyarnos en verdaderos científicos, para decidir sobre la libertad, el patrimonio o la vida de las personas que juzgamos.

No podemos seguir armando nuestros alegatos, copiando lo que dicen los diccionarios de la lengua sobre los conceptos o las cosas, las etiquetas de las personas o el comportamiento de las mismas. Necesitamos superar el camino tradicional del lenguaje de ayer y aprender los libros científicos con los lenguajes de hoy.

V. POSTURAS ALTERNATIVAS A LA IMPUTABILIDAD- INIMPUTABILIDAD TRADICIONAL

Con toda la teoría empírica antes enunciada, podemos encaminarnos a analizar algunos conceptos jurídicos desde una perspectiva científica y no dogmática, para mostrar la lejanía que existe, respecto de un mismo dato, entre ambos campos del conocimiento. Así podremos poner en evidencia la necesidad de integrar la epistemología jurídica con la ciencia epistémica y los avances de las ciencias duras.

El trabajo primordial de los fiscales o procuradores y en definitiva de los jueces penales, consistiría en:

- Conocer el hecho jurídico ocurrido que lesionó el bien jurídico tutelado, para de ahí indagar si una persona a la cual se le imputa ese hecho como delito, podría haber previamente conocido y comprendido la norma penal y haber actuado antijurídicamente, con capacidad para entenderlo, quererlo y libremente decidir realizarlo.
- De ello se derivaría el establecer si existió culpabilidad penal respecto de ese hecho, para atribuirle a alguien e imponerle una pena, una medida de seguridad, o en su caso absolverlo.

Imputable entonces, de acuerdo con la teoría jurídica tradicional, sería la persona que conociendo la norma penal, la comprende en su definición, y actúa de acuerdo a ella, con plena voluntad y libertad, para tipificar el delito.

Pero esta aparente simplicidad del concepto de querer la antijuridicidad, tiene múltiples variantes dependiendo las corrientes teóricas y los autores, como hemos visto, y que no llegan a un acuerdo, sino que coexisten en la multiplicidad de la certidumbre particular de que cada uno da a sus discursos.

Por nuestra parte, los elementos que constituyen la definición de la imputabilidad se pueden descomponer de la siguiente manera:

- ✓ Principio del conocimiento previo de la norma penal, es una presunción que se justifica por el poder represor de los operadores del Derecho, con la máxima: la ignorancia de la ley, no exime de su cumplimiento. Esto constituye un abuso, porque nadie puede conducirse de acuerdo a una norma, que no conoce. Aquí basta con recordar a Spinoza cuando dice que: Siendo ignorantes los hombres no pueden ser libres.³² Y sin embargo, los jueces exigen indebidamente a las personas, ese conocimiento y cumplimiento, cuando ellos mismos tampoco lo tienen. Con esa sola frase, se cae el edificio de la libertad encima de los abogados, pero no lo ven ni lo sienten.

En la teoría de la imputabilidad penal, se da por sentado el conocimiento de la norma por parte de las personas, aunque no lo haya. No obstante, se acepta excepcionalmente el error de prohibición, cuando se pueda probar que una persona vivía en condiciones tales, que le era imposible conocer y comprender la ilicitud del hecho y la antijuridicidad de su conducta.

Pero ya en términos generales, el conocimiento de todas las normas penales es imposible y es una tarea, que no la saben los mejores penalistas del mundo. Podrán aprender algunas definiciones, pero hasta los jueces tienen que recurrir a los códigos continuamente y estudiar las diferencias de unos tipos con otros, o dentro de la misma norma, de unos verbos con otros. Por lo tanto

³² Bartra, Roger. *Cerebro y Libertad. Ensayo sobre la moral, el juego y el determinismo*. Fondo de Cultura Económica, México, D. F. 2013, p. 22, citando la Ética demostrada según el orden geométrico de Spinoza.

es una aberración tramposa, presumir que la población abierta conoce la ley.

- ✓ Principio de la comprensión de la norma penal, es un proceso reflexivo posterior al posible conocimiento. Las neurociencias nos enseñan que el proceso cognitivo es apenas una aproximación y que todos conocemos distinto. Entonces la comprensión puede ser cualquiera y no necesariamente la falacia: de lo que quiso el legislador dar a entender al definir la norma. Inclusive los jueces comprenden de manera diversa y deciden lo contrario a otros jueces, respecto de los mismos expedientes.
- ✓ Principio de la voluntad, es otro elemento de la imputabilidad que generalmente se integra con la capacidad para querer el resultado ilícito. Pero como ya hemos visto, la conciencia es el producto de procesos energéticos, biológicos, bioquímicos, electroquímicos y de influencias exocerebrales o miméticos y de otros órdenes. En consecuencia, la voluntad que creemos consciente, se decide inconscientemente y por tanto, este requisito para la imputabilidad, no se puede dar.
- ✓ Principio de la acción, para Gregory Bateson, una acción es un fragmento separado del flujo de la conducta, hecha por el observador; un fragmento de la conducta de una persona separado del flujo de interacción de dos o más individuos.³³ El observador (un testigo, una parte, un policía, un juez) que no es independiente de la acción porque está en recursividad con el ambiente, es quien marca la pauta para decidir dónde comienza o termina la acción. Aquí el que la nombra, demuestra su poder para imponerla. Pero nadie sabe dónde está el punto de inicio y de

³³ Bateson, Gregory. *Una unidad sagrada. Pasos ulteriores hacia una ecología de la mente*, Gedisa, Barcelona, España, 2006, p. 214, paráfrasis.

final de la acción: ¿Cuándo la persona entró en una habitación y se sentó en la silla? ¿Dónde comienza esa acción? ¿Hay una acción de sentarse en una silla, que esté separada de levantarse de la silla? Estas preguntas obligan a repensar las definiciones jurídicas e invita a los operadores del Derecho a conocer seriamente la ciencia de la conducta humana.³⁴

En neurociencias se ha medido que existe actividad eléctrica en la corteza cerebral, antes de que exista el deseo de realizar un movimiento voluntario. La acción neuronal decide antes de que la persona quiera realizar la acción.

- ✓ Principio de la libertad en la decisión y en la acción, es otro requisito para que a una persona se le pueda imputar a nivel de responsabilidad, un delito. Dado lo visto, podemos decir que nuestras neuronas son libres, en cuanto construyen inconscientemente el mundo que nos rodea y nos dan un producto final que nosotros llamamos conciencia, en un universo de incertidumbre. Por lo tanto, el libre albedrío tan valorado por los juristas, no se sostiene a la luz de las neurociencias.

Roger Bartra,³⁵ hablando de experimentos científicos relativos a la libertad, narra entre otros, los siguientes:

- a) El realizado por H. H. Kornhuber y L. Deeke que descubrieron el *Bereitschaftspotential*, que es el potencial de preparación que aparece en la electro-encefalografía momentos antes de que ocurra un movimiento voluntario.

³⁴ *Ibidem*, p. 215, paráfrasis.

³⁵ Bartra, Roger, *op. cit.* pp. 33, 34, 44, paráfrasis.

- b) Benjamín Libet (1916-2007) diez años después, midió el tiempo entre la actividad de la corteza cerebral y cada acontecimiento, para demostrar que el potencial eléctrico de preparación del acto o del acontecimiento, ocurría antes de que los sujetos manifestaran su intención voluntaria de ejecutar una acción; pero que ésta sucedía después de haberla decidido inconscientemente. Mostró también, que una decisión voluntaria podía abortar el movimiento, aun cuando ya se hubiera desencadenado el potencial de preparación [...] Los cambios eléctricos que preparan en el cerebro una acción, se inician unos 550 milisegundos antes de que ocurra. Los sujetos se percatan de la intención de actuar unos 350 a 400 milisegundos después de que se inicia el potencial de preparación, pero 200 milisegundos antes de que ocurra la acción motora. Así, concluyó que la acción intencional se inicia inconscientemente. Pero también observó que la conciencia puede controlar el resultado del proceso mediante una especie de poder de veto [...].³⁶
- c) Roger Penrose³⁷ refiriéndose a los experimentos de H. Kornhuber y B. Libet concluye las tres hipótesis siguientes:
- i) El acto consciente de libre albedrío es una pura ilusión y, en cierto sentido, estaba ya programado de antemano en la actividad inconsciente precedente del cerebro;
- o

³⁶ *Ibidem*, pp. 33, 34, 44, paráfrasis.

³⁷ Penrose, Roger. *Las Sombras de la Mente. Hacia una comprensión científica de la consciencia*. Editorial Crítica, Buenos Aires, Argentina, 2006, pp. 405 y ss. Paráfrasis.

- ii) Existe una posible función de último instante para la voluntad, de modo que a veces (pero no normalmente), puede revertir la decisión que había sido tomada inconscientemente durante un segundo o antes; o
- iii) En realidad el sujeto decide conscientemente la flexión de un dedo, en un tiempo anterior en un segundo más o menos, a que la flexión tenga lugar, pero percibe erróneamente, de forma sistemática, que la acción consciente ocurre en un instante muy posterior, justo antes de que el dedo sea flexionado realmente.

Benjamín Libet y su equipo, dice Penrose, han repetido los experimentos y sus conclusiones, pero hablan en contra de la hipótesis (iii) y el propio Libet parece favorecer la hipótesis (ii).

Penrose³⁸ cita otros experimentos respecto a la secuencia temporal de los aspectos sensoriales (o pasivos) de la conciencia realizados en 1979 por Libet y Feinstein. Ellos hicieron pruebas con sujetos que aceptaron ponerse electrocodos, en una parte del cerebro interesada en la recepción de señales sensoriales desde ciertos puntos de la piel. Junto con esta simulación directa, habría ocasiones en las que se estimulaba realmente el punto correspondiente de la piel.

La conclusión general fue que se necesitaría algo parecido a medio segundo de actividad neuronal (pero con alguna variación, dependiendo de las circunstancias) antes de que los sujetos pudieran hacerse conscientemente conocedores de cualquier sensación, pero en el caso de la estimulación directa de la piel, tendrían la impresión de que ya habían sido conscientes del estímulo

³⁸ *Ibidem*, p. 408.

en un instante anterior a cuando la piel fue realmente estimulada.

[...] Quizás las aparentes decisiones conscientes de uno, son realmente hechas inconscientemente en algún tiempo anterior, al menos un segundo antes. Quizá las sensaciones conscientes necesitan algo como medio segundo de actividad cerebral, antes de que puedan ser provocadas realmente. Pero si juntamos estos dos descubrimientos, entonces nos vemos llevados a la conclusión de que cualquier acción en la que un estímulo externo conduce a una respuesta conscientemente controlada, parecería necesitar un retraso temporal de entre un segundo y un segundo y medio antes de que pueda ocurrir la respuesta. De hecho la consciencia ni siquiera tendría lugar hasta que haya pasado medio segundo; y si dicha consciencia va a ponerse en acción, entonces la maquinaria aparentemente lenta del libre albedrío, tendría que ser llamada a juego, quizás con otro segundo de retraso.³⁹

Después de analizar la variable tiempo, en sus tres hipótesis se pregunta:

¿Verdaderamente existe un tiempo real en el que tiene lugar una experiencia consciente, y tal que el instante de experiencia particular debe preceder al instante de cualquier efecto de una respuesta voluntaria a dicha experiencia?

Y se responde: En vista de la relación anómala que mantiene la consciencia con la noción física de tiempo, me parece que es posible que no exista semejante tiempo claro y preciso en el que deba ocurrir un suceso cons-

³⁹ *Idem.*

ciente [...] Mi propia conjetura sería que existe algo más sutil y enigmático en acción. Si la consciencia es un fenómeno que no puede entenderse en términos físicos sin un *input* esencial de la teoría cuántica, entonces podría darse perfectamente el caso de que los misterios Z de dicha teoría están interfiriendo con nuestras conclusiones aparentemente irrefutables sobre la causalidad, la no localidad y las propiedades de contra facticidad que podrían existir realmente entre la consciencia y el libre albedrío.⁴⁰

- d) Mark Hallett,⁴¹ neurólogo, sostiene que el libre albedrío no es una fuerza que determina el movimiento. El proceso que desencadena los movimientos ocurre de manera subconsciente y la sensación de voluntad surge después de iniciado [...] Su inicio está probablemente en el área motora media, bajo la influencia de

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 407 a 409. Paráfrasis. Ver también el libro: de Roger Penrose y otros: *Lo grande, lo pequeño y la mente humana*. Cambridge University Press, Madrid, España, 1999, p. 44 donde dice: David Bohm explica el misterio Z así: Tenemos una partícula de espín 0 que se descompone en dos partículas de espín $\frac{1}{2}$; por ejemplo, un electrón y un positrón, que salen en direcciones opuestas. Entonces medimos los espines de las partículas salientes en puntos A y B muy separados. Existe un teorema muy famoso, debido a John Bell que afirma que aparece un conflicto entre las expectativas de la mecánica cuántica con respecto a las probabilidades conjuntas de los resultados de medidas en los puntos A y B y cualquier modelo “realista local”. Por “modelo realista local” entiende cualquier modelo en el que el electrón es un objeto que está en A y el positrón es otro objeto que está en B, y estos dos objetos son independientes uno de otro; no existe ninguna conexión entre ellos. Entonces esta hipótesis proporciona, para las probabilidades conjuntas de posibles medidas a realizar en A y B, unos resultados que están en conflicto con la mecánica cuántica. John Bell dejó esto muy claro. Es un resultado muy importante y experimentos posteriores, tales como los realizados por Alain Aspect en París, han confirmado esta predicción de la mecánica cuántica [...]

⁴¹ Bartra, Roger, *op. cit.*, pp. 33, 34, 44, paráfrasis.

las áreas prefrontal y límbica. La orden de moverse va a la corteza motora primaria y culmina con descargas en el área parietal. Esta última mantiene vínculos bilaterales relativamente constantes con el área frontal, y es probable que la ínsula también intervenga. Es en el seno de esta red neuronal que se genera la percepción de que el movimiento es fruto de la voluntad [...] La conducta es un producto de la genética y de la experiencia de una persona. En los circuitos neuronales funcionan los mecanismos que ocasionan el movimiento, albergan experiencias y producen impulsos homeostáticos. Allí no hay libre albedrío. Así pues, sí hay un inocente y un culpable de nuestras acciones: el cerebro.

- e) Por su parte, Roger Bartra opina que la libertad no se puede entender si la consciencia está encerrada en el cerebro [...] Coincide con Spinoza en que el libre albedrío es un bien escaso, por tanto, no todos los actos humanos son frutos de la libertad, sólo una pequeña parte escapa de los mecanismos deterministas. Lo importante es subrayar que sí son posibles los actos libres y que una fracción de lo que hacemos forma parte de un espacio social donde la voluntad consciente es un elemento causal importante. Esta voluntad consciente no puede reducirse a una escala neuronal o molecular [...] La podremos entender sólo como parte de un sistema al nivel de las interacciones sociales y culturales, en las cuales por supuesto intervienen las redes neuronales de los individuos implicados. La voluntad consciente sería una propiedad o una condición del sistema de redes cerebrales y exocerebrales. Por último, afirma, que el proceso de elegir libre

y conscientemente no es instantáneo, porque puede durar horas y días. Si lo descomponemos en una serie de micro- decisiones instantáneas, perderemos la imagen de conjunto.⁴²

Eduardo Punset⁴³ a su vez manifiesta que:

- La plasticidad cerebral permite cambiar la estructura genética por lo cual se puede ser optimistas. Utilizamos los mismos canales de comprensión cerebrales, para el hambre, que para lo abstracto, como el amor por el resto del mundo, y se produce el mismo placer.
- En el cerebro hay más espacio para la intuición que para el conocimiento racional. Nuestras decisiones son intuitivas.
- Las decisiones en el cerebro son anteriores a las decisiones conscientes; por tanto, la ventana del libre albedrío es muy pequeña.
- La memoria apenas la estamos comenzando a conocer, por eso no se puede creer a los testigos de hechos jurídicos.
- A nivel mental los ritmos del cambio son un problema. Seguimos pensando con los patrones que adquirimos en la Edad Media, por ello tenemos resistencia para adaptarnos a los conocimientos de las nuevas ciencias y sus tecnologías. Sin embargo, nos falta apreciar la gran potencialidad que tiene la experiencia individual para lograr cambiar nuestro cerebro.

⁴² *Ibidem*, pp. 41-42.

⁴³ Eduardo Punset. Director del Programa Científico Redes de la Radio Televisión Española. Entrevistado por José Gordon en el programa televisivo “La oveja eléctrica”, Canal 22. México, D. F.

- La felicidad depende de la cantidad y calidad de nuestras relaciones personales. Para ello se precisa controlar nuestra propia vida a través de saber: ¿Cuál es nuestro elemento? ¿Qué nos hace vibrar? ¿Cómo podemos controlarlo?

Feggy Ostrosky Silva⁴⁴ ha realizado una serie de estudios de medición encefalográfica y de imaginología a un número de personas, utilizando grupos de control para sacar correlaciones, como las siguientes:

- El cerebro es el órgano de la conducta y en él se originan la agresión benigna y maligna, la creatividad, el amor, el odio, la violencia y el afecto social.
- En el cerebro, las áreas que producen las emociones son diferentes a aquellas que las regulan.
- En el cerebro, las experiencias desagradables producen una gran actividad eléctrica, mientras que las agradables, lo hacen en menor medida.
- Las imágenes visuales entran al cerebro por el hemisferio derecho, que es el emocional, sincrítica. En cambio, las imágenes que recibimos a través de la lectura u otras formas no visuales, entran por el hemisferio izquierdo racional, que realiza una discriminación crítica.
- Para medir si en el cerebro hay un lugar para lo moral, mostró a las personas observadas, primero imágenes visuales, luego imágenes visuales desagradables, después imágenes visuales desagradables con contenido

⁴⁴ Ostrosky, Feggy. Directora del laboratorio de Neurobiología y Neuropsicología de la Universidad Nacional Autónoma de México. Entrevistada por José Gordon en el programa televisivo “La oveja eléctrica”, Canal 22. México, D. F.: *El cerebro ante las fronteras de la violencia*, 25 de Febrero, 15 de abril y ¿Puede el cerebro inhibir la violencia?, 27 de mayo 2014, todos a las 20:30 horas. Paráfrasis.

moral y por último imágenes visuales neutrales de objetos. Los resultados del análisis imaginológico fueron, que las zonas orbito- frontales de las personas no agresivas reaccionaron inhibitoriamente ante los eventos letales, pero en las personas más violentas, padres agresivos, maridos golpeadores, no hubo esa reacción.

- Estudiando las reacciones ante la percepción de imágenes visuales en los videojuegos y la violencia, estableció que los niños, poco a poco, prefieren los más violentos y al ser cerebros jóvenes se desensibilizan más y posteriormente hacen más daño, si se da el caso de agredir.
- Sin embargo, la plasticidad cerebral permite aprender nuevas conductas no agresivas, si el entorno no es violento.
- Vivimos un ambiente de desesperanza aprendida, pero el arte es desaprender la cultura de la violencia.
- Pero así como se pueden encender las neuronas de la violencia, también se pueden encender las neuronas de la empatía y de la solidaridad, motivando a las madres y a las familias para que los espacios de desarrollo de los niños sean pacíficos, creativos, de generosidad y reconocimiento de sí mismos y de los otros, en su diversidad.
- Si los períodos críticos de las personas con predisposición a la violencia se atienden, se pueden cambiar sus historias de vida.
- Para las personas que superan la frontera de la violencia es difícil volver atrás, porque muchas de ellas no se readaptan.
- La psicopatía es un trastorno de la personalidad en que los esquemas de comportamiento y relación con el ambiente son relativamente fijos e inflexibles. Son in-

adaptados y alteran de manera negativa la vida de las personas que los rodean.⁴⁵

Los psicópatas pueden ser personas aparentemente normales, pero los convierte en una amenaza psicológica para quienes se relacionan con ellos. Su frialdad, egoísmo y falsedad corroen sus relaciones sociales a todos los niveles. Pueden ser encantadores pero faltos de remordimientos y de empatía con los otros, por lo que son incapaces de ponerse en el lugar del otro.⁴⁶

En el espacio carcelario mexicano el 25% de los internos son psicópatas y en la población libre, lo son del 1 al 3%.

Pero entonces, se ve claramente que el 75% de los reclusos lo están, por otras motivaciones que no son la psicopatía. Y sale a la luz, el carácter político del delito, pues basta que un líder o un grupo de personas criminalicen una conducta, para que las persecuciones y los abusos del poder, llenen las cárceles en ese porcentaje.

En síntesis, dice Alejandro Sánchez González:

Nunca habría dolo ni culpabilidad, si toda decisión en su primera causa resulta inconsciente. Por ello es necesario reformular los presupuestos que integran el dolo (conocer y querer) y la culpabilidad (imputabilidad, conciencia de antijuridicidad y exigibilidad de otra conducta), pues tienen sustento en meras suposiciones y presunciones legales sin rigor científico biológico, neuro-fenomenológico.⁴⁷

⁴⁵ Ostrosky-Silva, Feggy, *Mentes asesinas. La violencia en tu cerebro*, Quinto Sol, S.A. de C. V., México, D. F. p. 112, paráfrasis.

⁴⁶ Ostrosky-Silva, Feggy, *Mentes asesinas. La violencia en tu cerebro*, Quinto Sol, SA de CV, México, D. F. p. 112.

⁴⁷ Sánchez González, Alejandro. Abogado litigante miembro del Bufete Mendoza Morales y Asociados. Pláticas y análisis sobre los temas tratados.

VI. CONCLUSIONES

- ✓ Las luces derivadas de los avances científicos en los procesos de percepción, cognición, decisión y acción humanos, hacen evidente que la teoría y la dogmática jurídico-penales son discursos especulativos y sin validez frente a la ciencia básica.
- ✓ Las nuevas epistemologías que nos sirvieron de herramientas, para analizar el dolo, la imputabilidad y la culpabilidad de las personas, dejan en claro que no es posible tener en cuenta, ni controlar todas las distorsiones que se producen en la recreación de los hechos jurídicos, o en las subjetividades de los actores en el procedimiento judicial.
- ✓ Como la solución de esos problemas es muy difícil, y por ahora imposible, la teoría penal y la fabricación de la “verdad jurídica” son un engaño para todos y particularmente para los juzgadores que deciden por poder, con “verdades a medias” o con “mentiras completas”.⁴⁸

VII. FUENTES DE CONSULTA

- BARTRA, Roger. *Cerebro y Libertad. Ensayo sobre la moral, el juego y el determinismo*. Fondo de Cultura Económica, México, D. F. 2013.
- BATESON, Gregory. *Una unidad sagrada. Pasos ulteriores hacia una ecología de la mente*. Editorial Gedisa, Barcelona, España, 2006.
- BLACKMORE, Susan. *El Zen y el Arte de la Conciencia*. Editorial Paidós, Madrid, España, 2012.

⁴⁸ Ver: Augusto Sánchez Sandoval y Alicia González Vidaurri. *El Derecho Penal y la Cibernética*. Editorial de la Facultad de Estudios Superiores Acatlán, Universidad Nacional Autónoma de México, en proceso de edición, 2016.

- OSTROSKY-SILVA, Feggy. *Mentes asesinas. La violencia en tu cerebro*. Editorial Quinto Sol, SA de CV, Ciudad de México, 2011.
- PENROSE, Roger. *Las Sombras de la Mente. Hacia una comprensión científica de la consciencia*. Editorial Crítica, Buenos Aires, Argentina, 2012.
- PENROSE, Roger y otros, *Lo grande, lo pequeño y la mente humana*. Cambridge University Press, Madrid, España, 1999.
- POZO SILVA, Nelson. *Imputabilidad Penal y Mente*. Editorial Arcis, Universidad de Arte y Ciencias Sociales y el Centro de Estudios Jurídicos e Institucionales. Santiago, Chile.
- SCHRÖDINGER, Erwin. Premio Nobel de Física con Paul Dirac, 1933. *¿Qué es la vida?* Tusquets Editores. México, 2012.
- ZAFFARONI, Raúl; Tenorio Tagle, Fernando y otros. *Manual de Derecho Penal Mexicano*. Editorial Porrúa, México, D. F. 2013.

OTRAS FUENTES

- OSTROSKY, Feggy. Directora del laboratorio de Neurobiología y Neuropsicología de la Universidad Nacional Autónoma de México. Entrevistada por José Gordon en el programa televisivo “La oveja eléctrica”, Canal 22. México, D. F.: *El cerebro ante las fronteras de la violencia* 25 de Febrero; 15 de abril y *¿Puede el cerebro inhibir la violencia?*, 27 de mayo 2014, todos a las 20:30 horas.
- PUNSET, Eduardo. Director del Programa Científico Redes de la Radio Televisión Española. Entrevistado por José Gordon en el programa televisivo “La oveja eléctrica”, Canal 22 de televisión. Ciudad de México.

EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

LILIANA PÉREZ DE LA ROSA¹

SUMARIO: I. Antecedentes. II. La presunción de inocencia en México. III. La presunción de inocencia en el ámbito internacional. IV. Alcances de la presunción de inocencia en el sistema de justicia penal adversarial. V. Problemática de la presunción de inocencia y la presunción de culpabilidad: análisis comparativo de diversos casos. VI. Fuentes de consulta.

I. ANTECEDENTES

Para Luigi Ferrajoli el concepto de presunción de inocencia se remonta al Derecho Romano, tiene un gran impulso en el sistema canónico y atraviesa el Medievo; al respecto, señala los escritos de Trajano, para quien “*Satius est impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnari*”, lo que podemos entender como: “Es mejor dejar impune un delito, que condenar a un inocente”; la máxima de Pablo “*Ei incumbit probatio quid dicit, non quinegat*”, que significa “le incumbe probar a quién afirma no a quién niega” y los brocardos medievales “*affirmanti non neganti incumbit probatio*” y “*actore non probante reus absolvitur*” que se entiende en español “al que afirma, no al que niega, incumbe la obligación de probar, quien afirma es quien debe probar” y “si el actor no prueba su acción el reo debe ser absuelto”.²

Lo anterior se ve opacado por la Edad Media, época en la que los procesos penales se basaban en la sospecha, lo cual sembraba la desconfianza y se podía formular todo un procedimiento basado

¹ Maestra en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Estudios Superiores Acatlán.

² Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1997, pp. 549 y 550.

en ésta. Ejemplo de ello lo encontramos en el proceso inquisitivo, cuando los perseguidores inducían a que jueces pronunciaran falsas sentencias. No obstante, se imponían medidas de precaución que proporcionaban a los soberanos y a los jueces responsables los medios necesarios para rechazar acusaciones infundadas por brujería y evitar ejecuciones.

El código de Carlos V en el artículo 21 establecía que: “Nadie podrá ser apresado o interrogado con aplicación del tormento en el caso de que hubiere sido denunciado por personas que pretenden predecir la fortuna valiéndose de prácticas de encantamiento u otras artes...” antes bien tales “delatores han de ser castigados por sus denuncias”.³

Otro ejemplo, de la opacidad antes mencionada, se puede encontrar en *El Directorium inquisitorum* o Manual de Inquisidores, escrito hacia 1376 por el dominico *Nicolau Eimeric*.

El comisario inquisitorial deberá recibir todas las delaciones, informaciones y acusaciones de quien sea, contra quien sea (dentro de la jurisdicción de la diócesis); “proceder contra quien considere oportuno hacerlo; citar tanto a delincuentes como a testigos; prender, retener, recibir testimonios y confesiones, examinarlos, llamar a testificar; torturar –con Su Ilustrísima del obispo-, para conseguir declaraciones; encarcelar, convocar a expertos y, en términos generales, hacer todo lo que el inquisidor podría hacer si estuviera físicamente presente.”⁴

³ Baschwitz, Kurt, *Brujas y procesos por brujería*, Caralt, Barcelona, 1998, p. 258.

⁴ Nicolau, Eimeric, y Francisco Peña, *El manual de los inquisidores*, Muchnik Editores, Barcelona, 1983, p. 15.

La forma de proceder del comisario tiene reservada la facultad de investigación con la finalidad de obtener la confesión, ignorando por completo si el hombre o la mujer sujetos a acusación eran inocentes, lo importante era probar la culpabilidad, al precio que fuese necesario.

El dominico *Johannes Nider*, escribe respecto de los métodos de persecución de brujas, en su obra *Fornicarius* (1435-1437). En el Libro V, capítulo 3, refiere la experiencia de un inquisidor que conoció sobre los ritos de iniciación y maleficios⁵ a través del propio hereje, donde éste confiesa e inculpa a su esposa y ambos fueron quemados.

Como se aprecia, el principio de presunción de inocencia no operaba en aquellos tiempos, al contrario, se presumía la culpabilidad de la persona y sólo eso bastaba para iniciar un procedimiento en su contra. Hoy en el año 2015, se le llama facultad de investigar.

Al inicio de la etapa Moderna, escribe Hobbes “cómo puede haber un delito para el que no haya sentencia, ni cómo puede infligirse una pena sin una sentencia previa”.⁶ En 1764, Cesare Bonesana, Marqués de Beccaria, en el Tratado *de los Delitos y de las Penas*, en el capítulo XI, Del Tormento, expresa que:

Un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección, sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo que le fue concedida. ¿Qué derecho, sino el de la fuerza, será el que dé potestad al juez para imponer pena a un ciudadano, mientras se duda si es reo o inocente?

...

⁵ Muchembled, Robert, *Historia del diablo. Siglos XII y XX*, Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 52.

⁶ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, p. 550.

Son inútiles los tormentos, porque es inútil la confesión del reo; si es incierto, no se debe atormentar un inocente, porque tal es según las leyes un hombre cuyos delitos no están probados.⁷

Sin definir la presunción de inocencia, se puede deducir que está presente, ya que un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, y más aún cuando se consideraba el tormento como práctica eficaz para obtener la confesión de delitos que aún no son probados. Más adelante, en esa misma obra, pero esta vez en el capítulo XXIX, De la Prisión, menciona:

Un error no menos común que contrario al fin social, que es la opinión de la propia seguridad, nace de dejar al arbitrio del magistrado, ejecutor de las leyes, el encarcelar a un ciudadano, quitar la libertad a un enemigo con pretextos frívolos, y dejar sin castigo a un amigo, con desprecio de los indicios más fuertes que le descubren reo. La prisión es un pena que por necesidad debe, a diferencia de las demás, preceder a la declaración de un delito; pero este carácter distintivo suyo no le quita el otro esencial, esto es, que sólo la ley determine los casos en que el hombre es digno de esa pena.⁸

En este párrafo, señala el error de dejar al arbitrio del magistrado la aplicación de las leyes, y que se deje llevar de forma visceral o superficial, a lo que suma la falta de consideración y valoración de los indicios que serán los que señalen quién es el culpable, por lo tanto, se habla de un inocente que es declarado culpable.

La presunción de inocencia se incluyó en la redacción de la *Declaración de los Derechos del Hombre*, la cual fue aprobada por la

⁷ Beccaria Cesare, *Tratado de los delitos y de las penas*, Porrúa, México, 1982, pp. 60 y 61.

⁸ *Ibidem*, p.146.

Asamblea Nacional Francesa Constituyente, tras la reunión de los Estados Generales durante la Revolución Francesa, el 26 de agosto de 1789, y que en los artículos 7, 8 y 9, señala:

Artículo 7.

Ninguna persona puede ser acusada, detenida ni encarcelada sino en los casos determinados por la ley según las formas prescritas en ella. Los que solicitan, facilitan, ejecutan o hacen ejecutar órdenes arbitrarias deben ser castigados; pero todo ciudadano llamado o requerido en virtud de lo establecido en la ley debe obedecer inmediatamente: se hace culpable por la resistencia.

Artículo 8

La ley no debe de establecer más que penas estrictas y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada.

Artículo 9

Toda persona, siendo presumida inocente hasta que sea declarada culpable, si se juzga indispensable su detención, la ley debe de reprimir severamente todo rigor que no sea necesario para el aseguramiento de su persona.

En América del Norte, la llamada *Enmienda Miranda* a la Constitución de los Estados Unidos de América, ratificada el 15 de diciembre de 1791, también menciona el principio de presunción de inocencia, al establecer que:

Ninguna persona será detenida para que responda por un delito punible con la pena de muerte, u otro delito infame, sin un auto de denuncia o acusación formulado por un Gran Jurado, salvo en los casos que se presenten en las fuerzas terrestres o navales,

o en la Milicia, cuando éstas estén en servicio activo en tiempo de Guerra o de peligro público; tampoco podrá someterse a una persona dos veces, por el mismo delito, al peligro de perder la vida o sufrir daños corporales; tampoco podrá obligársele a testificar contra sí mismo en una causa penal, ni se le privará de la vida, la libertad, o la propiedad sin el debido proceso judicial; tampoco podrá enajenarse la propiedad privada para darle usos públicos sin una compensación justa.⁹

Como se ha podido apreciar, desde aproximadamente el siglo II a. C. se daba especial importancia a la presunción de inocencia, es decir, sin ser redundante, se privilegiaba la inocencia de las personas antes de someterlas a juicio, lo cual cambió al instaurarse el procedimiento inquisitorio, en el que se consideró la presunción de culpabilidad como el inicio de un proceso, y bastaba el señalamiento, acusación directa o cualquier otro medio de denuncia para que se iniciara el proceso en contra de otra persona. En este proceso se permitía que la o el acusador probara la culpabilidad del acusado.

Después de la Revolución Francesa, inicia la etapa moderna de la humanidad, surge el Estado de Derecho basado en el concepto de soberanía, en la separación de los Poderes, en la codificación y el imperio de la ley, en el juez como *boca de la ley*. La vertiente iluminista de la Revolución Francesa y el desarrollo de los clásicos, desembocan en la cultura de los Derechos Humanos, se considera al hombre sujeto de derechos, entre ellos el derecho a ser presumido inocente, hasta que se demuestre lo contrario.

⁹ Enmienda V a la Constitución de los Estados Unidos de América, Disponible en: http://www.cato.org/pubs/constitution/amendments_sp.html. Consultado el 18 de febrero de 2015.

II. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN MÉXICO

La presunción de inocencia, que en su formulación latina se enuncia *in dubio pro reo*, ha estado presente en nuestro ordenamiento y en la propia jurisprudencia penal como principio general,¹⁰ mismo que obliga a absolver si no se demuestra la responsabilidad del imputado.

Tal como se muestra en el Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana, conocido como Constitución de Apatzingán, del 22 de octubre de 1814, también denominada *Los Sentimientos de la Nación*, en el capítulo V De la Igualdad, Seguridad, Propiedad y Libertad de los Ciudadanos, en los artículos 30 y 31 establecen que:

Art. 30. Todo ciudadano se reputa inocente, mientras no se declara culpado.

Art. 31. Ninguno debe ser juzgado ni sentenciado, sino después de haber sido oído legalmente.¹¹

Es decir, todo ciudadano se reputa inocente mientras no se declare culpable, situación que se verá reflejada en la práctica a pesar de que se ha implementado el nuevo sistema de juicios orales, en el que el principio de presunción de inocencia debe imperar.

Con las *Siete Leyes Constitucionales de 1836*, cambia trascendentalmente el panorama del país en esa época, ejemplo de ello es la transformación de los Estados federados en departamentos subordinados al gobierno central, sin embargo, conservó la división de los poderes nacionales en Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

¹⁰ Plascencia Villanueva, Luis, *La presunción de inocencia*, en Revista de la Comisión Estatal de Derechos Humanos, México, 2004, p. 4.

¹¹ Galena, Patricia, *Antología documental. Los Sentimientos de la Nación de José María Morelos y Pavón*, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, 2013, p.152.

Por lo que interesa al tema de análisis, la *Primera Ley sobre los Derechos y Obligaciones de los Mexicanos y los Habitantes de la República*, menciona en el artículo 2 que:

Son derechos del mexicano:

No poder ser preso sino por mandamiento de Juez competente, dado por escrito y firmado, ni aprehendido, sino por disposición de las autoridades á (sic) quienes corresponda según ley. Excepción (sic) el caso de delito infraganti en el que cualquiera pueda ser aprehendido, y cualquiera pueda aprehenderle, presentándole desde luego á (sic) su juez ó á (sic) otra autoridad pública.¹²

Esto es, se entiende como un derecho a no ser aprehendido, está implícito que se presume que sea inocente, y sólo mediante un mandato de autoridad, es decir, con algún indicio de culpabilidad se podrá aprehender, esta misma situación es mencionada en las *Bases Orgánicas de la República Mexicana* de 1843, que tuvieron vigencia por un poco más de tres años, al estipular que:

- V. A ninguno se aprehenderá sino por mandato de algún funcionario a quien la ley dé autoridad para ello; excepto el caso de delito in fraganti, en que puede hacerlo cualquiera del pueblo, poniendo al aprehendido inmediatamente en custodia a disposición de su juez.
- VI. Ninguno será detenido sino por mandato de autoridad competente, dado por escrito y firmado, y solo cuando obren contra él indicios suficientes para presumirlo autor del delito que se persigue. Si los indicios se corroboraren legalmente, de modo que presten mérito

¹² Ximeno, José, *Bases y Leyes Constitucionales de la República Mexicana, Decretadas por el Congreso General de la Nación en el año de 1836*, Imprenta del Águila, México 1837, pp. 10 y 11.

para creer que el detenido cometió el hecho criminal, podrá decretarse la prisión.¹³

La Constitución Política de la República Mexicana de 1857,¹⁴ consideró la inclusión del Título Primero, Sección I, De Los Derechos Del Hombre, la cual menciona libertades o garantías de los ciudadanos, entre los derechos que señala, encontramos en los artículos 13 y 14:

Artículo 13.

En la República Mexicana *nadie puede ser juzgado por leyes privativas, ni por tribunales especiales*. Ninguna persona ni corporación, puede tener fueros, ni gozar emolumentos que no sean compensación de un servicio público, y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra solamente para los delitos y faltas que tengan exacta conexión con la disciplina militar. La ley fijará con toda claridad los casos de excepción.

Artículo 14.

No se podrá expedir ninguna ley retroactiva. Nadie puede ser juzgado ni sentenciado, sino por leyes dadas con anterioridad al hecho y exactamente aplicadas á (sic) él, por el tribunal que previamente haya establecido la ley.

Es relevante mencionar que en este documento se abandona el modelo de la presunción de inocencia, mencionado en *Los Sentimientos de la Nación*, por ser de origen centralista, sin embargo incorpora la garantía de legalidad, de prohibición de retroactividad en perjuicio

¹³ Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1842.pdf> Consultado el 1 de octubre de 2015.

¹⁴ Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1857.pdf> Consultado el 1 de octubre de 2015.

de la persona, la prohibición de analogía y prevé la exacta aplicación de la ley.

En el diario de debates de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, el Congreso Constituyente, criticó y discutió la forma como se enjuiciaba a los criminales, comparó el procedimiento al que se encontraba sujeto el criminal con el procedimiento inquisitorio, como se menciona a continuación:

El Artículo 20 de la Constitución de 1857 señala las garantías que todo acusado debe tener en un juicio criminal; pero en la práctica esas garantías han sido enteramente ineficaces, toda vez que, sin violarlas literalmente, al lado de ellas se han seguido prácticas verdaderamente inquisitoriales, que dejan por regla general a los acusados sujetos a la acción arbitraria y despótica de los jueces y aun de los mismos agentes o escribientes suyos. El procedimiento criminal en México ha sido hasta hoy, con ligerísimas variantes, exactamente el mismo que dejó implantado la dominación española, sin que se haya llegado a templar en lo más mínimo su dureza, pues esa parte de la legislación mexicana ha quedado enteramente atrasada, sin que nadie se haya preocupado en mejorarla. Diligencias secretas y procedimientos ocultos de que el reo no debía tener conocimiento, como si no se tratase en ellos de su libertad o de su vida; restricciones del derecho de defensa impidiendo al mismo reo y a su defensor asistir a la recepción de pruebas en su contra, como si se tratase de actos indiferentes que de ninguna manera podrían afectarlo y, por último, dejar la suerte de los reos casi siempre entregada a las maquinaciones fraudulentas y dolosas de los escribientes, que por pasión o por vil interés alteraban sus propias declaraciones, las de los testigos que deponían en su contra, y aún las de los que se presentaban a declarar en su favor.

En la sesión inaugural celebrada en el Teatro Iturbide, del 19 de diciembre de 1916, al rendir su informe Venustiano Carranza menciona:

La ley concede al acusado la facultad de obtener su libertad bajo de fianza durante el curso de su proceso; pero tal facultad quedó siempre sujeta al arbitrio caprichoso de los jueces, quienes podían negar la gracia con sólo decir que tenían temor de que el acusado se fugase y se sustrajera a la acción de la justicia.¹⁵

Con lo anterior, se reconocen las malas prácticas en el sistema de impartición de justicia que habían sido de plano ejecutadas por la autoridad, sin embargo, el constituyente de 1917 al haberlas identificado, logra cambiar y sentar las bases del procedimiento penal como más garantista.¹⁶ Tal como se establece más adelante en el discurso, anteriormente citado, al referirse al artículo 14 de la Constitución de 1857, se pretendió:

...dar una extensión indebida, estaba la necesidad ingente de reducir a la autoridad judicial de los Estados a sus justos límites, pues bien pronto se palpó que convertidos los jueces en instrumentos ciegos de los gobernadores, que descaradamente se inmiscuían en asuntos que estaban por completo fuera del alcance de sus atribuciones, se hacía preciso, tener un recurso, acudiendo a la autoridad judicial federal para reprimir tantos excesos.

¹⁵ Diario de los Debates del Congreso Constituyente 1916-1917, edición de la Comisión Nacional para la celebración del sesquicentenario de la proclama de la Independencia Nacional y del cincuentenario de la Revolución Mexicana, Tomo I, México 1960, p. 390.

¹⁶ Se considera más garantista porque se incluyen en la Constitución de 1917, los principios garantía de legalidad, de prohibición de retroactividad en perjuicio de la persona, la prohibición de analogía y prevé la exacta aplicación de la ley.

Finalmente, hasta hoy no se ha expedido ninguna ley que fije, de una manera clara y precisa, la duración máxima de los juicios penales, lo que ha autorizado a los jueces para detener a los acusados por tiempo mayor del que fija la ley al delito de que se trata, resultando así prisiones injustificadas y enteramente arbitrarias.¹⁷

En este sentido, el artículo 14 quedó de la siguiente manera:

Artículo 14. A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad, o de sus propiedades, posesiones y derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En 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.

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, a falta de ésta, se fundará en los principios generales del Derecho.

En la reforma planteada se confirma la autoridad exclusiva otorgada a los jueces¹⁸ de imponer penas y concede a la autoridad administrativa la facultad de castigar la infracción a los reglamentos

¹⁷ *Ibidem*, p. 390.

¹⁸ Artículo 21 de la Constitución de 1857, el cual dio a la autoridad administrativa la facultad de imponer como corrección hasta quinientos pesos de multa, o hasta un mes de reclusión en los casos y modo que expresamente determine la ley. Disponible en: <http://www.museodelasconstituciones.unam.mx/Exposiciones/page14/page8/page8.html> Consultado el 1 de octubre de 2015.

de policía, que se concretarán al pago de multas y no incluirán la reclusión. Es decir, separa la función de los jueces y las funciones de la policía.

Pero la reforma no se detiene allí, sino que propone una innovación completa del sistema procesal, al considerar que:

Los jueces mexicanos han sido, durante el período corrido desde la consumación de la Independencia hasta hoy, iguales a los jueces de la época colonial: Ellos son los encargados, de averiguar los delitos y buscar las pruebas, a cuyo efecto siempre se han considerado autorizados a emprender verdaderos asaltos contra los reos, para obligarlos a confesar, lo que sin duda alguna desnaturaliza las funciones de la judicatura.

La sociedad entera recuerda horrorizada los atentados cometidos por jueces que, ansiosos de renombre, veían con positiva fruición que llegase a sus manos un proceso que les permitiera desplegar un sistema completo de opresión, en muchos casos contra personas inocentes, y en otros contra la tranquilidad y el honor de las familias, no respetando, en sus inquisiciones, ni las barreras mismas que terminantemente establecía la ley.¹⁹

Lo que pretende contrarrestar con la institucionalización del Ministerio Público, que en esta reforma planteada evitará continuar con los vicios del sistema anterior, al dejarle como subordinada la policía, a fin de quitar a los presidentes municipales y a la policía común, la facultad de aprehensión, la cual ejercían al aprehender

¹⁹ Diario de los Debates del Congreso Constituyente 1916-1917, edición de la Comisión Nacional para la celebración del sesquicentenario de la proclama de la Independencia Nacional y del cincuentenario de la Revolución Mexicana, Tomo I, México 1960, p. 391.

a cuantas personas juzgaran sospechosas, sin más méritos que su particular criterio.

De tal forma que la libertad individual quedará asegurada; porque según el artículo 16, nadie podrá ser detenido sino por orden de la autoridad judicial, la que no podrá expedirla sino en los términos y con los requisitos que el mismo numeral exige, ya que de lo que se trata es evitar que las personas inocentes vayan a ser confundidas con criminales, ya sea que se trate de prisión preventiva o prisión para cumplir la pena.²⁰

Es hasta la reforma constitucional de 2008, en materia penal, la cual modificó el sistema de justicia penal e incorporó el principio de presunción de inocencia por primera vez de manera expresa como derecho del imputado, e incorporó al sistema jurídico los llamados juicios orales, adversariales o sistema acusatorio, y con la reforma de 2011 en materia de Derechos Humanos se consagró el principio de presunción de inocencia como un derecho humano, el cual está enunciado tanto en la Constitución Política vigente y respaldada en el ámbito internacional por los tratados internacionales, convenciones y pactos en la materia.

Resulta controversial que desde 1917 el sistema de justicia penal, es decir, el procedimiento penal, conservó hasta 2008 las mismas características; como su nombre lo indica, sigue un camino hacia adelante, por lo que se estructura a partir de diferentes etapas procesales las cuales se encuentran vinculadas entre sí, pero en cada una de estas etapas deben existir elementos probatorios que, en un principio, aseguren la existencia de un delito y la probable responsabilidad del imputado y, posteriormente, se acredite, en su caso, dicha responsabilidad.

Por último, el principio de presunción de inocencia del imputado, en el proceso penal, se encuentra previsto en el artículo 20, apartado B, fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos

²⁰ *Ibidem*, p. 954.

Mexicanos y se complementa con el derecho a guardar silencio previsto en la fracción II del numeral de referencia.²¹

Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

B. De los derechos de toda persona imputada:

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

V. A declarar o a guardar silencio. Desde el momento de su detención se le harán saber los motivos de la misma y su derecho a guardar silencio, el cual no podrá ser utilizado en su perjuicio. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida sin la asistencia del defensor carecerá de todo valor probatorio.

III. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

En la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el artículo 9 señala que “Toda persona se presume inocente hasta que sea declarado culpable”, lo que es retomado en la Constitución Francesa al señalar que “Cualquier hombre se presume inocente mientras no sea declarado culpable, por lo cual si se juzga indispensable detenerlo, la ley deberá reprimir severamente cualquier rigor innecesario en la detención de su persona”.

El principio de presunción de inocencia no solamente forma parte de nuestro sistema jurídico doméstico, sino que además es

²¹ López Medrano, Delio Dante, *Derecho penal. Parte general*, México, Flores Editor, 2014, p.40.

recogido por el Sistema Internacional de los Derechos Humanos, como a continuación se menciona.

Después de la Segunda Guerra Mundial, el mundo se encontraba haciendo una retrospectiva de lo que pasó; de un lado del mundo se proclamaba la paz, en otro se contaban por miles las víctimas, y en otro extremo más, se hacía el recuento de los daños. Razones por las cuales la Organización de las Naciones Unidas y los líderes del mundo decidieron complementar la *Carta de las Naciones Unidas* con una hoja de ruta para garantizar los derechos de todas las personas en cualquier lugar y en todo momento, y el 10 de diciembre de 1948 en París, fue adoptada la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, por la tercera Asamblea General de las Naciones Unidas, con el voto de 48 países, incluyendo México. Este documento pondera la presunción de inocencia como un derecho humano, al establecer que:

Artículo 11. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.²²

México es parte de la Organización de Estados Americanos (OEA),²³ el cual es un organismo regional de las Naciones Unidas, mismo que en la Novena Conferencia Internacional Americana, aprobó

²² Disponible en <http://www.un.org/es/documents/udhr/>. Consultada el 9 de octubre de 2015.

²³ Organismo regional muy antiguo. Surgió en la Primera Conferencia Internacional Americana, celebrada en Washington, D.C., de octubre de 1889 a abril de 1890 y se acordó crear la Unión Internacional de Repúblicas Americanas la cual al

la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, en Bogotá, Colombia, la que fue ratificada por nuestro país el 2 de marzo de 1981 y entró en vigor el 24 de marzo de ese mismo año, misma que establece que:

Artículo XXVI.

Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable.

Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas.²⁴

En el mismo sentido el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* de 16 de diciembre de 1966, al cual se adhirió México, fue aprobado por el Senado el 18 de diciembre de 1980 y publicado el 9 de enero de 1981 en el Diario Oficial de la Federación. Concretamente en el artículo 14 párrafo 2 señala que: Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.²⁵

La *Convención Americana sobre Derechos Humanos* de 22 de noviembre de 1969, aprobada por el Senado el 18 de diciembre de 1980, se promulgó el 7 de mayo de 1981, en el artículo 8, segundo párrafo, refiere que: Artículo 8. Garantías Judiciales. Toda persona inculpada

paso del tiempo formó un sistema interamericano. Disponible en: http://www.oas.org/es/acerca/quienes_somos.asp Consultado el 9 de octubre de 2015.

²⁴ Disponible en <http://sre.gob.mx/direccion-general-de-derechos-humanos/iidh>. Consultado el 10 de octubre de 2015.

²⁵ Disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D47.pdf>. Consultado el 10 de octubre de 2015.

de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.²⁶

Por último están las *Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos*, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, resolución del Consejo Económico y Social, que en el apartado C) *De las Personas Detenidas o en Prisión Preventiva*, artículo 84, párrafo 2, estipula que:

84. 1) A los efectos de las disposiciones siguientes es denominado “acusado” toda persona arrestada o encarcelada por imputársele una infracción a la ley penal, detenida en un local de policía o en prisión, pero que todavía no ha sido juzgada.

2) El acusado gozará de una presunción de inocencia y deberá ser tratado en consecuencia.²⁷

Estas disposiciones tuvieron que ser plasmadas en instrumentos internacionales ya que parecía que los jueces estaban más interesados en probar los delitos y no en encontrar la verdad de los hechos, lo que da como resultado castigar a un inocente. La presunción de inocencia se consideraba un principio teórico del Derecho y hoy en día se reconoce su importancia al considerarse un derecho fundamental, al incluirse en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el artículo 20, apartado B, fracción I.

El derecho a ser presumido inocente es un principio fundamental, que es reconocido en diversos instrumentos internacionales que México ha firmado, y por lo tanto son vinculantes, debe estar en armonía con el Derecho Positivo Mexicano.

²⁶ Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Spanish/Basicos2.htm>. Consultado el 10 de octubre de 2015.

²⁷ Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/TreatmentOfPrisoners.aspx>. Consultado el 10 de octubre de 2015.

Lo anterior, la Suprema Corte de Justicia Nación no considera relevante ya que en la contradicción de tesis 68/2005-PS menciona que éste es reconocido implícitamente:

CAUSA DE EXCLUSIÓN DEL DELITO. LA CARGA DE LA PRUEBA LE CORRESPONDE A QUIEN LA HACE VALER.

Se entiende por causa de exclusión del delito aquella que, concurriendo en el comportamiento de una persona, la releva de su responsabilidad penal, aun cuando la acción u omisión que haya realizado esté prevista en la ley como delito. Ahora bien, la carga de la prueba corresponde a quien hace valer dicha causa, atento al principio general de derecho que establece que quien afirma está obligado a probar, lo mismo que el que niega, cuando su negación sea contraria a una presunción legal o cuando envuelva la afirmación expresa de un hecho. Lo anterior no vulnera los principios de debido proceso legal y acusatorio, íntimamente relacionados con el principio de presunción de inocencia —implícitamente reconocido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos—, pues ello de ninguna manera releva al Ministerio Público de la Federación de la carga de la prueba de todos los elementos del delito, sino que únicamente impone al procesado la carga probatoria respecto a la causa de exclusión del delito que haga valer, una vez que éste ha sido plenamente probado por la referida representación social, por implicar una afirmación contraria a lo probado, que corresponde probar a quien la sostiene.

Contradicción de tesis 68/2005-PS. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Quinto Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Octavo Circuito. 3 de agosto de 2005. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Miguel Enrique Sánchez Frías. Localización: Novena Época, Primera Sala,

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXIII, marzo de 2006, p. 203, tesis 1a. CX/2005, aislada, Penal.

Nota: ésta tesis no constituye jurisprudencia pues no contiene el tema de fondo que se resolvió.²⁸

IV. ALCANCES DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL ADVERSARIAL

En el primer párrafo del artículo 20 del texto fundamental se dispone: El proceso penal será acusatorio y oral. Para fines prácticos refieren lo mismo. Este nuevo proceso se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

Antes de analizar los principios previamente mencionados, debemos señalar en qué consiste el principio de garantía judicial y el principio de legalidad, que juntos hacen referencia a que las penas se impongan por el órgano competente, y una vez que se ha llevado a cabo el proceso legalmente establecido, el cual impone los límites formales al derecho de castigar del que es titular el Estado.

El principio del debido proceso abarca las garantías que rigen el procedimiento, con ellas, el legislador busca garantizar la correcta aplicación y vigencia del proceso judicial;²⁹ con relación a las fases de aplicación y ejecución del sistema penal, este principio constituye el derecho fundamental más importante.

En este nuevo sistema, lo adversarial hace referencia a la forma de construir la verdad jurídica: la *disputatio*,³⁰ es decir, los adversarios

²⁸ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXII, de octubre de 2005, Pág. 182. También disponible en: <http://200.38.163.178/sjsist/Paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=19074&Clase=DetalleTesis Ejecutorias>. Consultado del 7 de octubre de 2015.

²⁹ Gómez Lara, Cipriano, *El debido proceso como Derecho Humano*, p. 345, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1968/17.pdf>. Consultado el 30 de enero de 2015.

³⁰ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, 1997, p. 565.

pelean, luchan, para acceder a la verdad.³¹ En este sentido, Luigi Ferrajoli afirma que:

[...] todos los actos en que se expresa el principio de contradicción, imputación, absoluciones, testimonios, confesiones, denuncias del co-implicado, reconocimientos, careos, requisitorias, alegatos defensivos, impugnaciones, excepciones, etc.- equivalen a momentos de un conflicto entre verdades judiciales contrapuestas: es decir, entre aserciones que enuncian o sostienen hipótesis acusatorias y aserciones que las contradicen, confutando con ello no sólo su verdad, sino también la validez de los preceptos en que se apoyan.³²

El que el sistema sea acusatorio hace mención a las bases del derecho penal moderno, mismas que tienen su origen en el pensamiento ilustrado, pero particularmente hace referencia a la necesidad de desvirtuar la presunción de inocencia, de donde se desprende como principio que quien acusa lo debe probar. Para Ferrajoli:

Se puede llamar acusatorio a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rigidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción.³³

El procedimiento acusatorio se integra en el principio de garantía judicial o jurisdiccional que, junto con el principio de legalidad

³¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Derecho penal. Parte general*, Porrúa, México, 2001, p. 249.

³² Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, p. 543.

³³ *Ibidem*, p. 564.

(*nullum crimen nulla poena sine lege*), constituye el límite que se impone al derecho de castigar que se atribuye el Estado.³⁴ La garantía jurisdiccional conlleva que “las penas se impongan por el órgano competente y una vez que se ha llevado a cabo el proceso legalmente establecido.”³⁵ Este principio se denomina del debido proceso, pues hace particular referencia a las garantías a observar en el procedimiento,³⁶ y constituye el “derecho fundamental más importante relacionado con la formalidad de la intervención del sistema penal en sus fases de aplicación y ejecución.”³⁷ Gaetano Filangieri (1752-1788) resume los aspectos más relevantes del modelo, por lo que es válido afirmar que ya en el siglo XVII ya se conocían e implementaban los principios del ahora denominado *nuevo sistema*:

Citar a un hombre a quien se acusa de un delito; conducirlo ante el magistrado competente; mostrarle su acusador; manifestarle la acusación; preguntarle sin misterio sobre la verdad de lo que se ha afirmado contra él; no mostrar preocupación a favor de ninguna de las partes; conceder igual número de días al reo para justificarse y al acusador para sostener la verdad de la acusación; abolir todos los actos extrajudiciales, todos los altercados indecentes entre el juez y el acusado, todos los terrores, violencias y asechanzas que hacen tan abominable, tan indigno e injusto el actual sistema; desembarazar la justicia de aquella

³⁴ Mir Puig, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, B de F, Buenos Aires, 2003, p. 132.

³⁵ Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán, *Derecho penal. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 109.

³⁶ Bustos Ramírez, Juan J. y Hernán Hormazábal Malarée, *Lecciones de Derecho Penal*, p. 100.

³⁷ Martínez Sánchez, Mauricio, *La crisis de la justicia penal en Colombia. Promesas Constitucionales Incumplidas*, Bogotá, Temis, 1999, p. 18.

oscuridad voluntaria en que se envuelve con el misterio de la pesquisa; abolir los juramentos inútiles...³⁸

El debate en torno a la naturaleza del procedimiento se debe resolver acudiendo a los principios, en este sentido los procedimientos se caracterizan según la estructura de los actos que conforman la serie en que se desenvuelven. Estos rasgos constituyen su fundamento, por lo que cumplen una doble función: guían la interpretación del texto legal y establecen los límites del Estado en el ejercicio del Derecho a sancionar.³⁹ Se enuncian por binomios que envuelven elementos contradictorios: *escritura y oralidad, mediación e inmediación, concentración y fraccionamiento, publicidad y secreto, preclusión y elasticidad*. Por constituir las bases del sistema, se encuentran previstos en la Constitución Política, misma que dispone en su artículo 20, párrafo primero: “El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.”

En este sentido, el principio de oralidad no implica que el procedimiento sea exclusivamente oral, el criterio para determinar si un procedimiento es de naturaleza oral lo constituyen las deducciones, esto es, qué les da validez, por lo que no es suficiente que el ordenamiento jurídico reglamente la oralidad, recuérdese que en el sistema escrito las constancias le eran leídas al detenido, sin que se tenga certeza; sin embargo, lo que les daba validez lo constituía el hecho de que en un documento se asentaba que se le habían leído sus derechos, aunque en realidad esto no hubiera ocurrido; no estriba en ello la diferencia, sino que para que sea válida la demanda, las excepciones, la proposición y el desahogo de pruebas, baste su formulación

³⁸ Filangieri según cita de Prieto Sanchis, Luis, en *La filosofía penal de la ilustración*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003, p. 55.

³⁹ Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos, *Código modelo del proceso penal acusatorio para los Estados de la Federación*, México, CONATRI, 2009, p. 31.

oral, si no es así, será de naturaleza escrita. Ello implica, que sólo el material procesal aportado oralmente será el fundamento de la sentencia.

En este nuevo sistema, la oralidad también se convierte en documento escrito,⁴⁰ por ejemplo, el auto de vinculación a proceso o la sentencia se hacen contener, además, en un escrito. En el juicio oral los escritos cumplen dos funciones: son un anuncio y documentan el proceso.⁴¹ Las actas sirven para documentar la actividad procesal, tanto para el juez natural como para instancias posteriores.

Este principio, en México, ha dado origen a falsas concepciones del sistema, pues no es la mejor oratoria o argumentación lo que define el sentido de la sentencia en este tipo de procedimiento, sino lo probado en el juicio; tal como ocurría en el sistema escrito,⁴² más aún si se considera que, en la práctica de los tribunales mexicanos, que han adoptado los juicios orales, tanto jueces como ministerios públicos y defensores, recurren a la lectura de los documentos en que apoyan su posición; como ocurre, en el caso de los primeros, en el auto de vinculación a proceso o bien al momento del dictado de sentencia; en tanto que los fiscales y defensores recurren a la lectura al momento de formular sus respectivos alegatos de apertura o clausura, por citar algunos ejemplos.

El principio de inmediación exige que los sujetos procesales se encuentren en el mismo lugar, en forma simultánea, con la finalidad de que de esa forma intercambien sus posiciones; se refiere a la proximidad, respecto al lugar, que deberán observar los sujetos pro-

⁴⁰ Manzini, Vincenzo, *Tratado de Derecho Penal, Primera parte. Teorías generales, Tomo I, Vol. 1*, Ediar, Buenos Aires, 1948, p. 132.

⁴¹ Casanueva Reguart, Sergio E., *Juicio oral. Teoría y práctica*, México, Porrúa, 2007, p. 77.

⁴² *Ibidem*, p. 78.

cesales,⁴³ aunque por su relevancia se destaca la presencia del juez,⁴⁴ amén de que tradicionalmente, aunque era exigencia procesal en los juicios escritos, sólo ocasionalmente asistía a la audiencia, delegando su trámite a cualquier otro funcionariojudicial.

El principio de identidad del juzgador se refiere a que el juez, que resolverá el asunto principal controvertido, deberá ser el mismo ante quien se desahoguen todos los actos procesales.

El principio de concentración, refiere que la causa se deberá sustanciar en una sola audiencia, lo que implica que las diferentes actuaciones, que se deban verificar, se concentren⁴⁵ o, en su defecto, se desahoguen en el menor número de audiencias lo más próximas entre sí y contemplando el menor número de recesos posibles,⁴⁶ lo que suele denominarse principio de continuidad,⁴⁷ que inclusive incide en la menor duración.

El principio de publicidad pretende el control, interno y externo, de la actividad jurisdiccional a fin de dar vigencia al principio de contradicción; en tal virtud, en cuanto control interno se opone al secreto de las actuaciones,⁴⁸ con lo que busca asegurar que los actos que realice una parte procesal sean conocidos por la otra y, como control externo, mediante el conocimiento de la opinión pública,⁴⁹

⁴³ Maldonado Sánchez, Isabel, *Litigación en audiencias orales y juicio oral penal*, Palacio del Derecho editores, México, 2011, p. 60.

⁴⁴ Carbonell, Miguel, *Los juicios orales en México*, México, Porrúa, 2011, p. 139.

⁴⁵ Maldonado Sánchez, Isabel, *op.cit.*, pp. 62 y 63.

⁴⁶ Pecina Alcalá, José Luis, *Principios rectores del sistema acusatorio*, Revista Alter, San Luis Potosí, Universidad del Centro de México, Año I, Número 2, Julio-Diciembre 2010, p. 32.

⁴⁷ Carbonell, Miguel, *op.cit.*, p. 139. Mafud Mafud, Héctor Anuar, *Estructura básica del sistema acusatorio adversarial adoptado por el Código Procesal Penal del Estado de Oaxaca y principios rectores*, Oaxaca, Tribunal Superior de Justicia, s/f, p. 2. Casanueva Reguart, Sergio E., *op. cit.*, p. 82.

⁴⁸ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, p. 129.

⁴⁹ Ferrajoli, Luigi, *op.cit.*, p. 616.

que permite al ciudadano observar la administración de justicia,⁵⁰ razón por la cual se garantiza, dentro de ciertos límites, la asistencia del público y el acceso de los medios de comunicación.⁵¹ “La polémica contra el secreto y la reivindicación de la publicidad en todas las fases del proceso como dique frente al arbitrio son, por lo demás, una de las contribuciones más meritorias del pensamiento ilustrado a la reforma en sentido acusatorio del proceso penal moderno.”⁵²

Cuando el sistema de enjuiciamiento permite a las partes disponer el momento oportuno para llevar a cabo un acto procesal sin que se señalen términos perentorios de preclusión, se habla del principio de elasticidad. En oposición a los principios que hemos señalado como característicos del juicio oral, se asocian el principio de escritura, secreto de la causa, mutabilidad del juez, fraccionamiento, mediación y preclusión.

El procedimiento del sistema acusatorio consta de las etapas de: investigación preliminar, etapa intermedia, etapa de juicio oral, la impugnación y ejecución.

En la etapa intermedia, y formulada la acusación, se precisan las pruebas dentro de las cuales se deben considerar las reglas probatorias y la presunción de inocencia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, emitió jurisprudencia, al establecer que:

Época: Décima Época. Registro: 2006093. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Gaceta del Seminario Judicial de la Federación. Libro 5, abril de 2014, Tomo I. Materia(s): Constitucional. Tesis: 1a. /J. 25/2014 (10a.). Página: 478

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA PROBATORIA.

⁵⁰ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, p. 129.

⁵¹ Casanueva Reguart, Sergio E., *op.cit.*, p. 83. Carbonell, Miguel, *op. cit.* p. 130.

⁵² Ferrajoli, Luigi, *op.cit.*, p. 616.

La presunción de inocencia es un derecho que puede calificarse de “poliédrico”, en el sentido de que tiene múltiples manifestaciones o vertientes relacionadas con garantías encaminadas a regular distintos aspectos del proceso penal. Una de esas vertientes se manifiesta como “regla probatoria”, en la medida en que este derecho establece las características que deben reunir los medios de prueba y quién debe aportarlos para poder considerar que existe prueba de cargo válida y destruir así el estatus de inocente que tiene todo procesado.

Para Dante López, la presunción de inocencia tiene naturaleza *iuris tantum*, por lo que podrá ser desvirtuada a través de prueba obtenida de forma legal, pues de lo contrario dichas probanzas deberán ser consideradas nulas; han de ser aportadas por la parte acusadora en el juicio oral, y se deberá respetar, en su desahogo, los principios de inmediación, contradicción y publicidad.⁵³

Época: Novena Época. Registro: 172433. Instancia: Segunda Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXV, mayo de 2007. Materia(s): Constitucional, Penal Tesis: 2a. XXXV/2007 Página: 1186
PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. ALCANCES DE ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL.

El principio de presunción de inocencia que en materia procesal penal impone la obligación de arrojar la carga de la prueba al acusador, es un derecho fundamental que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce y garantiza en general, cuyo alcance trasciende la órbita del debido proceso,

⁵³ López Medrano, Delio Dante, *Las garantías penales y procesales. La Reforma Constitucional de 2008*, en *Diritto e Processo*, Anuario giuridico dell' Università di Perugia, numero speciale 7° centenario, anni 2006-2009, disponible en <http://www.rivistadirittoeprocesso.eu/> p. 311. Consultado el 3 de febrero de 2015.

pues con su aplicación se garantiza la protección de otros derechos fundamentales como son la dignidad humana, la libertad, la honra y el buen nombre, que podrían resultar vulnerados por actuaciones penales o disciplinarias irregulares. En consecuencia, este principio opera también en las situaciones extraprocesales y constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de “no autor o no participe” en un hecho de carácter delictivo o en otro tipo de infracciones mientras no se demuestre la culpabilidad; por ende, otorga el derecho a que no se apliquen las consecuencias a los efectos jurídicos privativos vinculados a tales hechos, en cualquier materia.

Amparo en revisión 89/2007. 21 de marzo de 2007. Cinco votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretario: Marat Paredes Montiel.

V. PROBLEMÁTICA DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y LA PRESUNCIÓN DE CULPABILIDAD

Como se ha señalado hasta el momento, en el discurso jurídico, se enuncia la presunción de inocencia, como un derecho humano, es reconocido en diversos ordenamientos internacionales y se armoniza nuestra Constitución Política con los mismos, sin embargo, en la práctica es muy diferente.

En materia federal, la Procuraduría General de la República (PGR) en el Tercer Informe de Actividades de 2009,⁵⁴ reportó que del 1 septiembre de 2008 a julio de 2009, se dictaron 19,034 sentencias, de las cuales 17,863 fueron condenatorias, 1,100 absolutorias y 71 mixtas.⁵⁵

⁵⁴ *Tercer Informe de Actividades Procuraduría General de la República*, México, 2009, p. 60.

⁵⁵ El Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI); considera que sentencia mixta son todas aquellas resoluciones emitidas por un Juez, que contengan más de un sentenciado o delito.

El Gobierno del Distrito Federal, informó que en materia de procuración de justicia⁵⁶ en el período comprendido del 18 de septiembre de 2007 al 30 julio de 2008, de las personas puestas a disposición del Ministerio Público fueron consignadas 4,098, de las cuales 3,291 recibieron auto de formal prisión. Derivado de lo anterior se impusieron 2,132 sentencias condenatorias, 94 sentencias absolutorias.

Estas cifras tan bajas, considerando el número de habitantes en el Distrito Federal, las reporta tomando en consideración que:

En términos de índice delictivo, de denuncias por cada 100 mil habitantes, el Distrito Federal ocupa el lugar número 11 entre las entidades del país. El primer semestre de 2007, en el Distrito Federal fueron presentadas 1,020 denuncias por cada 100,000 habitantes, por debajo de Sonora que registró 1,040. El primer lugar lo ocupó Baja California con 2,341, seguido de Jalisco con 2,099.⁵⁷

El Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal en el Informe de Labores 2008, en el rubro Consignaciones Penales⁵⁸ anunció que recibió 18, 296 averiguaciones previas en el año judicial 2008, de las cuales 3,683 fueron sin detenido y 14,613 con detenido. Se turnaron a Centros de Readaptación Social del Distrito Federal 10,787 órdenes de libertad giradas por salas, juzgados de primera instancia y juzgados de paz. Estas libertades se refieren a suspensión condicional, ejecución de sentencia de salas, por falta de elementos para procesar, sustitutivo de la penal, provisionales, perdón del ofendido,

⁵⁶ *Segundo Informe de Gobierno del Distrito Federal 2008, Ejes estratégicos*, México, 2008, p. 85.

⁵⁷ *Idem.*

⁵⁸ *Informe de Labores 2008, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*, México, 2008, p. 11.

por prescripción e indeterminada.⁵⁹ En el Estado de México, el Tribunal Superior de Justicia de esa entidad, en el Cuarto Informe de Labores 2008,⁶⁰ informó que radicó en total 33,551 asuntos, de los cuales dictaron resolución en 39,738 procesos. En la región judicial de Texcoco, las causas radicadas ante los juzgados penales de cuantía mayor, menor, mixtos y penales orales de cuantía menor, sumó un total 11,255. Las causas terminadas ante los juzgados penales de cuantía mayor, cuantía menor, mixtos y penales orales de cuantía menor, obtuvo un total de 14,504 sentencias de las cuales 2,401 sentencias son condenatorias, 584 absolutorias, 129 mixtas, 10,852 sobreseimientos, 538 incompetencias.

En 2009, la PGR informó que en periodo del 1 de septiembre de 2009 al 31 de julio de 2010, en el rubro de sentencias condenatorias, fueron dictadas 25,381 sentencias, de las cuales 24,114 fueron condenatorias, 1,097 absolutorias y 170 mixtas.

En el Quinto Informe de Gobierno del Distrito Federal 2010-2011, Ejes Estratégicos, al mes de julio de 2011⁶¹ fueron consignadas ante la autoridad jurisdiccional 155,311 personas; se cumplieron 172,099 mandamientos judiciales y ministeriales, destacando: 27,965 órdenes de aprehensión, 13,466 reaprehensiones, 14,635 comparecencias, 8,428 localizaciones, 1,202 traslados, 1,374 custodias y 65,313 presentaciones. En el Tercer Informe Estadístico del Gobierno del Distrito Federal, de septiembre de 2015, informó respecto al no ejercicio de la acción penal de diciembre a julio de 2010-2015, que:

⁵⁹ *Informe de labores 2008, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal Anexo Estadístico*. México 2008, p. 132.

⁶⁰ *Informe de Labores 2008, Tribunal Superior de Justicia del Estado de México*. México 2008, pp. 74 a 79.

⁶¹ *Quinto Informe de Labores del Gobierno del Distrito Federal 2010-2011, Ejes Estratégicos*, México 2010, Págs. 135, 187.

Concepto	5 de diciembre de 2010 al 31 de julio de 2011	5 de diciembre de 2010 al 31 de julio de 2012	5 de diciembre de 2012 al 31 de julio de 2013	5 de diciembre de 2013 al 31 de julio de 2014	5 de diciembre de 2014 al 31 de julio de 2015
Por falta de que- rela del ofendido	3,116	2,593	2,368	2,447	1,768
Cuando la de- nuncia no sea constitutiva de delito	10,983	7,531	7,743	7,862	6,554
Identidad del responsable	65,445	58,978	53,061	59,160	44,589
Porque persistan medios de prueba insuficientes	39,074	34,978	35,122	35,339	28,861
Por acreditación de alguna causa de exclusión	961	1,423	1,000	339	312
Por extinción de la acción penal	5,888	4,329	4,060	5,690	2,182
Porque exista previa sentencia definitiva	272	294	689	61	135
Artículo 36 u otras causas	5,066	3,239	5,211	4,575	10,549
Total:	130,805	113,365	109,254	115,473	94,950

*Cuadro elaborado con datos del Tercer Informe del Gobierno del Distrito Federal, del 15 de septiembre de 2015.⁶²

⁶² Tercer Informe Estadístico del Gobierno del Distrito Federal, México, 2015, p. 218.

La PGR del 1 de septiembre de 2011 al 30 de junio de 2012,⁶³ en el rubro de sentencias condenatorias, fueron dictadas 25,725 sentencias, de las cuales 24,290 fueron condenatorias, 1,388 absolutorias y 47 mixtas.

En el Sexto Informe de Gobierno del Distrito Federal, correspondiente al periodo 2011-2012, se informó el estado que guarda la Administración Pública de esa entidad, en el rubro Procuración de Justicia en el lapso 2006 a 2012 de la siguiente forma:

[...] puestas a disposición del Ministerio Público 427,285 personas y desarticuladas 846 bandas delictivas con 3,481 integrantes. Fueron consignadas 156,331 averiguaciones previas; se emitieron 100,619 autos de formal prisión; 8,234 autos de sujeción a procesos; 10,290 autos de libertad; 2,529 autos mixtos; 88,225 sentencias condenatorias; 4,362 sentencias absolutorias y 790 sentencias mixtas; resultando 186,726 personas consignadas, de las cuales 134,776 fueron sujetas a proceso y 107,668 han sido sentenciadas.⁶⁴

En la etapa del proceso penal se obtuvieron 1,076 autos de libertad por falta de elementos para procesar, 207 sobreseimientos, 1,463 Extinciones de la Acción Penal por Perdón y otras razones. En esta misma etapa se lograron también 1,133 sentencias absolutorias y 4,752 sentencias con beneficios, ésta última permite a los sentenciados cumplir su condena en libertad.

Se interpusieron 11,442 recursos de apelación; de los cuales se obtuvo como resultado que en 681 casos se revocó la sentencia absolviendo al defendido; en 2,595 más se modificó la sentencia a favor del representado concediendo algún sustitutivo o

⁶³ *Sexto Informe de Actividades Procuraduría General de la República*, México, 2012, p. 73.

⁶⁴ *Sexto Informe de Gobierno del Distrito Federal*, 2011-2012, México 2012, p. 134.

disminuyendo la pena impuesta; en 5,397 casos se confirmó la sentencia apelada y los 2,769 restantes, se encuentran en trámite.⁶⁵

Durante el lapso de 2004 a 2012, el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, informó en el Quinto Informe de Labores, que los juicios iniciados y sentencias dictadas desagregadas en materia penal por delitos graves, en el año 2008 sumó 18,180 juicios iniciados; para 2009, 18,647; en 2010, 15,641; para 2011, 15,641 y para el 2012, 16,634. Las sentencias dictadas en 2008 fueron 14,745; en 2009 de 15,301; para el 2010 de 13,158; en 2011 de 16,591 y para el 2012 de 17,681 sentencias dictadas para delitos graves.⁶⁶

En el Segundo Informe de Labores del Tribunal Superior de Justicia del Estado de México 2011, en materia penal se radicaron 16,921 asuntos y se concluyeron 29,872, de los cuales, se dictaron 7,647 sentencias, 20,765 sentencias por sobreseimiento y 483 sentencias fueron dictadas por incompetencia.⁶⁷

En materia penal, en la región Texcoco, de 4,755 asuntos radicados, se dictó un total de 9,990 sentencias, de las cuales:

Sentencia	Absolutoria	Condenatoria	Mixta	Sobreseimiento	Incompetencia
	288	2,194	65	7,310	133

*Cuadro elaborado con datos del Segundo Informe de Labores del Tribunal Superior de Justicia del Estado de México.⁶⁸

⁶⁵ *Idem*, pág. 161.

⁶⁶ Cuadros disponibles en el *Quinto Informe de Labores del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal 2011-2012*. México, 2012.

⁶⁷ *Segundo Informe de Labores del Tribunal Superior de Justicia del Estado de México 2011*, México 2011, p. 28. Nota: Se eliminó el rubro para adolescentes, por no ser el objeto de estudio.

⁶⁸ *Idem*, pág.111.

En el periodo de diciembre de 2012 al 30 de junio de 2013, la PGR en el Primer Informe de Actividades 2012-2013,⁶⁹ comunicó que en el rubro de sentencias condenatorias fueron dictadas 11,904 sentencias, de las cuales 10,772 fueron condenatorias y 1,132 absolutorias.

En el Tercer Informe de Labores del Tribunal Superior de Justicia del Estado de México 2012, en materia Penal y Justicia para Adolescentes radicarón 17,573 juicios y concluyeron 16,409. En la región Texcoco se radicarón 6,767 asuntos, de los cuales se concluyeron 5,814, se dictaron 152 sentencias absolutorias en ese año.⁷⁰

La Procuraduría General de la República, Informe de Actividades 2012-2013⁷¹ del 1 de septiembre de 2013 al 31 de julio de 2014, comunicó que inició proceso a 34,686 personas, se dictaron 1,697 autos de formal prisión y 2,815 libertades. La autoridad judicial dictó 15,304 sentencias, de las cuales 13,690 fueron condenatorias y 1,612 absolutorias.

El Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal en el Sexto Informe de Labores 2013, informó que de septiembre de 2012 al mes de noviembre de 2013,⁷² inició 30,503 juicios, de los cuales a 35,351 se les dictó sentencia.⁷³ También informó cuántas averigua-

⁶⁹ *Primer Informe de Actividades Procuraduría General de la República 2012-2013*. Disponible en http://issuu.com/procuraduriageneraldelarepublica/docs/informe_de_labores_pgr_2013 p. 34. Consultado el 10 de octubre de 2015.

⁷⁰ Ver anexo 1. Cuadro del *Tercer Informe de Labores 2012, del Tribunal Superior de Justicia del Estado de México*. Disponible en http://www.pjedomex.gob.mx/web2/img/informes/3erInf_2012/ p. 137. Consultado el 12 de octubre de 2015.

⁷¹ *Primer Informe de Labores Procuraduría General de la República 2012-2013*, p. 73 Disponible en http://issuu.com/procuraduriageneraldelarepublica/docs/informe_de_labores_pgr_2013. Consultado el 14 de octubre de 2015.

⁷² *Sexto Informe de Labores del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal 2013*, México, p. 164.

⁷³ *Sexto Informe de Labores del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal 2013*, México, p. 164. Nota: sólo se consideraron los datos correspondientes al año 2012 y 2013 en el rubro materia penal.

ciones previas inicio en el lapso de 2004 a 2013, sin embargo sólo se considerará lo siguiente:

CONSIGNACIONES PENALES
Años judiciales

	2012	2013
Total de averiguaciones previas recibidas	16,114	14,435
Averiguaciones previas recibidas sin detenido	1,977	1,771
Averiguaciones previas recibidas con detenido	14,137	12,664
Solicitudes de órdenes de cateo turnadas	104	155
Solicitudes de órdenes de arraigo turnadas	145	71
Órdenes de libertad turnadas a Centros de Readaptación Social del Distrito Federal	13,557	13,744
Órdenes giradas por salas	956	915
Órdenes giradas por juzgados de primera instancia	8,444	8,051
Órdenes giradas por juzgados de paz	4,157	4,777
Incompetencias en materia penal	681	645
Notificaciones de órdenes de aprehensión, reaprehensión y traslado, ejecutadas	1,687	1,529
Excusas de juzgados penales	24	22

*Cuadro elaborado con datos del Sexto Informe de Labores del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal 2013.⁷⁴

En el Primer Informe de Labores de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal 2012-2013,⁷⁵ se aportaron los siguientes datos del periodo que comprende del 1 de marzo de 2012 al 28 de febrero de 2013: 8,555 personas fueron consignadas por delitos de alto impacto y 23,247 personas por delitos de bajo impacto. Las averiguaciones previas consignadas por delito de alto impacto 26,130 y 31,802 por delitos de bajo impacto.

En los asuntos por delitos graves, el número de autos de término constitucional en juzgados penales sumó 14,206; autos de formal

⁷⁴ *Sexto Informe de Labores del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal 2013*, México, p. 186.

⁷⁵ *Gaceta Parlamentaria de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal*, VI Legislatura, Disponible en <http://aldf.gob.mx/archivo-58bf3a8fcc41d44b8bf4dffe-466d4c21.pdf>. Consultado el 13 de octubre de 2015, pp. 89 a 93.

prisión, 12,013 y autos de libertad por falta de elementos, 1,729; de sujeción a proceso, 78 y mixtos 386. En los asuntos que se encuentran en juzgados de delitos no graves, se dictaron 6,343 autos de formal prisión; 660 autos de libertad por falta de elementos; 457 de sujeción a proceso y 22 mixtos. Los juzgados de delitos no graves, informó tenía 6,800 procesados; 5,522 sentenciados, de los cuales 5,297 obtuvieron sentencia condenatoria, 210 absolutoria, 15 mixta y 1,278 pendientes. Los juzgados penales reportaron que tenían 12,091 procesados; 11,266 sentenciados, de los cuales 10,570 obtuvieron sentencia condenatoria, 569 absolutoria, 127 mixta y 825 están pendientes.

En el Tercer Informe de Labores de la Procuraduría General de la República 2014-2015,⁷⁶ comunicó que fueron radicados 31,039 procesos, se dictaron 19,526 autos de término constitucional, de los cuales 86.6 por ciento fueron autos de formal prisión, 12.9 por ciento libertades y 0.4 por ciento de sujeción a proceso. La autoridad judicial dictó 14,889 sentencias, de las cuales 89.4 por ciento fueron condenatorias y 10.6 por ciento fueron absolutorias.

El Segundo Informe de Gobierno del Distrito Federal 2014,⁷⁷ en el rubro Procuración de Justicia Eficaz; informó que se iniciaron 116,602 averiguaciones previas por delitos del fuero común y se presentaron y fueron puestas a disposición del Ministerio Público 44,224; fueron consignadas 13,583 averiguaciones previas; 9,747 autos de formal prisión; 238 de sujeción a proceso; 1,164 de libertad y 273 autos mixtos; así como 8,505 sentencias condenatorias, 426 sentencias absolutorias y 81 sentencias mixtas.

⁷⁶ *Tercer Informe de Labores de la Procuraduría General de la República 2014-2015*, México, 2015, p. 45.

⁷⁷ *Segundo Informe de Gobierno del Distrito Federal 2014*, México 2014, p. 160.

En el Segundo Informe de Labores de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal 2013-2014,⁷⁸ se consignaron 13,695 averiguaciones previas; se emitieron 10,766 autos de formal prisión y 61 autos de sujeción a proceso. En 1,426 casos se dictaron autos de libertad; en 374 autos mixtos; 9,683 sentencias condenatorias; 483 sentencias absolutorias y 130 sentencias mixtas.

Por lo que hace a los delitos de alto impacto, se consignó a 7,024 personas, de las cuales 5,707 están sujetas a proceso, 881 recibieron resolución de libertad y 3,296 ya fueron sentenciadas. En los delitos no graves se consignaron 10,230 averiguaciones previas; se emitieron 6,374 autos de formal prisión y 409 autos de sujeción a proceso. Se dictaron en 813 casos, autos de libertad; en 42, autos mixtos; se obtuvieron 6,032 sentencias condenatorias; 253 sentencias absolutorias y 19 sentencias mixtas.

Las Salas Penales recibieron 17,506 expedientes, de los cuales 17,076 fueron apelaciones; 159 denegada apelación; 151 conflictos competenciales; 52 reconocimientos de inocencia y 63 quejas.

En cuanto a las apelaciones, 705 fueron sentencias absolutorias y 9,106 condenatorias; 122 sentencias mixtas; 2,422 autos de formal prisión; 1,623 autos de libertad por falta de elementos; 27 de sujeción a proceso; 1,784 otros diversos; 137 mixtos; 5 de no delito que perseguir; 5 de libertad provisional y 1,140 de incidente no especificado.

En el Quinto Informe de Labores del Tribunal Superior de Justicia del Estado de México 2014,⁷⁹ se informó que en materia penal se radicaron 20,928 asuntos y se concluyeron 10,761. De los cuales se dictaron 6,175 sentencias condenatorias, 451 absolutorias y 74

⁷⁸ *Segundo Informe de Labores de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal 2013-2014*, México 2014, pp. 31, 34, 78 y 80.

⁷⁹ *Quinto Informe de Labores del Tribunal Superior de Justicia del Estado de México 2014*, México, 2014, pp. 37 y 162.

mixtas; se sobreseyeron 3,947 y se dictó incompetencia en 114 sentencias.

Los juzgados de ejecución de sentencias y los de ejecución de sentencias del Sistema Procesal Acusatorio, recibieron 2,706 y 6,428 sentencias para su ejecución y dictaron 6,857 y 3,017 resoluciones.

En la Región Judicial Texcoco, se informó que en materia penal se radicaron 5,804 asuntos; 3,872 están concluidos; a 2,234 se les dictó sentencia condenatoria, a 167 absoluta.

➤ *Análisis comparativo de diversos casos*

Como se ha observado, las personas que han sido sujetas a proceso, en muchos de los casos han sido absueltas, ya sea en primera instancia o segunda instancia, lo anterior porque no se cuenta con los elementos necesarios que sostengan la acusación, pudiéndose alargar el proceso hasta el Juicio de Amparo o en el peor de los casos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se tiene que pronunciar a favor del acusado.

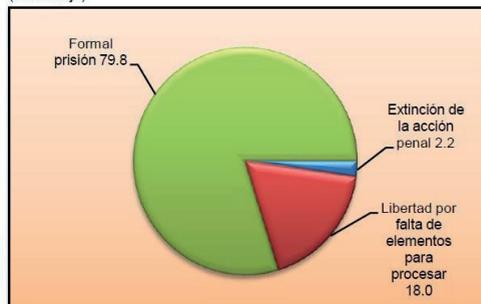
A pesar de haber entrado en vigor la reforma procesal penal de 2008, los fundamentos del sistema de enjuiciamiento adversarial continúan siendo la probable responsabilidad y el hecho posiblemente constitutivo de delito, que en la práctica implica la relación desproporcionada entre el número de procesos abiertos y el de sentencias condenatorias, ejemplo de ello es que en materia Federal, en el Estado de Aguascalientes en el año 2008, tenía una población de 1,445 presuntos delincuentes en proceso penal y 834 delincuentes con sentencia condenatoria, sin embargo, de este universo el 1.8 % obtuvo su libertad por falta de elementos.⁸⁰

⁸⁰ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Estadísticas Judiciales en Materia Penal de los Estados Unidos Mexicanos 2008*, México, 2009.

Fuero federal	182
Hombres	165
Edad promedio	33
Con estudios de primaria	63
Sin escolaridad	5
Con ocupación de artesanos y obreros	59
Mujeres	17
Edad promedio	36
Con estudios de primaria	11
Sin escolaridad	1
Con ocupación de comerciantes	7
No especificado	0
Presuntos delincuentes en proceso penal^b	1 445
Fuero común	1 263
Fuero federal	182
Delincuentes sentenciados con sentencia condenatoria^b	834
Fuero común	670
Fuero federal	164

Presuntos delincuentes del fuero federal según situación jurídica^b
(Porcentaje)

Gráfica 1



*Gráfica y datos tomados de Estadísticas Judiciales en Materia Penal de los Estados Unidos Mexicanos 2008.

Lo que va a incidir en la situación jurídica del inculcado, y por lo tanto, en la privación de la libertad a que éste se tenga que someter, a efecto de que él mismo compruebe su inocencia, y por otro lado, la autoridad compruebe su culpabilidad, lo cual en muchos casos no le funciona a la autoridad por la cantidad de autos de libertad por falta de elementos que dictó en 2008.

Con la publicación del Instituto Nacional de Estadística y Geografía, Estadísticas Judiciales en Materia Penal de los Estados Unidos Mexicanos de los años 2008, 2009, 2010 y 2011, corroboramos que a pesar de las reformas del año 2008 en materia penal y del 2011 a la Constitución, continúa operando el anterior sistema.

Presuntos delincuentes registrados en los juzgados de primera instancia del fuero común por ámbito geográfico de ocurrencia y principal delito según situación jurídica del inculcado. 2008					
Ámbito geográfico Principal delito	Total	Auto de formal prisión	Auto de sujeción a proceso	Auto de libertad por falta de elementos	Extinción de la acción penal
Distrito Federal	21,782	18,904	1,315	1,465	98
Estado de México	12,831	11,200	492	1,057	82

*Cuadro elaborado con datos del informe Estadísticas Judiciales en Materia Penal de los Estados Unidos Mexicanos 2008, del Instituto Nacional de Estadística y Geografía.

Presuntos delincuentes registrados en los juzgados de primera instancia del fuero común por ámbito geográfico de ocurrencia y principal delito según situación jurídica del inculcado. 2009								
Ámbito geográfico	Total	Formal prisión	Sujeción a proceso	No sujeción a proceso	Libertad por falta de elementos para procesar	Reclusión provisional en departamento especial	Libertad absoluta	Sobreseimiento
Distrito Federal	20,311	18,011	800	19	1,345	20	79	37
Estado de México	12,142	10,537	465	17	925	2	28	168

*Cuadro elaborado con datos del informe Estadísticas Judiciales en Materia Penal de los Estados Unidos Mexicanos 2009, del Instituto Nacional de Estadística y Geografía.

Presuntos delincuentes registrados en los juzgados de primera instancia del fuero común por ámbito geográfico de ocurrencia y principal delitos según situación jurídica del inculcado. 2010								
Ambito geográfico	Total	Formal prisión	Sujeción a proceso	No sujeción a proceso	Libertad por falta de elementos para procesar	Reclusión provisional en departamento especial	Libertad absoluta	Sobreseimiento
Distrito Federal	20,018	17,604	839	3	1,434	44	76	18
Estado de México	11,315	8,515	1,215	169	813	0	14	589

*Cuadro elaborado con datos del informe Estadísticas Judiciales en Materia Penal de los Estados Unidos Mexicanos 2010, del Instituto Nacional de Estadística y Geografía.

Presuntos delincuentes registrados en los juzgados de primera instancia del fuero común por ámbito geográfico de ocurrencia y principal delitos según situación jurídica del inculcado. 2011								
Ambito geográfico	Total	Formal prisión	Sujeción a proceso	No sujeción a proceso	Libertad por falta de elementos para procesar	Reclusión provisional en departamento especial	Libertad absoluta	Sobreseimiento
Distrito Federal	22,878	19,987	642	16	2,109	37	59	28
Estado de México	8,965	5,386	1,995	219	480	2	13	870

*Cuadro elaborado con datos del informe Estadísticas Judiciales en Materia Penal de los Estados Unidos Mexicanos 2011, del Instituto Nacional de Estadística y Geografía.⁸¹

⁸¹ Los cuadros correspondientes al rubro: Presuntos delincuentes registrados en los juzgados de primera instancia del fuero común por ámbito geográfico de

Para ejemplificar lo anterior, se mencionan sólo algunos de los casos que a través de los medios de comunicación han sido publicados, desde que se captura a la persona hasta que se le otorga su libertad o queda absuelta, mismos que a continuación se mencionan:⁸²

- El caso News Divine. Once elementos de la policía capitalina fueron exonerados de la responsabilidad de la muerte de 12 personas en la discoteca, debido a que el Ministerio Público no presentó pruebas suficientes para demostrar que estos elementos actuaron con dolo.⁸³

Asunto que se discutió en la Asamblea Legislativa del Distrito Federal VI Legislatura en el segundo periodo de sesiones ordinarias, del 18 de abril de 2013.⁸⁴

El caso de Carlos Mateo Aguirre, hermano del ex gobernador de Guerrero, Ángel Aguirre Rivero; salió libre después de que la Procuraduría General de la República no acreditara su responsabilidad en el lavado de cerca de 32 millones de pesos del erario público, según ordenó un magistrado del Segundo Tribunal Unitario.⁸⁵

ocurrencia y principal delito según situación jurídica del inculpado de los años 2008 a 2011, se relacionan con los anexos: 2 a 9.

⁸² Anexo 10: notas periodísticas correspondientes a los casos enunciados.

⁸³ Disponible en: <http://economista.com.mx/sociedad/2015/04/08/scjn-exonera-11-policias-caso-news-divine>. Consultado el 10 de octubre de 2015.

⁸⁴ Versión estenográfica de la sesión ordinaria de sesiones de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal VI Legislatura, del 18 de abril de 2013, Pág. 63. Disponible en: <http://www.aldf.gob.mx/archivo-90e407f2d38a71184fdf2f5bb6ae6990.pdf>. Consultada el 8 de octubre de 2015.

⁸⁵ Consultado en: <http://www.eluniversal.com.mx/articulo/estados/2015/10/8/hermano-de-ex-gobernador-de-guerrero-saldra-libre>. Consultado el 8 de octubre de 2015.

- En el caso Tlatlaya, El Juzgado Décimo Cuarto de Distrito de Procesos Penales Federales en el Distrito Federal liberó a cuatro soldados por falta de pruebas sobre su probable participación en los hechos ocurridos el 30 de junio del 2014.⁸⁶
- El Segundo Tribunal Unitario del Tercer Circuito, ordenó la inmediata libertad de Sandra Ávila Beltrán “La Reina del Pacífico”, porque había sido juzgada por el mismo delito, tanto en México como en el extranjero.⁸⁷
- El Juez 32 Penal con sede en el Reclusorio Preventivo Sur, determinó dejar en libertad a Lorena González Hernández, acusada de participar en el secuestro y homicidio del joven Fernando Martí.⁸⁸
- La Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (COFEPRIS) ya notificó a los directores de las clínicas de estados como Oaxaca, Sonora y Puebla las multas económicas correspondientes por no atender a pacientes en calidad de urgencia en cada una de sus instalaciones.⁸⁹
- Un médico del Instituto Mexicano del Seguro Social, que era acusado de dañar las cuerdas bucales de una mujer, es declarado inocente por un Juez de Distrito.⁹⁰

⁸⁶ Disponible en: <http://www.eluniversal.com.mx/articulo/nacion/seguridad/2015/10/6/caso-tlatlaya-otorgan-libertad-4-militares>. Consultado el 10 de octubre de 2015.

⁸⁷ Disponible en: <http://www.animalpolitico.com/2015/02/tribunal-federal-ordena-poner-en-libertad-sandra-avila-beltran/>. Consultado el 20 de octubre de 2015.

⁸⁸ Disponible en: <http://www.jornada.unam.mx/ultimas/2015/07/18/liberan-a-lorena-gonzalez-acusada-de-participar-en-el-caso-marti-4999.html>. Consultado el 20 de octubre de 2015.

⁸⁹ Disponible en: <http://www.excelsior.com.mx/nacional/2014/01/07/936967>. Consultado el 20 de octubre de 2015.

⁹⁰ Disponible en: http://www.milenio.com/region/Declaran-inocente-lesionar-bucal-paciente_0_368963443.html. Consultado el 20 de octubre de 2015.

- El deceso de un menor de edad en Guadalajara. En un comunicado, destacó que la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED) analizó el caso y en su artículo resolutorio final determinó que la defunción del paciente, ocurrida en noviembre de 2009, no se debió a negligencia médica.⁹¹

VI. FUENTES DE CONSULTA

BIBLIOGRAFÍA

- BASCHWITZ, Kurt, *Brujas y procesos por brujería*, Caralt, Barcelona, 1998. BECCARIA, Cesare, *Tratado de los delitos y de las penas*, Porrúa, México, 1982.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y Hernán Hormazábal Malarée, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Madrid, Trotta, 2006.
- CARBONELL, Miguel, *Los juicios orales en México*, México, Porrúa, 2011. CASANUEVA REGUART, Sergio E., *Juicio oral. Teoría y práctica*, México, Porrúa, 2007.
- Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos, *Código modelo del proceso penal acusatorio para los Estados de la Federación*, México, CONTRIB, 2009.
- Diario de los Debates del Congreso Constituyente 1916-1917*, edición de la Comisión Nacional para la celebración del sesquicentenario de la proclama de la Independencia Nacional y del cincuentenario de la Revolución Mexicana, Tomo I, México 1960.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1997.

⁹¹ Disponible en: <http://mexico.cnn.com/nacional/2014/06/22/medicos-marchan-en-apoyo-de-companero-y-piden-no-ser-criminalizados>. Consultado el 20 de octubre de 2015.

- GALENA, Patricia, *Antología documental. Los Sentimientos de la Nación de José María Morelos y Pavón*, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, 2013.
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Estadísticas judiciales en materia penal de los Estados Unidos Mexicanos 2008*, México 2009.
- MAFUD MAFUD, Héctor Anuar, *Estructura Básica del Sistema Acusatorio Adversarial Adoptado por el Código Procesal Penal del Estado de Oaxaca y principios rectores*, Oaxaca, Tribunal Superior de Justicia.
- MALDONADO SÁNCHEZ, Isabel, *Litigación en audiencias orales y juicio oral penal*, Palacio del Derecho editores, México, 2011.
- MANZINI, Vincenzo, *Tratado de Derecho Penal, primera parte. Teorías generales*, Tomo I, Vol. 1, Sentis Melendo, Ediar, Buenos Aires, 1948.
- MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Mauricio, *La crisis de la justicia penal en Colombia*.
- Promesas Constitucionales incumplidas, Bogotá, Temis, 1999.
- MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y método*, 2ª ed., B de F, Buenos Aires, 2003.
- MUCHEMBLED, Robert, *Historia del diablo. Siglos XII – XX*, Fondo de Cultura Económica, México, 2002.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y MERCEDES GARCÍA, Arán, *Derecho Penal. Parte general*, 5ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- NICOLAU, Eimeric, y PEÑA, Francisco, *El manual de los inquisidores*, Muchnik Editores, Barcelona, 1983.
- PECINA ALCALÁ, José Luis, *Principios rectores del sistema acusatorio*, Revista Alter, San Luis Potosí, Universidad del Centro de México, Año I, Número 2, Julio-Diciembre 2010.
- PLASCENCIA VILLANUEVA, Luis, *La presunción de inocencia*, en Revista de la Comisión Estatal de Derechos Humanos, México, 2004.

PRIETO SANCHÍS, Luis, *La filosofía penal de la ilustración, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2003.*

XIMENO, José, *Bases y leyes constitucionales de la República Mexicana, decretadas por el Congreso General de la Nación en el año de 1836, Imprenta del Águila, México 1837.*

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho penal. Parte general, Porrúa, México, 2001.*

INFORMES DE ACTIVIDADES

Informe de Labores 2008, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2008.

Quinto Informe de Labores del Gobierno del Distrito Federal 2010-2011, Ejes Estratégicos, México 2010.

Quinto Informe de Labores del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal 2011-2012, México 2012.

Quinto Informe de Labores del Tribunal Superior de Justicia del Estado de México 2014, México 2014.

Segundo Informe de Gobierno del Distrito Federal 2008, Ejes Estratégicos, México, 2008.

Segundo Informe de Gobierno del Distrito Federal 2014, México 2014.

Segundo Informe de Labores de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal 2013-2014, México 2014.

Segundo Informe de Labores del Tribunal Superior de Justicia del Estado de México 2011, México 2011,

Sexto Informe de Actividades Procuraduría General de la República, México, 2012.

Sexto Informe de Gobierno del Distrito Federal 2011-2012. México 2012,

Sexto Informe de Labores del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal 2013, México 2013.

Tercer Informe de Labores de la Procuraduría General de la República 2014-2015, México, 2015.

Tercer Informe Estadístico del Gobierno del Distrito Federal, México, 2015.

CIBERGRAFÍA

<http://200.38.163.178/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=19074&Clase=DetalleTesisEjecutorias>

<http://aldf.gob.mx/archivo-58bf3a8fcc41d44b8bf4dffe466d4c21.pdf>

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1968/17.pdf>

<http://eleconomista.com.mx/sociedad/2015/04/08/scjn-exonera-11-policias-caso-news-divine>

http://issuu.com/procuraduriageneraldelarepublica/docs/informe_de_labores_pgr_2013

http://issuu.com/procuraduriageneraldelarepublica/docs/informe_de_labores_pgr

<http://sre.gob.mx/direccion-general-de-derechos-humanos/iidh>

<http://sre.gob.mx/direccion-general-de-derechos-humanos/iidh>

<http://www.aldf.gob.mx/archivo-90e407f2d38a71184fdf2f5bb6ae6990.pdf>

<http://www.animalpolitico.com/2015/02/tribunal-federal-ordena-poner-en-libertad-sandra-avila-beltran/>

http://www.cato.org/pubs/constitution/amendments_sp.html

<http://www.cidh.oas.org/Basicos/Spanish/Basicos2.htm>

<http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1842.pdf>

<http://www.eluniversal.com.mx/articulo/estados/2015/10/8/hermano-de-ex-gobernador-de-guerrero-saldrá-libre>

<http://www.eluniversal.com.mx/articulo/nacion/seguridad/2015/10/6/caso-tlatlaya-otorgan-libertad-4-militares>

<http://www.excelsior.com.mx/nacional/2014/01/07/936967>

<http://www.jornada.unam.mx/ultimas/2015/07/18/liberan-a-lorena-gonzalez-acusada-de-participar-en-el-caso-marti-4999.html>

<http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1842.pdf><http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1857.pdf><http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1857.pdf>http://www.milenio.com/region/Declaran-inocente-lesionar-bucales-paciente_0_368963443.html

<http://www.museodelasconstituciones.unam.mx/Exposiciones/page14/page8/page8.html>

http://www.oas.org/es/acerca/quienes_somos.asp Consultado el 9 de octubre de 2015.

<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/TreatmentOfPrisoners.aspx><http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D47.pdf>

<http://www.un.org/es/documents/udhr/>http://www.pjedomex.gob.mx/web2/img/informes/3erInf_2012/ Pág. 137 <http://www.rivistadirittoeprocesso.eu/><http://www3.inegi.org.mx/sistemas/glosario/default.aspx?clvglo=rsj&c=11046&s=e>

**POLÍTICA CRIMINAL Y MIGRACIÓN.
BREVES NOTAS**

FABIOLA LÓPEZ SÁNCHEZ¹

JOSÉ ANTONIO ÁLVAREZ LEÓN*

SUMARIO: I. Objetivo e introducción. II. La política criminal vista en el contexto de la migración. III. Política criminal y migración. IV. Perspectiva de política criminal y la protección de los Derechos Humanos de los migrantes en tránsito por México (2006-2012): Reforma migratoria. V. Fuentes de consulta.

I. OBJETIVO E INTRODUCCIÓN

Objetivo: El presente ensayo pretende generar la reflexión y crítica del fenómeno de la migración y el desplazamiento de personas por el territorio, bajo la óptica de la política criminal y sus alcances definitorios. Objetivo secundario; revisar los alcances de la reforma migratoria y su aplicación en la primera mitad del sexenio 2012-18.

Nota introductoria: La migración como fenómeno toca varias aristas de los diferentes tópicos de la política criminal tales como: el delito, la prevención y su tratamiento técnico legal, el poder y los Derechos Humanos, entre otros más. El México actual es cada vez más complejo, inseguro y pobre. Los migrantes son víctimas de los delitos y de abusos por parte de las autoridades mexicanas, por tanto, también presas de las redes delincuenciales que los recluta como operadores de los delitos. Cada vez son más las actividades ilícitas que se asocian a este tema, y que han ido haciendo tocantes

¹ Fabiola López Sánchez. Maestra en Política Criminal por la Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Estudios Superiores Acatlán.

* José Antonio Álvarez León. Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Estudios Superiores Acatlán.

a las actividades y atribuciones de las autoridades y sus estrategias migratorias y penales. Una consecuencia de tal complejidad es la calificación de la asociación temática en problemas de seguridad nacional pública, sin necesariamente articular políticas de Estado sino más bien operativas.

II. LA POLÍTICA CRIMINAL VISTA EN EL CONTEXTO DE LA MIGRACIÓN

Nada nuevo en la historia de los Estados nacionales es la problemática de la migración.² La movilidad de las personas de un lugar a otro tiene razones tan claras y complejas como su origen; sin embargo, el fenómeno del delito se ha vuelto una constante en este tema. Migración-delito, se ha vuelto un binomio de polos consustanciales, es decir, el migrante es víctima del delito y fuente generadora del mismo.

En el origen de las leyes de corte “poblacional” se consideró al migrante, por su posición de acceso a un territorio ajeno al propio, como “violador o infractor de la ley” según el Estado donde se diera el hecho y bajo las necesidades económicas o políticas de tolerar, para recibir o rechazar a los migrantes. Así entonces también se da el binomio país exportador de personas y receptor de las mismas.

El problema entonces es que, al cambio vertiginoso de los patrones de acumulación del capital, el fenómeno de la migración también multiplicó y maximizó sus variables de observación, y en los temas de *delito-victimización* los resultados son alarmantes y las consecuencias inhumanas.

En el caso mexicano, dejamos atrás las épocas donde únicamente éramos catalogados como exportadores de mano de obra y, por tanto, nuestros compatriotas víctimas de abuso de los países

² “...individuo que sale, transita o llega al territorio de un Estado distinto al de su residencia por cualquier motivación” tomado de: Ley de Migración. Art. 3ro, fracción XVII. año 2015 de consulta.

receptores de migrantes, por nuestra posición geográfica respecto de los Estados Unidos de América; hoy, esa posición geográfica nos coloca como país de tránsito y, por tanto, somos receptores y base de migrantes esencialmente centro americanos con rumbo a la unión americana y, por consecuencia, también somos ahora victimarios³ de migrantes. Hoy los migrantes son filtrados bajo consideraciones esgrimidas en el discurso de la criminalidad en amplio sentido y no sólo bajo la perspectiva “de los delitos poblacionales” gestada en el último tercio del siglo pasado.

Migración internacional e interna⁴ son parte de nuestra cotidianidad. Pobreza y marginación, consecuencia y causa del fenómeno; y caldo de cultivo para el delito, sus mutaciones y todas sus repercusiones.

Desde los últimos tres sexenios gubernamentales en México, los delitos de corte transnacional se han asociado a los delitos de orden común y, con ello, han encontrado en los migrantes un negocio y, al mismo tiempo, formas gestoras de mafias que dan a la delincuencia gran fuerza y ganancias inusitadas. Las nuevas formas de delinquir y de operar no sólo han referido al tráfico de mercancías (ilegales y legales), al cruce de fronteras o los delitos contra la salud, sino que nos han llevado a límites realmente inhumanos e inimaginables a

³ “Numeral 1.- Se entenderá por “víctimas” las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencias de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados miembros, inclusive la que proscribe abuso de poder. Numeral 3. Las disposiciones de la presente Declaración serán aplicables a todas las personas sin distinción alguna, ya sea de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, nacionalidad, opinión política o de otra índole, creencias o prácticas culturales, situación económica, nacimiento o situación familiar, origen étnico o social, o impedimento físico (...)” Tomado de: Resolución 40/34 de noviembre del 1985, Organización de las Naciones Unidas.

⁴ Cfr. Organización Internacional para las Migraciones, Instituto Nacional de Migración, *Aspectos básicos para la gestión migratoria*, México, Tilde Editores/Cuitláhuac Quiroga, 2009, pp. 34-35.

la luz del siglo XXI, pues hoy, como hace cientos de años, el *hombre mismo* (entiéndase como género humano), es motivo de la esclavitud, explotación, venta, tortura, secuestro y tráfico de órganos como un *modus* rentable de los negocios ilegales, pese a estar en la posmodernidad; tal vez en sentido fatídico y parafraseando a Marx, porque hay un inmenso ejército de reserva, donde disponer y explotar al hombre mismo sea la fórmula perfecta del capital, aunque en estos tiempos esos conceptos se re direccionan a “usar y explotar” lo que sobra porque nadie se preocupa por nadie y nadie valora a nadie en ésta vorágine humana.

Para muestra de la gravedad del asunto basta observar los informes del Relator Especial de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos:

[...] al año son secuestrados aproximadamente 20 mil transmigrantes, además de ser sometidos a extorsiones, abusos sexuales o asesinatos por los grupos delincuenciales, actividad que reporta al crimen organizado hasta 50 millones de dólares [...] Las serias dimensiones del problema colocan esta situación en la categoría de tragedia humana.⁵

Para mediados del año 2013, Amnistía Internacional⁶ señaló que la situación de México respecto de los migrantes no ha cambiado y, como es obvio, en año y medio, es decir, entrado el 2015, la situación en términos reales no ha variado.

Estas evidencias apuntalan dos significaciones importantes, la primera: que el problema de la migración, al tener referentes de im-

⁵ Felipe González. Comisionado Relator Especial de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe elaborado en ocasión de su visita a México, Sobre la situación general de los derechos de los migrantes y sus familias*, México, 2011, p.24.

⁶ Cfr. Comunicado del 22 de agosto del 2013. Amnistía Internacional. <http://amnistia.org.mx/nuevo/2013/08/22>, consultado mayo 10, 2015.

pacto en los Derechos Humanos y la criminalidad, debe de ser ya, una estrategia de política criminal específica en su amplio sentido (política de Estado) y en sentido restringido, es decir, con estrategias de corte humanitario y preventivo de los delitos relacionados y no sólo deberán de ser atendidos desde las políticas migratorias (protocolos de actuación) o de trato diplomático (justificar lo hecho). Segundo: dilucidar si la atención de estos problemas podrá atenderse de forma congruente con los compromisos marcados en la red Interamericana de Derechos Humanos y cómo responder a las contradicciones que se desprenden de la política bilateral con los Estados Unidos de Norte América, que refiere a los problemas de la frontera sur mexicana como un problema grave y sistémico en su relación bilateral.

Los migrantes en México sufren básicamente como sujetos pasivos de delitos como la trata de personas, esclavitud, secuestro, homicidio, extorsión, violación, robo, y son usados en delitos contra la salud; pero en sentido inverso, son sujetos activos pues la miseria que envuelve a los migrantes los hace proclives a la comisión de delitos de robo y prostitución para poder financiar su ruta al sueño americano; además, y como ya se dijo, son, en su esencia, violadores de leyes poblacionales. Así, el migrante juega generalmente los dos roles en la postura del delito “Sujeto activo-sujeto pasivo”, pasando de un extremo a otro o se coloca en ambos extremos del delito.

Estas circunstancias hacen muy difícil establecer patrones de prevención en algunos delitos, y más complejo aun, establecer políticas específicas de monitoreo o auxilio de los mismos, pues al relacionarse tantos factores, la lógica se torna política y las variables de solución riesgosas para el Estado Mexicano (porque entran en juego las relaciones diplomáticas, los acuerdos internacionales y la propia lógica de la seguridad interna).

III. POLÍTICA CRIMINAL Y MIGRACIÓN

La descripción genérica del punto anterior nos lleva a plantearnos algunas interrogantes ¿Por qué no se establecen políticas efectivas de Derechos Humanos en el tema? ¿Por qué el tema de migrantes pasa por políticas migratorias desarticuladas en lo esencial de lo penal y lo humanitario? ¿Cómo es posible resolver los problemas de la migración y el delito cuando se es un país exportador de migrantes y que demanda de sus vecinos el trato humanitario? ¿Cómo atender las ayudas necesarias a los migrantes siendo un país lleno de carestía y miseria?

¿Por qué el Estado Mexicano deja pasar o es omiso o reactivo con los migrantes? Las respuestas son muy complejas y no pueden ser simplistas, portanto, trataremos de enfocarlas y reflexionar a ellas desde los conceptos de la política criminal para dilucidar el por qué hoy estos temas, siendo de Estado, no se articulan con plenitud en las agendas de Seguridad Pública y Nacional y porque se dejan acotadas a la migración y al sesgo de los Derechos Humanos.

Primero: Desde la definición amplia de la política criminal, se debe de tomar en cuenta que ésta es apéndice a las políticas de Estado y, por tanto, de forma obligatoria tendrían que articularse programas y estrategias constitucionales de atención a los migrantes en la prevención del delito, la sanción y el control de los mismos. En México esos temas han pasado por dos enfoques, el primero: en la temática en comento tendrían que unirse de forma integral los temas de Derechos Humanos, relaciones exteriores y acuerdos políticos, y en este caso se hacen de forma diferenciada y, en algunas casuísticas, sólo se da la coordinación de forma específica. La estrategia aquí es hacer mención y tratar los temas de acuerdo a la relevancia que va surgiendo y a la conveniencia política y no sistemática. México no puede integrar, ni integrará estos temas en políticas migratorias toda vez que no puede, en primer instancia, atender los problemas

focalizados de mexicanos migrantes o involucrados en delitos migratorios y menos resolver sus causas de origen, hacerlo sería cumplir con los rezagos económicos y políticos con los mexicanos y con los compromisos de su integración en la región norteamericana; por otro lado, depende, como lo dicen los informes de las diferentes relatorías internacionales de las relaciones con los Estados Unidos, el control de las personas, de las mercancías y de las fronteras, según su acuerdo político “Para la Prosperidad y la Seguridad de América del Norte”, hecho que ha marcado las agendas de gobierno en los últimos sexenios.

Si se observa el Plan de Gobierno de sexenio 2006-12, se hace mención a los problemas migratorios y el cuidado de los Derechos Humanos, pero no por ello se puntualizan estrategias de prevención de los mismos, es decir, de cuidado, acompañamiento y protección de migrantes como víctimas de delitos y como fuente generadora de los mismos.

Segundo: El incremento de los problemas de orden y seguridad pública en México. Tal como se ha anunciado, no sólo en el Plan Sexenal del Gobierno de Peña Nieto, sino desde los documentos gubernamentales de la política nacional en los dos sexenios panistas (de los años 2000 a 2012), un problema creciente y sin respuesta contundente es sin duda, la inseguridad; el delito y la violencia han ido en escalada, de manera particular, en los Estados de la República donde el rezago y la miseria son constantes (particularmente en el sureste mexicano). También en estos lugares, debido a sus condiciones de marginación, se gestan con frecuencia movimientos políticos de presión y tensión a los gobiernos locales y federal en busca de satisfacer sus demandas.

La geografía accidentada, las grandes extensiones de selva, bosques y caminos en abandono, pequeños poblados asilados a horas a pie de los centros urbanos, entre otras muchas variables, son situacionalmente lugares donde los delitos se encubran y donde las políticas públicas generalmente son nulas. La conjugación de todos estos

factores en el paso de los migrantes, los vuelve a colocar en el doble rol, víctima-victimario. Las políticas del Estado Mexicano desprendidas desde la Constitución son sólo espectros, o como diría el maestro Tomás Mojarro, catálogos de buenas intenciones.

El incumplimiento de políticas básicas de control y de prevención del delito en estas zonas, no cumple estándares aceptables ni en los delitos más irrelevantes del orden convencional, menos para controlar los delitos en relación al fenómeno migratorio, pues México, también es parte del mismo al desplazar miles de connacionales por razones de violencia o pobreza.

Las reformas constitucionales de protección a los Derechos Humanos y los cambios en el sistema de justicia penal, ponen de manifiesto que el hecho de ser migrante no coloca a las personas en la calidad de delincuentes, y por tanto, tiene el Estado la obligación de poner a estas personas en el contexto de protección y respeto de sus derechos.

Sin embargo, el control del delito tiene dos variables: la primera refiere a “qué se controla”, es decir, en la distribución del poder; qué se protege, por qué se protege, a quién se protege, para qué se protege, hasta dónde se protege y qué se tolera, qué no se observa, qué se minimiza, qué se filtra por la ley y la justicia; responder estas interrogantes en la visión abstracta de la política criminal, nos conduce a la configuración en concreto del entorno que da relatividad del delito.

Así entonces, en el problema está la respuesta a este tema, cómo proteger y controlar lo que produces, ejemplo: según el Instituto Nacional de Migración, de 1995 a 2010 la cifra de migrantes en paso a los Estados Unidos fue de aproximadamente, 433,000 centroamericanos⁷ sin contar los desplazados mexicanos. Si fuera conocido

⁷ Rodríguez, Chávez, Ernesto. Et. al, *Migración centroamericana de tránsito irregular por México. Estimulaciones y características generales, Apuntes sobre migración*, México, núm. 1. Julio 2011, p. 2. En el sitio del Instituto Nacional de Migración. http://www.inm.gob.mx/static/centro_de_Estudios/Investigación/Avances_Investigación/Apuntes_N1_julio2011.pdf

el total de personas que migran a los Estados Unidos y se supiera con exactitud quiénes sufren delitos y quiénes son parte de la red de delincuentes ¿cómo se protegerían a estas personas? Hacerlo y garantizar su derecho fundamental a la movilidad y todos los Derechos Humanos que se relacionen, conllevaría a generar (en el caso de los connacionales) y atender satisfactoria y mínimamente las condiciones de vida que les den arraigo, es decir, mejorar sus condiciones de vida. En esta lógica brutal de la visión capitalista, un país en vías de desarrollo únicamente se limita a contener políticamente y no a resolver.

Por lo tanto, las reformas constitucionales y los llamamientos al orden, la seguridad y la no impunidad, sólo serán resueltos de forma focalizada y operativa (tan relativas como el delito mismo) y no como política de Estado.

Por lo anterior, el problema migración-política criminal, es atendido a través de protocolos de actuación como medidas estandarizadas de control procedimental de la ley y; segundo, bajo la estrategia de la garantía del debido proceso en caso de ser parte de un delito o víctima del mismo, es decir, será el individuo que tendrá un cúmulo de cientos de artículos legales(que no comprende, no conoce, ni ejerce)para que se defienda en lo individual y como pueda.⁸ Estas medidas significan que no obstante de estar situados en la ley y mecanismos de cumplimiento (con rasgos preventivos y de reacción proactiva, referido a los protocolos), el fondo será estrategia política, pues en ambos casos (protocolos y Derechos Humanos) los temas de política criminal, con visión ciudadana, humanitaria, preventiva, quedarán fuera y se observarán desde las condiciones de victimización,

⁸ Como consecuencia de la indebida aplicación de la ley o como medida política por sobre la ley, en la mayoría de los casos donde los migrantes son víctimas de delitos o procesados por delitos, generalmente se les toma declaración y después se les deporta. Ver. Díaz Prieto Gabriela, en: *Un trayecto peligroso por México: Violaciones a Derechos Humanos en contra de migrantes en tránsito*. Washington DC., 2010, p.22.

como grupos vulnerables, o de forma reactiva, como sujetos parte de las redes del delito.

Tal vez porque sólo así, el poder político no tendría que cumplir con el requerimiento de cumplimiento de satisfactores económicos y sociales, ni con el control de fronteras (cerrar las nuestras sería que nos cierran las de otros), con la reparación del daño a víctimas o con el acompañamiento seguro de ilegales en su travesía por el país. Con esto se traslada la responsabilidad al migrante, se juega en la visión de la crueldad humana como acto preventivo-inhibitorio (por lo que implica ser ilegal), donde el migrante siempre se representará el: “mejor no hacerlo porque el costo es altísimo” y con ello, hacer de facto una política de estrategia sistémica con o sin resultados específicos (de ahí el acto de contención y de solución, ver *supra*) simplemente disuasivos, ejemplo:

Discurso de contención en política criminal:

Ser migrante, construcción de consecuencias, cuya función política busca inhibir.

Migrante asociado con:

- Estereotipo de: ilegal, delincuente y problema.
- Penalmente: víctima de delitos por situación vulnerable o involucrado en delitos.
- Situación de poder: despreciado, situación de abuso, xenofobia y criminalización.
- Económica: ser visto como carga social y acaparador de expectativas propias para los locales, por lo tanto, sujetos de desprecio paulatino de los locales (racismo, diferencia de clases); explotación.

Con lo anterior, queda bien claro que los problemas migratorios tocantes a la política criminal encierran en primer instancia una función no declarada, tal como sucede en el tema de la prisión, donde

reinsertar, jamás es la misión querida por el Estado, sino castigar y amenazar; en la migración, no es solucionar o prevenir, sino dejar al drama de la suerte en la travesía y del juego de la vida, la mejor estrategia migratoria. Parafraseando a Bauman, el sueño del progreso se hará cada vez más líquido hasta la pérdida de la autoestima y el ánimo de seguir en la búsqueda de mejores condiciones de vida.

La segunda estrategia en el control del delito es: Como estrategia reactiva, aplicar la ley en casos de la comisión de delitos o infracciones para poder cumplir con los requisitos y reclamos del orden internacional y, de forma paralela, establecer esquemas de riesgos posibles en el contexto de la seguridad pública o nacional. En esta visión, la política criminal se manifiesta en su definición limitada, se refleja bajo los efectos operativos y con ellos se enciende el engranaje de una red de leyes y de instituciones de corte migratorio y penal que permitirán determinar y calificar que es un problema de interés de seguridad pública o nacional.

IV. PERSPECTIVA DE POLÍTICA CRIMINAL Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES EN TRÁNSITO POR MÉXICO(2006-2012): REFORMA MIGRATORIA

La Ley de Migración fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de mayo de 2011, dicha Ley reforma y modifica a la Ley General de Población. En primer lugar, haremos una breve síntesis del contenido de esta Ley respecto a derechos humanos de los migrantes, para luego hacer una crítica de la misma, a fin de proponer una política migratoria con perspectiva de Derechos Humanos.

Este cuerpo normativo tiene por objeto regular lo relativo al ingreso y salida de mexicanos y extranjeros al territorio de los Estados Unidos Mexicanos, y el tránsito y la estancia de los extranjeros en el mismo, dentro de un marco de respeto, protección y salvaguarda de

los Derechos Humanos, de contribución al desarrollo nacional, así como de preservación de la soberanía y de la seguridad nacionales.

Asimismo, define a la política migratoria como el conjunto de decisiones estratégicas para alcanzar objetivos determinados; según señala la Ley, en el Reglamento se contemplan normas secundarias, diversos programas y acciones concretas para atender el fenómeno migratorio de México de manera integral, como país de origen, tránsito, destino y retorno de migrantes.

En materia de Derechos Humanos de los migrantes en su tránsito por México, observamos que la Ley de Migración considera como principio en el cual se debe sustentar la política migratoria, el respeto irrestricto de los Derechos Humanos de los migrantes, nacionales y extranjeros, sea cual fuere su origen, nacionalidad, género, etnia, edad y situación migratoria; dice que en ningún caso una situación migratoria irregular pre configurará, por sí misma, la comisión de un delito, ni se prejuzgará la comisión de ilícitos por parte de un migrante por el hecho de encontrarse en condición no documentada.

Señala que el Estado Mexicano debe garantizar los derechos que reclama para sus connacionales en el exterior, así como la facilitación de la movilidad internacional de personas, salvaguardando el orden y la seguridad; al mismo tiempo, pugna por fortalecer la contribución de la autoridad migratoria a la seguridad pública y fronteriza, a la seguridad regional y al combate contra el crimen organizado, especialmente en el combate al tráfico o secuestro de migrantes, y a la trata de personas en todas sus modalidades, que se ha tornado en crisis humanitaria.

Se asegura que se pugnará por la equidad entre nacionales y extranjeros, como indica la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, especialmente en lo que respecta a la plena observancia de las garantías individuales, tanto para nacionales como para extranjeros.

Asimismo plasma que el Poder Ejecutivo determinará la política migratoria en su parte operativa, para lo cual deberá recoger las demandas y posicionamientos de los otros Poderes de la Unión, de los gobiernos de las entidades federativas y de la sociedad civil organizada, tomando en consideración la tradición humanitaria de México y su compromiso indeclinable con los Derechos Humanos, el desarrollo y la seguridad nacional, pública y fronteriza.

Esta Ley señala que el Estado Mexicano garantizará el ejercicio de los derechos y libertades de los extranjeros reconocidos en la Constitución, en los tratados y convenios internacionales de los cuales sea parte el Estado Mexicano, y en las disposiciones jurídicas aplicables, con independencia de su situación migratoria; asimismo, respecto al fenómeno migratorio dice que la libertad de toda persona para ingresar, permanecer, transitar y salir del territorio nacional, tendrá las limitaciones establecidas en la Constitución, los tratados y convenios internacionales de los cuales sea parte el Estado Mexicano, esta Ley y demás disposiciones jurídicas aplicables.

También precisa que el libre tránsito es un derecho de toda persona y es deber de cualquier autoridad promoverlo y respetarlo. Ninguna persona será requerida de comprobar su nacionalidad y situación migratoria en el territorio nacional, más que por la autoridad competente en los casos y bajo las circunstancias establecidos en este mismo ordenamiento.

De igual manera contempla el derecho que los migrantes tienen, independientemente de su situación migratoria, al acceso a la educación, a la atención médica; también señala que los jueces u oficiales del Registro Civil no podrán negar a los migrantes, independientemente de su situación migratoria, la autorización de los actos del estado civil, ni la expedición de las actas relativas al nacimiento, reconocimiento de hijos, matrimonio, divorcio y muerte.

Este cuerpo normativo dicta que en cualquier caso, independientemente de su situación migratoria, los migrantes tendrán derecho

a la procuración e impartición de justicia, respetando en todo momento el derecho al debido proceso, así como a presentar quejas en materia de Derechos Humanos, de conformidad con las disposiciones contenidas en la Constitución y demás leyes aplicables.

Los migrantes, independientemente de su situación migratoria, tendrán derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución y en los tratados y convenios internacionales de los cuales sea parte el Estado Mexicano.

Cuando el migrante, independientemente de su situación migratoria, no hable o no entienda el idioma español, se le nombrará de oficio un traductor o intérprete que tenga conocimiento de su lengua, para facilitar la comunicación. Cuando el migrante sea sordo y sepa leer y escribir, se le interrogará por escrito o por medio de un intérprete. En caso contrario, se designará como intérprete a una persona que pueda entenderlo.

En caso de dictarse sentencia condenatoria a un migrante, independientemente de su condición migratoria, las autoridades judiciales estarán obligadas a informarle de los tratados y convenios internacionales suscritos por el Estado Mexicano en materia de traslado de reos, así como de cualquier otro que pudiera beneficiarlo.

Esta Ley establece que la situación migratoria de un migrante no impedirá el ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos en la Constitución, en los tratados y convenios internacionales de los cuales sea parte el Estado Mexicano, así como en la propia Ley. El Estado Mexicano garantizará el derecho a la seguridad personal de los migrantes, con independencia de su situación migratoria.

La Ley en comento, determina que todos los migrantes, en situación migratoria irregular, tienen derecho a ser tratados sin discriminación alguna y con el debido respeto a sus Derechos Humanos. La presentación de los migrantes, en situación migratoria irregular, sólo puede realizarse por el Instituto Nacional de Migración en los casos previstos en esta Ley; no podrá exceder del término de

36 horas contadas a partir de su puesta a disposición. Durante el procedimiento administrativo migratorio que incluye la presentación, el alojamiento en las estaciones migratorias, el retorno asistido y la deportación, los servidores públicos del Instituto deberán de respetar los derechos reconocidos a los migrantes en situación migratoria irregular establecidos en esta Ley.

Los migrantes que se encuentren en situación migratoria irregular en el país, tendrán derecho a que las autoridades migratorias, al momento de su presentación, les proporcionen información acerca de sus derechos y garantías, el motivo de su presentación, los requisitos establecidos para su admisión, sus derechos y obligaciones, la notificación inmediata de su presentación por parte de la autoridad migratoria al consulado del país del cual manifiesta ser nacional, excepto en el caso de que el extranjero pudiera acceder al asilo político o al reconocimiento de la condición de refugiado. Asimismo, se hará de su conocimiento la posibilidad de regularizar su situación migratoria.

De igual forma, el cuerpo normativo dicta que todo migrante tiene derecho a ser asistido o representado legalmente por la persona que designe durante el procedimiento administrativo migratorio. El Instituto podrá celebrar los convenios de colaboración que se requieran y establecerá facilidades para que las organizaciones de la sociedad civil ofrezcan servicios de asesoría y representación legal a los migrantes en situación migratoria irregular, a quienes se les haya iniciado un procedimiento administrativo migratorio.

Durante el procedimiento administrativo migratorio, los migrantes tendrán derecho al debido proceso que consiste en que el procedimiento sea sustanciado por autoridad competente; el derecho a ofrecer pruebas y alegar lo que a su derecho convenga; a tener acceso a las constancias del expediente administrativo migratorio; a contar con un traductor o intérprete para facilitar la comunicación, en caso de que no hable o no entienda el español, y a que las resoluciones de la autoridad estén debidamente fundadas y motivadas.

La Secretaría de Gobernación será la encargada de crear grupos de protección a migrantes que se encuentren en territorio nacional, los que tendrán por objeto la protección y defensa de sus derechos, con independencia de su nacionalidad o situación migratoria. También celebrará convenios de colaboración y concertación con las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, de las entidades federativas o municipios, con las organizaciones de la sociedad civil o con los particulares, con el objeto de que participen en la instalación y funcionamiento de los grupos de protección a migrantes.

Asimismo, la Secretaría celebrará convenios con las dependencias y entidades del Gobierno Federal, de las entidades federativas y de los municipios, para implementar acciones tendientes a coadyuvar con los actos humanitarios, de asistencia o de protección a los migrantes que realizan las organizaciones de la sociedad civil legalmente constituidas.

Con lo antes descrito respecto a los principios y supuestos contemplados en la Ley de Migración, se podría decir que es una Ley de vanguardia y de corte humanista que posiciona a México en el respeto de los Derechos Humanos, toda vez que contempla conceptos, figuras jurídicas e instrumentos nuevos en materia de Derechos Humanos, en virtud de que no solamente discriminaliza sino que también contempla concepto, figuras jurídicas e instrumentos nuevos en esa materia. La implementación de políticas públicas, e instituciones y mecanismos preventivos y de protección acordes a la Ley, que reflejan la intención de dar un tratamiento congruente a la demanda social respecto al fenómeno de la migración en la actualidad.

Pese a lo anterior aun queda trabajo por hacer a fin de garantizar efectivamente los derechos fundamentales del migrante, pues todavía se siguen realizando prácticas que contribuyen a la criminalización y a la clandestinidad de la población migrante en situación irregular.

➤ *Crítica a la nueva ley demigración*

En el marco de la elaboración de la Ley de Migración, la Cámara de Senadores y la de Diputados se reunieron con los ciudadanos y tomaron acuerdos para la redacción y aprobación de dicho cuerpo legal, sin embargo y como producto final solamente se incluyeron los acuerdos tomados entre el Ejecutivo y el Legislativo. Posteriormente la sociedad civil organizada (Grupos Académicos y otros) realizó un análisis sobre la iniciativa de Ley, proponiendo el debate público, plural y transparente.

El análisis de este grupo de trabajo arrojó que la Ley de Migración, de cierta forma, representa un avance hacia el cumplimiento de los Derechos Humanos de las personas migrantes, al reconocer diversos derechos como el acceso a la justicia, a la educación y a la salud para las personas migrantes, así como su acceso y el de sus familiares a los actos del registro civil, independientemente de su situación migratoria. Asimismo, la figura de defensor de los Derechos Humanos. Otro avance es que establece que la autoridad migratoria no podrá realizar visitas de verificación en los lugares donde se encuentren migrantes albergados, por organizaciones de la sociedad civil o por personas que realicen actos humanitarios, de asistencia o de protección a los migrantes.

Sin embargo, el Grupo de Trabajo sobre Legislación y Política Migratoria (GTLPM) afirma que el enfoque de Derechos Humanos de la Ley es meramente declarativo, toda vez que no cumple a cabalidad con el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Continúa la falta de definición de una política migratoria integral de Estado. La Ley se focaliza esencialmente en los temas de control, verificación y regulación de los flujos migratorios de tránsito y destino en México, y se orienta a regular el quehacer del Instituto Nacional de Migración. Coloca la migración y a las personas migrantes dentro de un esquema de seguridad, es decir, las seguridades

nacional, pública y fronteriza se mencionan con constancia a lo largo de la exposición de motivos y el articulado, en lugar de considerarla como un tema social y colocar a la persona migrante y sus derechos en el centro de su quehacer. Aun se continúa criminalizando y poniendo en riesgo la vida y la integridad de las personas migrantes.

El Grupo de Trabajo señaló que algunos otros puntos relevantes de dicha Ley son: la vulneración del derecho a la no discriminación y a la igualdad; carece de enfoque de género y niñez; y se discrimina a las personas migrantes en el acceso a varios derechos como la libertad de tránsito, la libertad y seguridad personales, la protección efectiva del Estado, el debido proceso y a la justicia, la presunción de inocencia y la protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada.

Respecto al enfoque de género, el Grupo de Trabajo concluyó que no hay una inclusión transversal del enfoque de género, ni un sistema de evaluación con indicadores para medir su impacto diferenciado en mujeres y hombres. De igual manera, no se prevén procedimientos para identificar a potenciales víctimas de violencia en el proceso migratorio.

Por lo que hace al tema de la niñez migrante, se señala que es favorable que la Ley de Migración incluya el principio del interés superior del niño, sin embargo, éste es enunciativo y pierde carácter operativo al conservar un enfoque tutelar y no garante, sobre todo por cuanto hace a la niñez migrante no acompañada. No hay un registro único de lugares para alojar y proteger a la niñez y adolescentes no acompañados, y no se prevé un mecanismo que garantice su acceso a la justicia.

Respecto a los migrantes como grupos de vulnerabilidad, el Grupo de Trabajo sobre Legislación y Política Migratoria dice que preocupa el artículo 113 de la Ley por su contenido discriminatorio, al considerar a mujeres embarazadas, adultos mayores, personas con discapacidad e indígenas, o bien, víctimas o testigos de delitos gra-

ves, como personas incapaces y contempla la posibilidad de que las instituciones ejerzan su tutela.

En el tema de las visitas de verificación en domicilios particulares, el Grupo de Trabajo dice que la Ley prevé en su artículo 92 la posibilidad de la realización de visitas de verificación a domicilios particulares, esto sin motivación y fundamentación.

Por lo que hace a la recepción de denuncias por la presunta comisión de delitos, señalan que el artículo 93 de la Ley faculta a la autoridad migratoria a recibir y atender denuncias por la presunta comisión de delitos, aun cuando no se trata de una autoridad competente para tal tarea, violando, entre otros, el derecho a la protección judicial.

Por cuanto hace a los filtros de revisión migratoria, el Grupo de Trabajo puntualiza que el artículo 7 de la Ley reconoce el derecho de libre tránsito y el deber de las autoridades de promoverlo y respetarlo. Sin embargo, el artículo 97 le otorga al INM facultades para que establezca filtros de revisión migratoria fuera de los sitios para ello establecidos. Estos contravienen los artículos 22 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 8 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CTM), dado que violan el derecho de circulación, libertad de tránsito, tanto de las personas mexicanas como extranjeras, también protegido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ninguna autoridad administrativa tiene atribuciones para solicitar que las personas mexicanas se identifiquen y acrediten su nacionalidad, por lo que tal medida solamente podría ser aplicada bajo un criterio discriminatorio de acuerdo al perfil, raza o apariencia de la persona, que permitan a la autoridad presumir, desde una visión discrecional y arbitraria, que la persona es migrante. De esa manera, se viola el derecho a la no discriminación y a la igualdad, principios establecidos en el artículo 1 de la CPEUM y

demás leyes secundarias, una de la CADH, tres del Protocolo de San Salvador y siete de la CTM.

Tratándose de detención y acceso a la justicia, los plazos de la detención migratoria rebasan las 36 horas que permite la CPEUM. Es indispensable que el aseguramiento sea reconocido como una forma de detención administrativa sujeta a los límites temporales y legales de todo procedimiento administrativo según la CPEUM. De acuerdo con los artículos 7.5 de la CADH y 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), la detención debería ser la excepción y no la regla, por lo que deben existir medidas alternativas y mecanismos para implementarlas. Afirman que en todo caso, la detención siempre debería poder ser monitoreada por organizaciones de la sociedad civil (OSC), representantes consulares y organismos públicos de Derechos Humanos.

Tocante al derecho a la defensa y a la notificación consular, señalan que los artículos 70 y 109 de la Ley de Migración establecen el derecho a la defensa para todas las personas migrantes, incluyendo aquellas que se encuentran aseguradas, aunque dicha afirmación es meramente declarativa, dado que no se establecen los medios o mecanismos para activar tal derecho; como ejemplo: la disposición efectiva de defensa pública ilustrada y gratuita, el acceso a directorios de despachos legales que prestan servicios pro bono y de abogados de OSC que les puedan asistir. Por su parte, el artículo 70 señala que se celebrarán convenios para que las OSC puedan ofrecer servicios de asesoría y representación legal a las personas migrantes en detención. Tampoco se precisa cómo hacer efectivo el derecho a la asistencia consular.

Presunción de inocencia, doble penalización y acceso a la defensa: La Ley de Migración viola los artículos 8 y 25 de la CADH, y 18.2 y 18.6 de la CTM en términos de presunción de inocencia y aplicación de la doble penalización en sus artículos 43 y 64, que establecen que

se podrá negar la expedición de visa o la internación a quienes estén sujetos a proceso penal o hayan sido condenados por delito grave.

Dicho ordenamiento también contempla la participación de autoridades diferentes a las migratorias en tareas de control y verificación: El artículo 4 de la Ley de Migración prevé que la Secretaría de Gobernación podrá auxiliarse de otras dependencias y entidades en la aplicación de la ley. En reiteradas ocasiones se ha señalado que la participación de otras autoridades ha sido el origen de múltiples abusos y violaciones cometidas contra las personas migrantes.

V. FUENTES DE CONSULTA

ARTOLA, Juan “Las migraciones en la agenda internacional”, en Villafuerte Solís, Daniel y García Aguilar, María del Carmen (coords.), *Migraciones en el sur de México y Centroamérica*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2008.

CHUECA SANCHO, Ángel G., *Inmigración, Estado y Derecho*, Barcelona, Bosh, 2008

DÍAZ PRIETO, Gabriela, *Un trayecto peligroso por México: Violaciones a Derechos Humanos en contra de migrantes en tránsito*. Washington DC., 2010.

DOMÍNGUEZ ÁVILA, Carlos Federico, “Migración, globalización y relaciones internacionales: En busca de nuevas interpretaciones fundamentales en evidencias latinoamericanas recientes”, en García Cossío, María Ileana, *Los nuevos escenarios de la migración: causas, condiciones, consecuencias*, México, Fundación Heinrich Boll, 2006.

DURAND, Jorge y DOUGLAS, Massey, *Salvando Fronteras: Migración internacional en América Latina y el Caribe*. México, Porrúa, 2010.

GONZÁLEZ, Felipe. Comisionado Relator Especial de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe elaborado en*

- ocasión desu visita a México, sobre la situación general de los Derechos de los migrantes y sus familias*, México, 2011, p. 24.
- MARTÍNEZ PIZARRO, Jorge (ed.), *América Latina y el Caribe: Migración internacional, derechos humanos y desarrollo*, Chile, Organización de las Naciones Unidas, CEPAL, 2008.
- OJEDA PAULLADA, Pedro, “Comentario sobre derechos humanos y migración”, en Olloqui De, José Juan (com.), *Estudios en torno a la migración*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.
- PEDROCHE CRUZ, Araceli Socorro, “El movimiento migratorio y sus efectos sociales”, *Revista Trabajo Social*, México nueva época, año 19, núm. 3, noviembre de 2008.
- RODRÍGUEZ, Chávez, Ernesto. Et. al, *Migración centroamericana detránsitoirregular por México. Estimulaciones y características generales, Apuntes sobremigración*, México, núm. 1. Julio 2011, p. 2. En el sitio del Instituto Nacional de Migración: http://www.inm.gob.mx/static/centro_de_Estudios/Investigación/Avances_Investigación/Apuntes_N1_julio2011pdf

CIBERGRAFÍA

- Resolución 40/34 de noviembre del 1985, Organización de las Naciones Unidas. Organización Internacional para las Migraciones-Instituto Nacional de Migración, *Aspectos básicos para la gestión migratoria*, México, Tilde Editores/Cuitláhuac Quiroga, 2009.
- Comunicado del 22 de agosto del 2013. Amnistía Internacional: <http://amnistia.org.mx/nuevo/2013/08/22>. Consultado Mayo 10, 2015. <http://fundar.org.mx/opiniones-preliminares-del-grupo-de-trabajo-sobre-legislacion-y-politica-migratoria-en-torno-la-iniciativa-con-proyecto-de-decreto-por-el-que-se-expide-la-ley-de-migracion/> Consultado 18 de junio del 2016.

LEGISGRAFÍA

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Convención Americana de Derechos Humanos

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

Ley de Migración

LA PRETENSIÓN PUNITIVA DEL MINISTERIO PÚBLICO Y LA RAZÓN DE ESTADO

MAURICIO CAMACHO REYNOSO¹

SUMARIO: I. La pretensión punitiva del Ministerio Público; II. La conceptualización de Estado y el principio de Legalidad; III. La razón de Estado y el desistimiento de la pretensión punitiva; IV. El desistimiento de la pretensión punitiva y la Teoría de la Reacción Social; V La pretensión punitiva: ejercicio de Poder y Control Social; Caso de dominio público: General Tomás Ángeles Dauahare. La referencia de Poder en la punición y su uso arbitrario; VII. Conclusiones; VIII. Fuentes de consulta.

Resumen: El Ministerio Público es una institución del Estado cuya labor es mantener el orden y la paz social a través del ejercicio de la acción penal; medio legal para perseguir el delito ante las Instancias Jurisdiccionales.

Cuando el Órgano de Indagación sujeta a un individuo a formal proceso penal, corresponde a aquél el deber de probar su acusación; acto contrario, cuando se advierte que no obran datos ni pruebas suficientes para ejercitar acción penal en contra de la persona acusada deberá entonces hacer uso de los medios legales para desistir de su imputación con base en criterios normativos y no aleatorios referentes al abuso de poder y el control social.

El control social y el ejercicio de poder son factores integrantes de la definición de la razón de Estado; éstos pueden incidir en el desistimiento de la pretensión punitiva del Órgano Investigador, paralelos a la normatividad criminal, de ese modo surge también el

¹ Maestro en Política Criminal por la Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Estudios Superiores Acatlán.

etiquetamiento del individuo, desde la investigación, sea o no transgresor de la norma penal.

Cuando el desistimiento de la pretensión punitiva del Estado está sustentado en criterios de orden político, denota que en el Estado de Derecho no siempre tienen prioridad los derechos de las personas sujetas a procedimiento punitivo, sino el objeto es la ejemplaridad social, el temor colectivo y la mantención del elemento “poder” dentro de las instituciones políticas.

Abstract: The Public Prosecutor’s Office is an institution of the State whose task is to maintain order and social peace through the exercise of criminal action; legal means to prosecute the offence in the judicial authorities.

When the Organ of Inquiry subject to a person in formal criminal proceedings, it corresponds to the duty to prove its accusation; act against, when warns that not work data or insufficient evidence for bringing criminal action against the accused must then make use of legal means to withdraw its accusation, based on normative and non-random opinion relating to the abuse of power and social control.

The social control and the exercise of power are part of the definition of the reason of State factors; these, can impinge on the withdrawal of the claim to punitive law researcher, parallel to the criminal law, thereby also arises the categorization of the person from the research whether or not disruptive of the criminal standard.

When the withdrawal of punitive State claim is supported by opinion of political order, it makes it clear that in the rule of law do not always have priority rights of persons subject to punitive procedure, but the object is the exemplary social, collective fear and the maintenance of “power” inside political institutions.

Palabras clave: Ministerio Público, acción penal, procedimiento punitivo, desistimiento de la pretensión punitiva, razón de Estado.

Key words: Public Prosecutor, criminal proceedings, punitive procedure, waiver of claim punitive, reason of State.

I. LA PRETENSIÓN PUNITIVA DEL MINISTERIO PÚBLICO

El ejercicio de la acción penal tuvo diversos cambios con la reforma de junio de 2008. En ese año surgieron diversos cambios al sistema jurídico mexicano, y entre ellos, el sistema de justicia penal; comenzó la transición de un sistema penal mixto hacia un sistema penal de corte acusatorio, adversarial y oral.

El Ministerio Público es parte integrante del antiguo y nuevo esquema de enjuiciamiento penal; su tarea es restablecer el orden colectivo cuando se ha quebrantado y mantener así la paz social. Los artículos 21 y 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos enuncian las funciones específicas del Órgano de Investigación, mismas que son: la investigación de los hechos susceptibles de ser delitos y el ejercicio de la acción penal ante los tribunales.

La función del Órgano de Representación Social está dividida en dos actividades esenciales: la primera, corresponde a la investigación de aquellos hechos de los que tenga conocimiento para determinar conforme a la legislación penal, si merecen ser considerados como delitos. En el desarrollo de esta actividad, el Órgano de Acusación actualiza su labor de investigación.

Una vez concluida la indagación, y si a juicio del Ministerio Público existen evidencias que correlacionen la conducta supuesta de delito con la persona sujeta a investigación, podrá ejercitar la acción penal, que constituye su segunda tarea (persecución del delito). Por tanto, somete a consideración del órgano jurisdiccional los hechos investigados, para que sea este último quien determine si los hechos

puestos a su criterio son o no constitutivos de delito, señalar la responsabilidad de quien lo haya cometido y establecer, en su caso, la sanción que corresponda al ilícito. En el desarrollo de esta última actividad, el Órgano Persecutor del Delito podrá solicitar la imposición de penas que conforme a la ley puedan corresponder a la infracción planteada; atribución que tiene su fundamento en el artículo 102 de la Constitución Federal.

El ejercicio de la pretensión punitiva es una faceta del ejercicio de la acción penal, por lo que es preciso establecer qué es la acción penal. Eduardo López Betancourt define a la acción penal de la siguiente manera: “Es aquella que se origina a partir de un delito, esta acción supone la imposición de un castigo al responsable, de acuerdo a lo establecido por la ley. De esta manera, la acción penal es el punto de partida del proceso judicial [...]”.²

Leone Giovanni expresa que la acción penal, por su particular función y sus particulares aspectos, se presenta -a una primera visión empírica- como la actividad de un órgano del Estado encaminada a obtener una decisión del juez penal, en relación a un hecho que constituye delito, que se supone cometido por alguien y que cuando se parte de una configuración jurídica de dicha actividad, se perfilan las posiciones siguientes:

- La acción penal como derecho subjetivo frente al juez.
- La acción penal como derecho potestativo.
- La acción penal como manifestación de voluntad mediante la cual está condicionado el ejercicio de la jurisdicción penal.

Julio A. Hernández Pliego expresa que la acción penal es:

² Cfr. López Betancourt, Eduardo, *Teoría del delito*, México, Porrúa, 1999, 7ª ed.

El poder-deber que el Estado encomienda constitucionalmente al Ministerio Público, y que este poder-deber se manifiesta cuando el Órgano de Indagación excita al órgano de jurisdicción, para que sea este último quien, en un caso concreto, resuelva el conflicto de intereses que se le plantea, mediante la aplicación de la ley, con la finalidad de lograr la permanencia del orden social [...].³

En virtud de estos criterios, es dable afirmar que la acción penal es la facultad o atribución que posee el Estado para llevar a cabo la investigación y persecución de las conductas susceptibles de constituir delitos por la ley penal y que ejerce a través del Ministerio Público, institución legitimada por aquél.

Los orígenes de la acción penal tienen su referente en los tiempos en que el Estado se hizo acreedor del monopolio del uso de la fuerza; al inaugurar la acción penal, ésta reemplazó a la venganza personal y a la autodefensa, al ser el Estado quien asumió la defensa y el resarcimiento de sus ciudadanos. La acción penal supone un ejercicio de poder por parte del Estado y un derecho a la tutela para los ciudadanos que sufren las consecuencias de un delito cometido contra su persona.

La acción penal es una de las formas que tiene el Estado para restablecer la paz social alterada por la comisión de un delito. La promoción de una acción penal puede ser ejercida tanto por el poder estatal como por particulares. Una vez iniciada una denuncia, querrela o satisfecho el requisito de procedibilidad, la primera etapa consiste en la investigación: la búsqueda de pruebas; seguida de la persecución: el ejercicio de la acción punitiva ante el tribunal de la materia; y la acusación: se exige un castigo. Durante el juicio, cada uno de estos pasos es concretado y, con base en la acción penal, el

³ Hernández Pliego, Julio A., *Programa de Derecho Procesal Penal*, México, Porrúa, 2006, 13^a ed., pp. 137 y 138.

juez es el encargado de dictar la resolución conforme a lo estipulado por las leyes vigentes.

La definición descrita con antelación por Hernández Pliego, alude al orden social como aquella finalidad que busca la instancia judicial como consecuencia de la labor realizada por el Órgano de Investigación. Bajo este enunciado, es preciso referir cómo se interpreta el orden social. El orden social es necesario en toda comunidad si se quiere conservar una adecuada interacción entre la colectividad y lograr los fines sociales. La interacción entre la colectividad es entendida como la armonía entre las funciones de las instituciones del Estado y los ciudadanos como destinatarios de la norma.

Bobbio refiere que el orden social se manifiesta en la agrupación de hombres que se halla unida por vínculos, no sólo de orden jurídico, sino también, por uno de carácter social: el interés común.

Rousseau argumenta que el orden social es un derecho sagrado que conforma la base de todos los demás derechos; sin embargo, ese derecho no es natural, sino que se funda en convenciones. Las convenciones surgen a partir de la constitución grupal del individuo: la sociedad.

Beccaria expresa que para lograr la permanencia del interés colectivo, es necesario un mecanismo de protección que infunda temor a aquél sujeto que procure ejecutar una conducta contraria. De allí que establezca el nacimiento de las penas como medidas de seguridad y protección al interés colectivo.

Asimismo Montesquieu declara que toda pena que no se deriva de la absoluta necesidad, es tiránica. En este orden de ideas, el ejercicio de la pretensión punitiva del Ministerio Público tiene como fin el restablecimiento del orden social, entendido con los diferentes aspectos que componen el orden social.

II. LA CONCEPTUALIZACIÓN DE ESTADO Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El Estado constituye el pilar sobre el cual recae la estructura política, social y jurídica de una comunidad, en él se desarrollan las actividades de las instituciones de gobierno y la vida social, así como las relaciones entre dichas instituciones y los miembros de la comunidad. Visualizar un panorama general sobre la posición que ocupa el Ministerio Público dentro de la estructura estatal es importante debido a la función que desempeña en torno a la atribución encomendada por el Estado.

La palabra *Estado* alude a una conceptualización donde impera un orden conformado por normas de convivencia social y, a su vez, ese orden opera a través del Derecho; de este modo, en una sociedad donde impera el Estado de Derecho están presentes ambos elementos que dan forma a la vida institucional del gobierno y a la forma de procurar y administrar justicia.

La labor del Órgano de Indagación es necesaria en todo sistema de justicia construido sobre bases democráticas con respeto a los derechos fundamentales del hombre. El ejercicio de la pretensión punitiva opera entonces, como una de las formas para restablecer el orden y mantener la paz social.

El Ministerio Público tiene la facultad de ejercitar la acción penal, para llevar a cabo la persecución de la conducta susceptible de delito, no obstante, también puede suscitarse una vez iniciado el procedimiento penal, el desistimiento del ejercicio de la pretensión punitiva por razones de índole político, paralelo y distante de la normatividad punitiva, afectando con ello una gama de derechos establecidos por la Constitución Federal para el acusado.

El Estado posee, por ministerio de ley, la facultad de investigar y perseguir las conductas presupuestas como delitos por la normatividad criminal. La investigación está encargada a un Órgano

Persecutor del Delito, generalmente denominado Ministerio Público, o bien, Ministerio Fiscal. Esta Institución es una característica de los Estados Democráticos de Derecho apegados a un sistema de justicia penal de tipo acusatorio, adversarial y oral.

Los procesos de justicia punitiva derivan de un sistema jurídico delictivo específico. Así, el proceso penal acusatorio, hace alusión al respeto de los derechos de quienes intervienen en la indagatoria y el juicio criminal. Es proclive al aseguramiento de tales derechos que la ley concede a aquellos sujetos intervinientes en el proceso, y que incitan a las instituciones del Estado a la correcta investigación y el debido proceso.

El Órgano de Representación Social tiene como atribución el ejercicio de la acción penal, el cual está identificado como la facultad otorgada por el Estado para la adecuada investigación del hecho puesto a su consideración, con el fin de identificar en él, las circunstancias que puedan inclinarlo a un criterio punitivo. En su proceder debe observar las reglas del sistema acusatorio de corte garantista; privilegiando el derecho de presunción de inocencia del justiciable hasta en tanto no se demuestre lo contrario.

La acción penal corresponde en su ejercicio al Ministerio Público como Órgano Persecutor del Delito. El objeto de la acción penal es indagar los hechos materia de discusión jurídica, verificar primero la existencia de un hecho que la ley presuponga como delito, asimismo corresponde al Órgano Persecutor del Delito, cerciorarse sobre la participación de quien haya proveído a su comisión con el fin de someterlo a consideración de los órganos judiciales del Estado y pronunciarse sobre su sanción. Debe precisarse que sólo aquellos delitos que no hayan sido favorecidos con los medios alternativos de solución de conflictos que el nuevo sistema de justicia penal provee, serán los que pasarán finalmente a ser discutidos y sustentados en sus diferentes posturas: acusación y defensa, para poder establecer la sanción que en su momento pueda corresponder al hecho. Por tan-

to, se concluye que resulta una obligación para el Ministerio Público sustentar su acusación hasta la conclusión judicial.

La obligatoriedad y discrecionalidad de la acción penal son cuestiones que no deben darse en discrepancia normativa, pues atañe al Ministerio Público incitar al órgano jurisdiccional con el fin de poner en marcha la maquinaria legal cuyo objetivo es dilucidar la contienda de intereses.

Claus Roxin define a la obligatoriedad de la acción penal -que también llama principio de legalidad- de la siguiente manera: “El deber de realizar las investigaciones cuando existe la sospecha de que se ha cometido un hecho punible y, por otra parte, de formular la acusación cuando después de las investigaciones sigue existiendo esa sospecha vehemente”.⁴ Roxin propone que la acción penal es la atribución del Estado para llegar a la sanción del ilícito; en este sentido, la obligatoriedad de la acción penal es para el Ministerio Público el deber de iniciar, sostener y perseverar en la persecución penal de todo delito del cual tome conocimiento, sin que pueda suspenderla, interrumpirla o hacerla cesar a su discreción.

Los doctrinarios de la materia sostienen que el ejercicio de la acción penal está materializada en la acusación; sin embargo, para llegar a esta determinación, el Ministerio Público debe haber agotado previamente una investigación, sea informal o formal, pues ésta determinará en grado cuantioso la decisión final del Órgano de Investigación, la cual permitirá afirmar y confirmar la comisión de un hecho punible del cual surja la acción penal que, unido a lo anterior, resulte en una expectativa de éxito.

La investigación del hecho susceptible, así como la acusación, están marcadas por la legalidad procesal; ella regula, limita y especifica el ámbito de extensión de las potestades del Órgano Investigador.

⁴ Roxin, Claus, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, p. 89.

Quintero, G., Morales, F., y Prats, M., señalan sobre el principio de legalidad lo siguiente:

Para satisfacer la reivindicación del principio de legalidad, éste debe actuar en diversos frentes. Por ello se habla de las diversas garantías contenidas en el mismo. Éstas pueden ser reconducidas a dos grandes grupos: garantías legales, que afectan el *quomodo* de las leyes penales (que deben ser claras, precisas, escritas, estrictas e irretroactivas) y garantías formales o procesales, referidas tanto a la determinación de los órganos en quien resida la potestad de dictar leyes como a la precisión de los órganos encargados de aplicarlas. Finalmente, el principio de legalidad habría de gobernar la ejecución de las penas.⁵

La cita anterior señala las diversas garantías que concurren en el principio de legalidad como la forma de hacer posible el ejercicio íntegro de la acción penal, estas garantías están divididas en dos grupos: las primeras, denominadas garantías legales, las cuales corresponden a la claridad que debe establecerse en la redacción de las leyes penales, definiendo las conductas o hechos susceptibles de investigación penal; las segundas, denominadas garantías formales, correspondientes a la determinación de los órganos judiciales encargados del juzgamiento del hecho, en ellos reside la capacidad de discernimiento del hecho, el cual será sometido a calificación legal y finalmente será sancionado en su absolucón o condena. De igual forma, los autores disponen que el principio de legalidad debe ocuparse de la ejecución de las penas como parte de esa sanción cuando sea condenatoria, en este orden de ideas, pueden ser consideradas como garantías de ejecución, tarea también del Estado.

⁵ Quintero, G., y Morales, F., y Prats, M., *Curso de Derecho Penal. Parte general (Acorde al Nuevo Código Penal de 1995)*, Barcelona, Cedecs, 1996, p.31.

Quintero, G., Morales, F., y Prats, M., sostienen que el principio de legalidad hace posible derivar otras garantías, tales como las siguientes: la garantía criminal, la garantía penal, la garantía de ejecución y, la garantía jurisdiccional, esta última significa que las sentencias condenatorias y las absolutorias no pueden ser dictadas más que por el órgano judicial competente y tras cumplir los requisitos y garantías del proceso.

La legalidad procesal fijará el cauce que la acción penal debe transitar a fin de obtener un pronunciamiento jurisdiccional definitivo. Es pertinente aclarar que frente a la extendida doctrina por la cual se sostiene que al disponerse de una etapa del procedimiento se da espacio al principio de oportunidad, con lo cual se pone fin al juicio y se sobresee la causa, ello desde luego en delitos que la ley penal considere de menor lesión social, pues aquellos de oficio como la violación, por ejemplo, o el homicidio, serán perseguidos por mandato tajante de la ley, aunque hubiese perdón de la víctima u ofendido.

En otras palabras, el proceso que debe impetrar el Fiscal con el ejercicio de la acción penal culminará, según cuál sea la forma que el mismo ordenamiento penal disponga como fase final del proceso, que no necesariamente ha de ser el juicio oral, con lo cual la obligación ministerial se habrá satisfecho también a plenitud legal.

Los derechos procesales son parte fundamental en el desarrollo armónico del juicio penal; ellos constituyen la garantía por parte del Estado para la persona a quien se le atribuya relación con el hecho delictivo controvertido. Las violaciones al procedimiento penal componen, bajo este orden de ideas, la violación a los derechos fundamentales de la persona investigada o acusada.

La línea de pensamiento descrita en los párrafos antes señalados, permite afirmar que en el principio de legalidad convergen los demás principios del sistema procesal acusatorio, puede considerarse como la base de los principios en la estructura garantista del reeditado modelo de enjuiciamiento criminal. Por lo tanto, al discrepar en

su funcionamiento por una causa ajena al sistema garantista contraviene el debido proceso y puede entenderse como el abuso sufrido a la persona sujeta a investigación por parte de un órgano del Estado: el Ministerio Público, en relación a la obligatoriedad por mantener su acusación en el desarrollo del juicio oral, o bien, reservándose ésta optando por los medios alternativos de solución al conflicto penal.

El Derecho Penal, y en particular, el ejercicio de la acción penal, están orientados por un cúmulo de postulados fundamentales de los cuales es posible su interpretación y sistematización. Tanto el derecho sancionador como la pretensión punitiva del Estado deben incluir de manera eficaz el sistema de persecución y enjuiciamiento del delito, así como el debido cumplimiento de la sentencia.

El límite al ejercicio de la facultad punitiva del Estado son los derechos fundamentales y los principios del Derecho Penal; por ello, su incorporación debe ser obligada en el nacimiento de los nuevos órdenes de incriminación. Ambos elementos marcan el límite a la actividad estatal, expresan el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efecto de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos.⁶

III. LA RAZÓN DE ESTADO Y EL DESISTIMIENTO DE LA PRETENSIÓN PUNITIVA

Cuando en la comisión de un hecho se presupone la existencia de una afectación social, el Estado posee la facultad para investigar y precisar la verificación de la conducta, observará los derechos de quien se halle sujeto a la indagatoria y, en caso de llegar a la convicción posi-

⁶ García Ramírez, Sergio, *El debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Instituto de la Judicatura Federal, <http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2012/jornadasitinerantes/procesoSGR.pdf>, p. 19, fecha de consulta: 17 de septiembre de 2014 y 04 de enero de 2016.

tiva de ese hecho, imponer una sanción como medio para restablecer el orden social. En cambio, si de los procedimientos de investigación y calificación del hecho no se observan los parámetros establecidos para tal efecto, resulta factible señalar lo que Maquiavelo, Melossi, entre otros autores, denominan *razón de Estado*, en atención a la discrepancia entre los principios del Estado democrático y la violación de los derechos de quien se halle sujeto a la acción penal del Estado.

Es preciso mencionar que la denominación *razón de Estado* posee diferentes acepciones entre los estudiosos de la materia, quienes analizan también el hecho de si es bueno o malo. Los más asiduos defensores del concepto expresan que no puede hablarse de tales calificativos, pues la razón de Estado no puede calificarse como tal, dado que no es dable calificar por similitud a la justicia como buena o mala, ya que al poseer tal calificativo perdería su esencia como justa y equitativa; en cambio, se debe entender a la razón de Estado como una circunstancia estatal en la que se ejerce el poder coactivo institucional alejado del bien común. Por ello, la formación del Derecho atiende a razonamientos de valor, por tanto, la acción política, como todo acto humano, no puede estar exenta de valoración moral.

Las razones de Estado, en particular las *razones de orden político*, están en contacto con determinados aspectos, conocimientos, hechos, circunstancias, que invariablemente, y dada la evolución que ha tenido el concepto, han llevado a la sociedad a una percepción generalizada sobre circunstancias en las que es patente la falta de armonía entre la ética y la política, entre la moral y la seguridad, entre lo justo y lo bueno, entre lo conveniente para los ciudadanos como tal y lo universalmente adecuado para todos; concepciones que en general han moldeado el contenido del concepto.

Así, el desistimiento de la pretensión punitiva del Ministerio Público puede ser el resultado de una decisión política, operar al margen de la legalidad, y formar una realidad alterna a la normatividad penal.

Darío Melossi profiere que la razón de Estado es una acción de carácter político, mediante la que se canaliza el poder de punición del Estado a personas o instituciones para garantizar el orden constitucional, tiene como fin la cohesión política. Argumenta sobre esta última, que está identificada con el fortalecimiento de las instituciones políticas en el Estado social y democrático de Derecho, que moldean la estructura política del Estado en sus diferentes quehaceres: ejecutivo, legislativo y judicial, cada uno en la esfera de sus atribuciones en concordancia con el sistema de pesos y contrapesos definido por Montesquieu. En este orden de ideas, el desistimiento de la pretensión punitiva del Órgano de Acusación, apoyado en la razón de Estado, difiere de la normatividad penal y acentúa el ejercicio tiránico del poder estatal, como lo menciona también César Bonessana, Marqués de Beccaria, al expresar que cuando las leyes son claras y precisas, la función del juez no consiste más que en comprobar un hecho.

El desistimiento de la atribución punitiva del Órgano de Indagación, mantiene un estatus de poder mediante el sometimiento de una persona a proceso penal; este poder puede ejercitarse sin fundamento en la normatividad, de esta manera, los criterios de sujeción a proceso son infundados y atienden en mayor medida a una acción política que corrompe el esquema de justicia; esta acción no otorga certeza a la acusación del Órgano Investigador. La afectación que se genera como consecuencia de este desistimiento, basado en la razón de Estado, es la vulneración a los derechos de la persona sujeta a proceso, pues la lesión trasciende a diferentes ámbitos de la vida de una persona, sean estos psicológicos, sociales, profesionales entre otros. A la par de este razonamiento, el ejercicio de poder, verificado una vez accionada la maquinaria judicial a través de la pretensión punitiva del Ministerio Público, tiene como objeto la sanción de un determinado delito; no obstante, al no llegar a este objetivo, se reafirma con el desistimiento de esta atribución, la estigmatización de

naturaleza criminal al individuo sujeto a proceso penal, tal como lo establece también Howard Becker.

Otro de los autores que interpreta la lesión del Estado a un individuo, efectuada por la decisión arbitraria y aleatoria de las circunstancias imperantes en determinado lugar y espacio es Kelsen, quien en lo particular refiere, que dentro de un proceso penal, donde se ha impuesto una pena a un inocente, debe anularse la pena privativa de libertad en su caso, así como también el Estado debe reparar el daño causado a la persona o a sus allegados a través de una prestación que provenga del patrimonio estatal. De lo que se puede inferir que será el Ministerio Público en quien recaiga la responsabilidad de reparar el daño, al ejercer acción penal cuando no existen los elementos idóneos que permitan suponer la responsabilidad del individuo en la comisión del injusto.

La razón de Estado puede entenderse, con apoyo en los criterios doctrinales descritos, como la acción de carácter político mediante la que se canaliza el poder de punición del Estado a sujetos e instituciones para garantizar el orden constitucional; esta acción es paralela al marco legal, su fin es mantener la cohesión política del Estado. Por ello, el desistimiento de la pretensión punitiva vislumbra una problemática de naturaleza político-criminal, ya que desvirtúa la determinación legal y muestra un sistema de justicia penal endeble, vulnerando al Estado social y democrático de Derecho; además, otra de las problemáticas que se observa y de la cual merece un estudio más amplio por la complejidad que crea esta decisión de poder, es la afectación generada como consecuencia de esa determinación política a la esfera de los derechos de la persona sometida a procedimiento penal.

IV. EL DESISTIMIENTO DE LA PRETENSIÓN PUNITIVA Y LA TEORÍA DE LA REACCIÓN SOCIAL

El desistimiento de la pretensión punitiva del Órgano de Acusación opera en torno a la estigmatización del individuo, pues éste, al cometer una conducta jurídicamente prohibida, adquiere un determinado estigma o etiquetamiento. En este contexto, la teoría del etiquetamiento y de la reacción social establecida por Howard Becker y descrita en su obra *Outsiders*, analiza un cambio de estudio en el paradigma del tratamiento del delito y de la conducta desviada, prescinde del estudio de los criminólogos tradicionales en cuanto a los criterios de orden bio- psico-social que llevan a una persona a ser criminal o bien cómo resocializarla y evitar su reincidencia.

Este cambio atiende a nuevos criterios que tienen inferencia en el ejercicio de poder, es decir, ¿quién tiene el poder para definir los comportamientos e imponer la etiqueta?; ¿cómo se construye a alguien como desviado o criminal?; ¿cómo se le atribuye una etiqueta y cómo la asume el etiquetado?; ¿cómo funcionan las agencias del control penal para etiquetar y criminalizar?; ¿qué consecuencias trae consigo el etiquetamiento de una persona?

Las agencias de control formal son los medios de manifestación del poder del Estado, su operatividad incide en el esquema criminal de una sociedad, esta expresión de poder puede efectuarse en sentido preventivo o reactivo y coactivo. En el caso específico de la función del Ministerio Público opera en un sentido coactivo. La manifestación del poder coactivo del Estado comienza en la investigación del hecho susceptible de ser definido como delito por la norma penal y continúa con el esclarecimiento del hecho en la instancia judicial, quien determinará la existencia o inexistencia del delito, y por tanto, señalará la responsabilidad del individuo como autor o partícipe del delito e impondrá la pena o penas respectivas.

El etiquetamiento funciona desde el comienzo de la indagatoria, pues se atribuye un estigma de probable responsable a la persona que se investiga, aún con la existencia del principio de presunción de inocencia en el modelo de enjuiciamiento penal acusatorio, este etiquetamiento continua a lo largo del procedimiento penal que acaba por definir el estatus de la persona dentro de la sociedad de la que forma parte, como delincuente.

Con base en los estudios realizados por Howard Becker, el etiquetamiento es definido y atribuido por alguien que detenta el poder sobre el etiquetado, puede definirse este etiquetamiento incluso antes de llevarse a cabo el comportamiento. La persona etiquetada asume la etiqueta, la reproduce en sí misma y la vive como tal, para cumplir las expectativas de los otros, que esperan se comporte de esa manera, este etiquetamiento se sufre desde que el individuo se halla sujeto a investigación. Inicialmente el etiquetado sobrelleva el rechazo o el castigo de los otros, luego el aislamiento puede tener como consecuencia que el etiquetado busque un refugio en grupos que compartan características afines.

La teoría del labelling approach, también llamada de la reacción social o del etiquetamiento, otorga relevancia a los mecanismos de control de la sociedad como los auténticos creadores de la conducta antisocial.

El objeto central de la teoría del etiquetamiento es el efecto del control social, su comportamiento selectivo y su impacto en el sujeto sobre el que actúan. Su campo de estudio está centrado en ese nivel. Su impacto en la evolución del pensamiento criminológico es, y sigue siendo, trascendental. Esta teoría afirma que la conducta delictiva es el resultado del proceso de rotulación o etiquetamiento que efectúa la sociedad o el detentador del poder del Estado.

V. LA PRETENSIÓN PUNITIVA: EJERCICIO DE PODER Y CONTROL SOCIAL

La pretensión punitiva del Órgano de Indagación, proyecta un orden coactivo de la ley cuando ésta se ha quebrantado, por lo tanto, el Estado faculta a la Institución de Representación Social para la debida investigación y propuesta sancionadora del delito, es decir, la pretensión punitiva penal enuncia la facultad volitiva del Ministerio Público para solicitar la imposición del castigo al ilícito cometido.

Es preciso mencionar que dentro de los fines de la política criminal, primeramente se busca la prevención de la conducta delictiva, pero si el individuo transgrede la norma, el Derecho Penal, en la última *ratio*, se actualiza. En esta perspectiva, entra en observancia el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado. El ejercicio de esta atribución está preconcebido a la esfera colectiva como una forma del control social.

El ejercicio de la pretensión punitiva encierra el poder para sancionar el hecho susceptible de acreditarse como delito, este poder se transforma en una relación de desiguales, tal como lo establece Bobbio al referirse sobre la duplicidad del derecho: público y privado, como en el Estado y en cualquier otra sociedad organizada donde exista una esfera pública (esfera pública entendida respecto de su estructura institucional, que opera en la conformación de órganos o instituciones y en la distribución de facultades exclusivas de cada órgano o institución del Estado), se manifiesta una relación de desiguales, es decir, entre aquellos que detentan el poder y aquellos que resienten su efecto.

Este criterio es soportado también con los argumentos de Rousseau, al pronunciarse sobre la conformación de las primeras sociedades. Él menciona que el origen de la sociedad data de la conformación primigenia de la familia, que es la única sociedad natural y la más antigua de todas las sociedades, por consiguiente, la agrupa-

ción masiva de individuos es una proyección en grado mayúsculo de la sociedad primera y natural. Esta sociedad, al igual que la familia, opera en función de la distribución de los roles que cada miembro ocupe dentro del núcleo familiar en atención a su utilidad, o bien, por el grado de conocimiento que posea, esto representa jerarquía en el orden familiar. Este mismo esquema, representado a nivel social, enfatiza la distribución de facultades que corresponde a cada órgano del Estado.

Rousseau argumenta también que el orden y la convivencia familiar pueden corromperse si se dota al representante familiar o jerarca un poder desmesurado que puede tener un efecto de descontrol y desestabilización en la interacción familiar y la estructura organizativa. Bajo este criterio, el Estado al determinar el desistimiento del ejercicio de la pretensión punitiva, deberá soportar su desistimiento sobre bases normativas que tengan por objeto el respeto a los derechos fundamentales, dado que debe observar no sólo el interés que persigue la víctima u ofendido en el restablecimiento del bien jurídico tutelado por la norma, sino también, la imposición justa de un castigo a quien lo haya realizado, tal como lo prevé César Bonessana en el principio de proporcionalidad de la pena, esto es, la medida justa entre el hecho realizado y la sanción impuesta. Por tanto, es preciso señalar que el ejercicio de esta atribución no debe quedar supeditado a la razón de Estado, donde lo que impere para la resolución de los casos atienda a un criterio de orden político relacionado con elementos de ejercicio de poder y control social.

Melossi argumenta que la razón de Estado es una parte del control social, lo que no siempre es inadecuado, el abuso es lo incorrecto. El sistema de enjuiciamiento penal constituye un medio de control social formal, que opera con apoyo en una norma legal previamente establecida.

El desistimiento de la pretensión punitiva, fundada en la razón de Estado, es símbolo de inconsistencia del sistema penal, ya que

supone el ejercicio de poder arbitrario a los ciudadanos y la inobservancia de la ley penal. El desistimiento debe consistir en argumentos sólidos y confiables en apego a los derechos fundamentales de la persona sujeta a enjuiciamiento criminal.

Asimismo, desistir de esta atribución desde el punto de vista de la teoría del etiquetamiento no puede verse como un beneficio a la persona acusada, pues si se parte del principio: “toda persona es inocente hasta en tanto se demuestre lo contrario”; esto a la luz del modelo de enjuiciamiento acusatorio, debe decirse que la actividad que realizada en un primer momento por el Órgano de Acusación debe atender a la confiabilidad elevada al grado de certeza sobre las fuentes de su acusación, fundadas en hechos debidamente comprobados. En este sentido, su actuación llevará de primer momento una visión de incriminación y por tanto de etiquetamiento.

López Betancourt refiere que el ejercicio de la acción penal es el punto de partida del proceso judicial, por consiguiente la labor primera del Órgano de Investigación sobre la acusación que realiza ante el órgano judicial, está circunscrita a los hechos que hagan suponer la posible comisión de un delito y la responsabilidad penal del individuo sobre el hecho realizado, por tanto, es posible que una vez ejercitada la acción penal pueda desconocer la misma, siempre con apoyo en las disposiciones y pruebas presentes, tal como lo refiere Roxin, pues el desistimiento de esta atribución no puede quedar bajo la discrecionalidad entera del Ministerio Público, ya que esto supondría la contravención de su acusación primera y la podrían considerar efectuada bajo elementos vulnerables y sin la observancia a los principios que rigen la actuación del Ministerio Público en la debida integración de la investigación.

VI. CASO DE DOMINIO PÚBLICO:
GENERAL TOMÁS ÁNGELES DAUAHARE. LA REFERENCIA DE
PODER EN LA PUNICIÓN Y SU USO ARBITRARIO

El empleo de casos prácticos facilita la explicación de los postulados vertidos en párrafos anteriores. Debe decirse que el caso de estudio, hoy motivo de ejemplo, ha sido puesto a consideración del dominio público, por lo que los puntos expresados sólo conforman otra opinión más a la luz de la investigación académica.

El caso de estudio versa sobre la detención del ex subsecretario de la Defensa Nacional y General de División, Tomás Ángeles Dauahare, así como del General es Ricardo Escorcía Vargas, General Brigadier Roberto Dawe González y Rubén Pérez Ramírez, el Teniente Coronel Silvio Isidro de Jesús Hernández Soto y del Mayor Iván Reyna Muñoz, acusados de delitos contra la salud tipificados en los artículos 193 al 199 del Código Penal Federal vigente para el año 2010, haciendo referencia únicamente a los arábigos 194 y 195 de esta Ley, y numeral 2º de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada del año 2010.

El antecedente inmediato de la detención del General Dauahare data del 9 de mayo de 2012, cuando participó en un Foro de la Fundación Colosio⁷ en la ciudad de San Luis Potosí, donde criticó de manera puntual la estrategia del gobierno en turno por falta de una adecuada política de seguridad pública y nacional. Mencionó que no existe una política de seguridad nacional clara y adecuada a las circunstancias del entorno social y las políticas de seguridad, sí así se les pudiera denominar, en nada contribuyen a disminuir o aminorar la inseguridad en México. Propone los criterios que debe contener el

⁷ Aristegui, Carmen., General Ángeles Dauahare, Tomás, *No Tenemos Estrategia de Seguridad Nacional*, <https://www.youtube.com/watch?v=U9J8MpHn-jCs#t=16>, video publicado el 18 de mayo de 2012, fecha de consulta: 22 de octubre de 2014, 06 de enero de 2016, y 07 de marzo de 2018.

proyecto nacional en torno a esta temática; los puntos que focaliza para una estrategia de seguridad nacional están divididos en tres aspectos:

1. Definir los objetivos de seguridad nacional y pública.
2. Establecer las líneas o programas de acción a través de los cuales pueda darse seguimiento a los objetivos planteados.
3. Establecer un órgano que garantice la consecución de esos objetivos, él precisa que esto puede ser efectivo por medio de la policía nacional letrada, lo cual quiere decir que su actuación deberá estar fundamentada en una doctrina policiaca integral basada en:
 - a) La participación de la ciudadanía en las políticas de seguridad pública y nacional.
 - b) Hacer un uso coherente de los medios de comunicación masiva, mediante una política de comunicación institucional.
 - c) Establecer controles efectivos de las armas de fuego en posesión de la ciudadanía.
 - d) Establecer controles de las empresas que brindan seguridad privada.

El General Dauahare proclama que el proyecto de nación debe ser incluyente, lo que implica que para el establecimiento de éste debe realizarse un diagnóstico de los problemas de seguridad nacional y pública; establecer los objetivos de seguridad nacional y, finalmente, diseñar las estrategias que tiendan a la consecución de los objetivos establecidos. Puntualizó de igual manera que los actos de injusticia cometidos por miembros del cuerpo militar en contra de la ciudadanía, son hechos generadores de violencia, lo cual puede resolverse mediante la aplicación de la ley, pues injusticia es igual

a violencia. De esta forma, reitera que México carece de una política de seguridad nacional efectiva, no hay base de partida, y define a la seguridad pública como base de partida.

El 15 de mayo de 2012 el ex dirigente militar Dauahare fue aprehendido junto con el General Brigadier Roberto Dawe González, el General Rubén Pérez Ramírez, el Teniente Coronel Silvio Isidro de Jesús de Jesús Hernández Soto y del Mayor Iván Reyna Muñoz.

Las detenciones de los miembros del cuerpo militar fueron solicitadas por la extinta Subprocuraduría de Investigación Especializada en Delincuencia Organizada (SIEDO), por el supuesto ilícito de formar parte de una red criminal que protegía las operaciones del grupo delictivo de los Beltrán Leyva, el cual operaba en catorce entidades, entre ellas: Quintana Roo, Morelos, Sinaloa, Durango, Distrito Federal, Puebla. El 17 de mayo de 2012 fue detenido el General de División Diplomado del Estado Mayor retirado, Ricardo Escorcía Vargas.

Ese mismo día 17 de mayo de 2012, el Ministerio Público Federal logra obtener una orden de arraigo por cuarenta días, para la integración de la investigación, la cual tuvo una extensión total de 80 días, lapso en el que los elementos del cuerpo castrense estuvieron arraigados por el Órgano de Investigación Federal; durante la declaración ministerial los generales declararon no poseer ningún tipo de vínculo con el cártel de los Beltrán Leyva, motivo por el cual se les acusó.

El agente del Ministerio Público de la Federación adscrito a la Subprocuraduría de Investigación Especializada en Delincuencia Organizada (SIEDO) remitió su pedimento consignatorio bajo ilícitos contra la salud y delincuencia organizada. A ese documento adjuntó por duplicado las diligencias de la averiguación previa PGR/SIEDO/UEIDCS/112/2010 que inició contra los personas del cuerpo militar.⁸

⁸ Vanguardia Diario de Opinión, Coahuila, *Formal Prisión para Ángeles Dauahare y a otros Generales*, <http://www.vanguardia.com.mx/formalprisionparaangelesdauahareyaotrosgenerales-1345702.html>, nota periodística del 7 de agosto de 2012, fecha de consulta: 23 de octubre de 2014, 06 de enero de 2016, y 07 de marzo de 2018.

Los elementos de prueba que consideró la Instancia Investigadora para hacer la acusación formal estuvieron sustentados en la declaración de “testigos protegidos”, que para el caso del ex subsecretario de la Defensa Nacional lo fueron “Jennifer”, cuyo nombre real es Roberto López Nájera, y Sergio Barragán Villareal “Mateo”.

Los testigos protegidos declararon que el ex dirigente militar Dauahare sostenía reuniones con los líderes del cártel de los Beltrán Leyva y que, supuestamente, recibía cincuenta mil dólares por ayudarlos a colaborar en recibir cargamentos de cocaína en el aeropuerto de Cancún, para que de allí se trasladara a distintos puntos de la República Mexicana.

Dadas las declaraciones de los testigos protegidos, la Procuraduría General de la República en 2012, al mando de la ex procuradora Marisela Morales y el subprocurador José Cuitláhuac Salinas, indicaron que existían elementos para llevarlos a juicio, lo que permitió que el ex subsecretario de la Defensa Nacional fuera puesto a disposición del Juzgado Tercero de Distrito en Materia de Procesos Penales Federales del Segundo Circuito en el Estado de México.

El 6 de agosto de 2012 fueron dictados por el Juez Raúl Valerio Ramírez, titular del Juzgado Tercero de Distrito en Materia de Procesos Penales Federales del Segundo Circuito, el auto de formal prisión contra los Generales de División Diplomados del Estado Mayor Ángeles Dauahare y Escorcía Vargas, ambos retirados; Dawe González, General Brigadier del Estado Mayor Presidencial; Hernández Soto, Teniente Coronel, y Reyna Muñoz, Mayor, dentro de la causa penal 44/2012, por el ilícito de delincuencia organizada con el propósito de cometer delitos contra la salud.

Asimismo, se dictó auto de formal prisión contra el General Rubén Pérez Ramírez por el delito contra la salud en la modalidad de colaborar de cualquier manera al fomento para posibilitar la ejecución de delitos de esa naturaleza.

Bajo la normatividad penal federal, los delitos de los cuales se les acusaba a los integrantes del cuerpo militar, sujetos a proceso penal, no alcanzaban el derecho a libertad provisional bajo caución, por tratarse de delitos calificados como graves.⁹

La declaración de los testigos protegidos alude a la intervención de los miembros del cuerpo militar para favorecer los intereses de la organización delincriminal conocida como los Beltrán Leyva, con la que se les relacionó. Mencionan en su declaración que durante 2007, proporcionaron información que resultaba útil para dicho grupo delincriminal. Los integrantes del cuerpo castrense facilitaban el descenso de aviones en el Aeropuerto Internacional de Cancún, Quintana Roo, procedentes de Colombia y Venezuela con clorhidrato de cocaína, para abastecerse de combustible y continuar su destino hacia el centro del país.

La defensa del General Dauahare solicitó en enero de 2013 a la PGR que informara si corroboró el dicho de los testigos protegidos y la respuesta fue: no. Bajo esta enunciación, se solicitó el cierre la instrucción y el dictado de la sentencia para el ex dirigente militar con las pruebas que existían en la causa penal 44/2012. Fue así como el Ministerio Público Federal, al no sostener el dicho de los testigos protegidos y que fueran el punto clave de su imputación, se desistiera de los cargos por los cuales había sido acusado el ex subsecretario militar, y formuló conclusiones no acusatorias. La liberación del General Dauahare tuvo lugar el día 17 de abril de 2013 del Centro Federal de Readaptación Social número uno “El Altiplano”, en el Estado de México.

Conforme al caso descrito anteriormente, puede decirse que la indagatoria del Órgano de Representación Social, basada en hechos

⁹ CIDAU/ Hemeroteca/ El Universal, *Cronología Caso Tomás Ángeles Dauahare*, <http://www.eluniversal.com.mx/notas/917271.html>, nota periodística del 17 de abril de 2013, fecha de consulta: 23 de octubre de 2014, 07 de enero de 2016, y 07 de marzo de 2018.

y acusaciones hipotéticas para demostrar la existencia de un delito es siempre adecuada, puesto que no se poseen los medios de prueba que así lo confirmen, y establecen, por lo tanto, el punto de partida para la investigación del hecho o noticia criminal; no obstante ello, no es de puntualizarse que pueda surgir la sanción del ilícito basado en estos hechos sin la comprobación debida que exige el proceso penal. En ese sentido, las desviaciones operativas del procedimiento punible en que incurra el Órgano de Acusación Formal tendrá como resultado expresiones ilegales traducidas en vicios al procedimiento penal, y en consideración mayor, la violación a los derechos de la persona sujeta a proceso, violación de Derechos Humanos.

El Estado moderno y contemporáneo, como lo es el Estado social y democrático de Derecho, está caracterizado por poseer un sistema judicial sin tintes de enjuiciamiento penal de los Estados absolutistas (sistema procedimental inquisitivo). El Estado social y democrático de Derecho fomenta la libre distribución del poder que posee el Estado, tal como lo dispuso Montesquieu, pero a su vez, también promueve la interacción entre los diversos poderes, pues cada uno en su función contribuye a la integración del Estado, cuyo fin último es el bien común, así precisado por Rousseau.

Ahora bien, la Máxima Casa de Estudios de la nación mexicana también hizo pronunciamiento sobre la política de seguridad implementada durante el gobierno de Felipe Calderón Hinojosa. La característica política imprime un rasgo particular al procedimiento judicial punitivo al hacer uso de las instituciones de control social formal para criminalizar en forma pseudolegítima a los integrantes del núcleo social. Asimismo, y si se analiza la política de seguridad acogida durante el gobierno de Calderón, ésta no resultó eficaz a la luz de la opinión de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Durante la celebración del Foro Víctimas: el Legado de la Violencia de la Guerra contra el Narcotráfico en México¹⁰, efectuado el 30 de enero de 2013, se estableció una severa crítica a la política de seguridad implementada para combatir el crimen organizado en México, ya que ésta estuvo centrada en un criterio reactivo de persecución policiaca, con lo que se olvidó la participación multidisciplinaria que requiere la conformación de una política de seguridad pública adecuada, y no menos importante, la doble función del Ministerio Público: investigación y persecución del delito.

El Foro Víctimas: el Legado de la Violencia de la Guerra contra el Narcotráfico en México, presentó diferentes cifras de estudios delictivos realizados principalmente por ENVIPE y OSC;¹¹ índices estadísticos con cifras variantes como las de los homicidios pasando de 8 mil 400 por cada 100 mil habitantes en 2007, a una tasa nacional de 24 mil en 2011, con lugares donde alcanzó 504 mil por cada cien

¹⁰ Videoteca Jurídica Virtual de la UNAM, *Foro Víctimas: el Legado de la Violencia de la Guerra contra el Narcotráfico en México*, <http://juridicas.unam.mx/vju/resultados.htm>, o <http://juridicas.unam.mx/vju/consulta.htm?fi=7/3/2006&ff=1/10/2014&fc=0&fa=0&de=&e=535&fm=0&dm=&m=0&fp=0&dp=&p=0>, fecha de consulta: 27 de octubre de 2014 y 08 de enero de 2016.

¹¹ ¿Qué entendemos por ONG y OSC? En el sistema de Naciones Unidas, el concepto de organización no gubernamental (ONG) está definido de forma bastante genérica: toda organización sin ánimo de lucro que no sea gubernamental ni intergubernamental. Actualmente el término ONG se reserva para las organizaciones formalmente constituidas, que a menudo no representan a sectores de población, sino que prestan servicios y movilizan a la opinión pública en esferas que revisten interés para el sistema de las Naciones Unidas.

En cambio, el término de organización de la sociedad civil (OSC) es más amplio; contempla el ámbito en que los ciudadanos y los movimientos sociales se organizan en torno a determinados objetivos, grupos de persona, o temas de interés. En las organizaciones de la sociedad civil tienen cabida tanto las ONG como las organizaciones populares-formales o informales- y otras categorías, como los medios de comunicación, las autoridades locales, los hombres de negocio y el mundo de la investigación. Fecha de consulta: 28 de octubre de 2014 y 8 de enero de 2016.

mil habitantes en hombres de entre 15 y 29 años, como en Ciudad Juárez en 2010.

México ha vivido, en palabras de los investigadores, un sexenio de tragedia y muerte, donde también se vieron incrementados los delitos considerados graves, como: el secuestro, la extorsión o la desaparición forzada.

Asimismo refieren que cuando un delito posee el significado de tragedia y muchos son parte de índices estadísticos, es necesario efectuar una revisión de lo acontecido, voltear la vista hacia las personas que han sufrido la inseguridad y la violencia, con el ánimo de comprender las afectaciones en sus vidas, las de las comunidades y centros de población y las de las instituciones donde el Estado ha ido en aumento a la pérdida de su legitimidad.

Estos fenómenos, como los enfatizan los investigadores, requieren de un estudio multifactorial entre la sociedad, la población y el gobierno, con el objetivo de conformar estrategias de seguridad apegadas a la realidad social, en busca de soluciones que si bien no podrán erradicar el problema, sí tiendan a disminuir su incidencia, así como la práctica errónea y política del gobierno en el procedimiento judicial penal, incriminando y juzgando inocentes en claro abuso de poder.

La nota periodística transcrita a continuación denota el criterio de los académicos de la UNAM y del CIDE (Centro de Investigación y Docencia Económicas), respecto de las políticas públicas durante el gobierno de Calderón en diversos rubros de interés nacional.

El periódico La Jornada informó en sus primeras páginas el día 23 de julio de 2009 lo siguiente:

Periódico La Jornada. Jueves 23 de julio de 2009, p. 3. El gobierno de Felipe Calderón fue reprobado por casi 50 académicos e investigadores de diversas instituciones educativas, quienes le otorgaron una calificación de 5.18, debido a los ineficientes

resultados en políticas prioritarias para el país. Al realizar un análisis acerca de la efectividad de los programas gubernamentales y la eficacia de los resultados obtenidos en materia de seguridad pública, estado de derecho, economía, desarrollo social, política internacional, medio ambiente y desarrollo de la democracia, especialistas de instituciones como la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y el Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE) consideraron que el Ejecutivo federal no aprobó en su desempeño durante los dos años y medio que lleva de gestión. La Evaluación del desempeño del Poder Ejecutivo –en la que se calificaron los resultados obtenidos en relación con las promesas de campaña y el contenido del Plan Nacional de Desarrollo (PND) 2007- 2012– refiere que en el tema de seguridad pública el gobierno federal ha mostrado un matiz policializado, pues considera que la solución está en la policía y hacia ese rubro se canalizan las mayores inversiones, razón por la que se ha descuidado al Ministerio Público. En conferencia de prensa, Lorenzo Córdova, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM –quien participó en la evaluación–, resaltó que en el tema de seguridad se ha dado prioridad a la atención policiaca y, en paralelo, existe descuido en materia de Derechos Humanos. El gobierno de Felipe Calderón tiene una visión unidimensional sobre la seguridad pública. Entiende el problema desde una perspectiva netamente policiaca y, en consecuencia, las políticas públicas al respecto responden a esa lógica. Pero en realidad el tema tiene una dimensión múltiple: existen factores sociales y económicos que inevitablemente inciden e influyen en el fenómeno de la delincuencia organizada, pero han sido descuidados y olvidados desde el punto de vista de la política pública, afirmó.¹²

¹² Olivares Alonso, Emir, *Ineficientes, las Políticas de Calderón en Rubros Prioritarios*, <http://www.jornada.unam.mx/2009/07/23/index.php?section=politi->

La nota periodística transcrita en el párrafo anterior expresa, en general, el punto de vista de los investigadores de la UNAM y del CIDE, respecto de la ineficacia de la política de seguridad establecida por Calderón, al comprender sólo un aspecto de las herramientas con las que cuenta el Estado para atender la problemática, basado en el uso de las fuerzas de orden y seguridad, de manera que se implantó un cerco policiaco para atacar el problema.

Tal como los investigadores lo destacan, el tratamiento que debe guardar la implementación de una política de seguridad adecuada debe ser entorno al análisis multidisciplinario, de esta forma es factible obtener un espectro mucho más amplio del problema para tratar de ofrecer una solución ajustada a la demanda del conflicto criminal.

Con referencia en estos criterios doctrinales y prácticos, la razón de Estado permite notar una problemática particular en la investigación y persecución del delito en México, pues a través del abuso del poder político es posible la existencia de los vicios en el procedimiento judicial por una suplantación del poder administrativo como lo argumenta Melossi.

El sistema penal por sí cumple su función resocializadora y sancionadora, no obstante, cuando es permeado por la razón de Estado surge un criterio disfuncional a la norma, hay vicio al procedimiento penal y en ello mismo lleva una violación a los Derechos Humanos dentro del proceso punitivo a la persona acusada de delito; por tanto, puede concluirse que la norma es superada por la razón de Estado.

Laura Páez Díaz de León toma como referencia lo argumentado por Michel Foucault al expresar que el control social está subordinado al estudio de poder. De allí que una relación de poder implica el hecho de que aquél sobre el que se ejerce la violencia sea reconocido como un sujeto de acción. Bajo esta perspectiva, la razón de Estado consiste en gobernar lo más posible al menor costo. Por consiguiente

se actualiza el supuesto doctrinal sobre los detentadores del poder y los destinatarios de sus efectos.

El ejercicio arbitrario del poder punitivo del Estado afirma la existencia de un gobierno despótico y autoritario, donde lo que impera en la decisión de casos judiciales atiende a la voluntad individual del soberano y no a la voluntad colectiva como lo sostiene Rousseau. Por tanto, existirá una transgresión al orden social y se denigrará entonces el ejercicio de la pretensión punitiva, dado que los fines colectivos no se efectuarán y la forma de sanción del delito constituirá una imagen tergiversada de la realidad social como el adecuado medio de protección colectivo. El sistema penal acusatorio atiende a un proceso garantista de protección a los derechos fundamentales. Con la finalidad de evitar un abuso de poder, se deben privilegiar los derechos fundamentales del individuo en relación con los principios de la normatividad penal sobre las divergencias políticas del gobierno en turno.

La característica del Estado social y democrático de Derecho es que su actuación está regulada en un cuerpo normativo denominado Constitución; en ella, se establecen las formas para hacer valer los derechos de las personas y la función que deben cumplir los órganos de autoridad en beneficio del interés público. Actualmente, México está inmerso en el proceso de transición de un sistema penal mixto a uno de orden adversarial, y una de las principales modificaciones del proceso penal debe ser el replanteamiento de los límites y controles que existan en cuanto al desistimiento de la pretensión punitiva.

VII. CONCLUSIONES

El ejercicio de la pretensión punitiva tiene como objetivos:

1. La persecución del delito ante la instancia jurisdiccional.

2. La solicitud de las penas o sanciones correspondientes al hecho constitutivo del delito.
3. El resguardo y protección del orden social; entendiéndose como la suma de voluntades individuales.

El desistimiento de la pretensión se genera en momentos distintos en los diversos esquemas de justicia criminal:

1. Tiene operación una vez iniciado el procedimiento penal en el esquema punitivo mixto.
2. Tiene operación en cualquier etapa del procedimiento criminal acusatorio.

El desistimiento de la pretensión punitiva surge desde la dogmática jurídica penal:

1. Por deficiencias técnicas que concurren en el procedimiento criminal.

El desistimiento de la pretensión punitiva surge desde la óptica de la política criminal:

1. Por una razón ajena a la normatividad penal: la razón de Estado. La razón de Estado está determinada de acuerdo a Melossi:
 1. Como una acción de carácter político.
 2. El poder de punición del Estado es canalizado a personas o instituciones.
 3. Su objeto es garantizar el orden constitucional.
 4. La razón de Estado es una parte del control social.
 5. La razón de Estado tiene dos elementos de composición: la operatividad del control social y el ejercicio de poder.

Bobbio y Foucault sostienen respecto de la razón de Estado:

1. Bobbio refiere que la razón de Estado se manifiesta en una sociedad de desiguales: detentadores del poder y destinatarios del poder.
2. Foucault expresa que la razón de Estado atiende a la forma o modo de gobernar lo más posible al menor costo.

El desistimiento de la pretensión punitiva del Órgano de Acusación Formal genera:

1. Una afectación a la esfera de los derechos fundamentales de la persona sujeta a procedimiento penal.
2. La práctica tergiversada de la norma punitiva.

Los estudios de política criminal en el desistimiento de la pretensión punitiva ofrecen un estudio más amplio y complejo:

1. Una visión integral y armónica de la función del Ministerio Público.
2. El estudio legal pormenorizado del desistimiento de la pretensión punitiva.
3. La práctica adecuada del derecho punitivo del Estado y su ejercicio en los particulares sujetos de proceso penal.
4. Garantizar la observancia de los derechos fundamentales de la persona sujeta a procedimiento penal y del debido proceso.

VIII. FUENTES DE CONSULTA

BIBLIOGRAFÍA

- BOBBIO, Norberto, *Estado, Gobierno y Sociedad. Por una Teoría General de la Política*, México, Fondo de Cultura Económica, 2012, 15ª reimpresión.
- BONESSANA, César, Marqués de Beccaria, *Tratado de los Delitos y de las Penas*, México, Porrúa, 2013, 18ªed.
- GONZÁLEZ VIDAURRI, Alicia y SÁNCHEZ SANDOVAL, Augusto, *Criminología*, México, Porrúa, 2013.
- HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio A., *Programa de Derecho Procesal Penal*, México, Porrúa, 2006, 13ª ed., pp. 137 y 138.
- KANT, Emmanuel, *Ideas e Instituciones Políticas y Sociales II*, México, ITAM, 2013.
- KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, México, Porrúa, 2013, 16ª ed.
- LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, *Teoría del Delito*, México, Porrúa, 1999, 7ª ed. MELOSSI, Darío, *El Estado del Control Social*, México, Siglo XXI editores, S. A. de C. V., 1992.
- ORTIZ ROMERO, Juan Carlos, *Manual del Juicio Oral (reforma judicial federal)*, México, Oxford, 2013.
- QUINTERO, G., y MORALES, F., y PRATS, M., *Curso de Derecho Penal. Parte General (Acorde al Nuevo Código Penal de 1995)*, Barcelona, Cedecs, 1996, p.31.
- ROUSSEAU, Jean Jacques, *El Contrato Social*, Madrid, Ediciones Distribuciones S.A., 1983.
- ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, p. 89.
- SÁNCHEZ SANDOVAL, Augusto, *Teorías del Control Social*, México, UNAM, 2013.

CIBERGRAFÍA

- ARISTEGUI, Carmen., General Ángeles Dauahare, Tomás, *No Tenemos Estrategia de Seguridad Nacional*, <https://www.youtube.com/watch?v=U9J8MpHnjCs#t=16>, video publicado el 18 de mayo de 2012, fecha de consulta: 22 de octubre de 2014, 06 de enero de 2016, y 07 de marzo de 2018.
- CIDAU/ Hemeroteca/ El Universal, *Cronología Caso Tomás Ángeles Dauahare*, <http://www.eluniversal.com.mx/notas/917271.html>, nota periodística del 17 de abril de 2013, fecha de consulta: 23 de octubre de 2014, 07 de enero de 2016, y 07 de marzo de 2018.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *El Debido Proceso en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Instituto de la Judicatura Federal, <http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2012/jornadasitinerantes/procesoSGR.pdf>, p.19, fecha de consulta: 17 de septiembre de 2014 y 04 de enero de 2016.
- OLIVARES ALONSO, Emir, *Ineficientes, las Políticas de Calderón en Rubros Prioritarios*, <http://www.jornada.unam.mx/2009/07/23/index.php?section=politica&article=003n1pol>, Fecha de consulta: 28 de octubre de 2014 y 10 de enero de 2016.
- ¿Qué entendemos por ONG y OSC?, <http://www.rlc.fao.org/es/ong/ong/ongosc.htm>, Fecha de consulta: 28 de octubre de 2014 y 08 de enero de 2016.
- Vanguardia Diario de Opinión, Coahuila, *Formal Prisión para Ángeles Dauahare y a otros Generales*, <http://www.vanguardia.com.mx/formalprisionparaangelesdauahareyaotrosgenerales-1345702.html>, nota periodística del 7 de agosto de 2012, fecha de consulta: 23 de octubre de 2014 y 06 de enero de 2016.
- Videoteca Jurídica Virtual de la UNAM, *Foro Víctimas: el Legado de la Violencia de la Guerra contra el Narcotráfico en México*, <http://juridicas.unam.mx/vjv/resultados.htm>, o <http://juridicas.unam>.

*mx/vjv/consulta.htm?fi=7/3/2006&ff=1/10/2014&fc=0&fa=0
&de=&e=535&fm=0&dm=&m=0&fp=0&dp=&p=0*, fecha de consulta: 27 de octubre de 2014 y 08 de enero de 2016.

LA RESPONSABILIDAD AMBIENTAL UNA LEGISLACIÓN ACORDE A NUESTRAS NECESIDADES

JESÚS QUINTANA VALTIERRA¹

MARCO ANTONIO QUINTANA SÁNCHEZ*

SUMARIO: I. Introducción. II. Responsabilidad civil. III. La responsabilidad internacional desde la óptica ambiental. IV. El Proyecto para la Responsabilidad de los Estados por Hechos Ilícitos (PREHI). V. El Proyecto para la Responsabilidad Internacional por las Consecuencias Perjudiciales de Actos No Prohibidos por el Derecho Internacional (PRIANP). VI. El proyecto definitivo de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. VII. Responsabilidades generales en materia de medio ambiente en México. VIII. De la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental. IX. Fuentes de consulta.

I. INTRODUCCIÓN

Para alcanzar el nivel adecuado al derecho a la salud ambiental, se requiere de una sociedad que encuentre, en la convivencia armónica con su medio ambiente, el motivo primario para su conservación y optimización. Sin embargo, la realidad imperante nos enfrenta a un sistema de vida y modelo de mercado que ha puesto el interés económico por encima de cualquier otro, incluso del alto interés de proteger nuestra casa común, es decir, el planeta.

¹ Lic. Jesús Quintana Valtierra: Autor de los libros intitulados: Derecho Tributario Mexicano; Derecho Ambiental Mexicano; Manual de Procedimientos Penales, Vademécum de Administración Pública y Derecho Migratorio y, Derecho Parlamentario y Técnica Legislativa en México.

*Marco Antonio Quintana Sánchez: Licenciado y Maestro en Política Criminal por la UNAM.

En México como en cualquier otro país, el medio fundamental para lograr las metas ambientales, además de la educación, es contar con una legislación efectiva y con instituciones imparciales y eficaces en la vigilancia del cumplimiento de la normatividad en la materia.

A partir de las premisas anteriores, la presente colaboración busca entender en qué consiste la responsabilidad en materia ambiental, cómo se estructura y aplica internacionalmente, cómo se concibe en nuestro país y, finalmente, cuál es la legislación vigente en dicha materia en nuestra Nación.

II. RESPONSABILIDAD CIVIL

De acuerdo con la Teoría General Del Derecho, la responsabilidad civil contempla primordialmente la obligación de indemnizar a los perjudicados por la pérdida de bienes materiales o de ingresos, o bien por los riesgos para la salud o la vida. Sin embargo, en tratándose de daños ecológicos, los cuales no caen dentro de los supuestos antes mencionados, la reclamación por daños y perjuicios sólo es aplicable si legalmente existe la figura llamada “responsabilidad por daños ambientales”.

En los países en vías de desarrollo, es factible observar que el derecho de responsabilidad civil no esté plenamente desarrollado y que se enfrente a numerosas dificultades para su aplicación, ya sea por la falta de apoyo legal a los afectados, la sobrecarga en los tribunales de justicia o la insolvencia de los responsables. No obstante, desde el punto de vista económico, la regulación legal exhaustiva de la responsabilidad civil puede tener un efecto preventivo ante la perspectiva de una reclamación por daños y perjuicios. Tal perspectiva, necesariamente induce a limitar el riesgo de daños ambientales o accidentes al valor de la póliza de seguros y de los recargos por riesgo.

Así por ejemplo, la Ley de Responsabilidad Civil por el Medio Ambiente, promulgada el 10 de diciembre de 1990 en Alemania, in-

corporó a la legislación el elemento motivador para que las empresas adopten medidas de protección ambiental. La Ley se fundamenta en la responsabilidad por riesgo, independientemente del culpable directo, en el caso de daños producidos por accidentes. Consecuentemente, mediante un seguro de responsabilidad civil se cubren posibles reclamaciones por daños y perjuicios.

De acuerdo a la experiencia internacional, para que el derecho de responsabilidad tenga un efecto preventivo resulta necesario:

- Que los daños sean imputables a actos de personas o de una o varias empresas;
- Que el valor de los daños sea cuantificable, siendo objeto de indemnización los daños a la propiedad y las pérdidas de ingresos, así como los daños a la naturaleza;
- Este instrumento debe vincularse a la obligación de contratar una póliza de seguro. Sin embargo, esta obligación puede atenuar el incentivo preventivo, ya que implica una transferencia parcial de los riesgos a la comunidad de los aseguradores;
- Definir si las pólizas del seguro se orientan por los riesgos reales o si se calculan sobre la base de magnitudes de referencia, como el tonelaje en el caso de barcos petroleros.
-

Esto es, la responsabilidad ambiental tiene por objeto obligar al causante de daños al medio ambiente a pagar la reparación de tales daños (principio de quien contamina paga). Por ello es que, para que pueda aplicarse el principio de responsabilidad es ineludible que:

- Pueda identificarse a los autores de la contaminación;
- Puedan cuantificarse los daños;
- Se establezca una relación entre el contaminador y los daños.

Por otra parte, el principio de responsabilidad no puede aplicarse si se trata de una contaminación generalizada y difusa, como sería el caso de un daño ambiental ocasionado por el cambio climático.

Bustamante Alsina² aclara que “daño ambiental” es una expresión ambivalente, ya que designa no sólo el daño que recae sobre el patrimonio ambiental, que es común a una colectividad (hablamos del impacto ambiental), sino que también se refiere al daño que otro produce en el medio ambiente, y “el medio ambiente ocasiona de rebote a los intereses legítimos de una persona determinada, configurando un daño particular que ataca un determinado derecho subjetivo, y legitima al damnificado para accionar en reclamo de una reparación o resarcimiento del perjuicio patrimonial o extrapatrimonial que le ha causado”. Un ejemplo del primero, el daño ambiental propiamente dicho, sería un derrame de petróleo en el medio del mar. En cambio, al segundo se lo llama “daño a través del ambiente”, y un ejemplo sería el caso de los vecinos, que por el agua contaminada por una fábrica, se enfermen por beber de esa agua.

La distinción puede hacerse basándose en la distinción de las consecuencias. Ya que en el daño ambiental el afectado es la colectividad y el propio medio ambiente, y en el daño a través del ambiente, la lesión se configura a una o varias personas concretas.

En síntesis, el daño ambiental es una lesión a ese bien-valor ambiente. Por ende, no caben dudas de que “*la contaminación del ambiente, constituye una categoría de daño intolerable*”.³

En ese sentido es lógico que surja la pregunta: ¿Qué hacer?

En la actualidad nuestra legislación contempla la respuesta a esta interrogante en los siguientes términos:

² Bustamante Alsina, Jorge, *Derecho Ambiental. Fundamentación y normativa.*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 45.

³ Pizarro, Ramón D., *Responsabilidad Civil por Daño Ambiental, en Tutela Jurídica del Medio Ambiente*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2008, p. 286.

Lo primero que vamos a procurar frente al daño es su cesación. Generalmente los daños contra el medio ambiente son de carácter continuado, permanente y en interés de todos, entonces lo más importante es que no se sigan produciendo.

Para ello, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (LEGEEPA) en sus artículos 170 y 170 Bis prevé que cuando exista riesgo inminente de desequilibrio ecológico, o de daño o deterioro grave a los recursos naturales, casos de contaminación con repercusiones peligrosas para los ecosistemas, sus componentes o para la salud pública, la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (Semarnat), fundada y motivadamente, podrá ordenar alguna o algunas de las siguientes medidas de seguridad:

- a) La clausura temporal, parcial o total de las fuentes contaminantes, así como de las instalaciones en que se manejen o almacenen especímenes, productos o subproductos de especies de flora o de fauna silvestre, recursos forestales, o se desarrollen las actividades que den lugar a los supuestos a que se refiere el primer párrafo de este artículo;
- b) El aseguramiento precautorio de materiales y residuos peligrosos, así como de especímenes, productos o subproductos de especies de flora o de fauna silvestre o su material genético, recursos forestales, además de los bienes, vehículos, utensilios e instrumentos directamente relacionados con la conducta que da lugar a la imposición de la medida de seguridad; o
- c) La neutralización o cualquier acción análoga que impida que materiales o residuos peligrosos generen los efectos previstos en el primer párrafo de este artículo.

Asimismo, la Semarnat podrá promover ante la autoridad competente, la ejecución de alguna o algunas de las medidas de seguridad que se establezcan en otros ordenamientos.

Cuando la Semarnat ordene alguna de las medidas de seguridad previstas en la LEGEPA, indicará al interesado, cuando proceda, las acciones que debe llevar a cabo para subsanar las irregularidades que motivaron la imposición de dichas medidas, así como los plazos para su realización, a fin de que una vez cumplidas éstas, se ordene el retiro de la medida de seguridad impuesta.

En segundo lugar, se debe buscar una reparación del daño, como forma de proteger a toda la naturaleza y al medio ambiente.

En caso de que no sea “técnicamente factible” la reparación en especie, la autoridad ambiental podrá fijar un monto indemnizatorio, supletorio del daño efectivamente causado. Esta indemnización sustitutiva difiere de la que tiende a reparar los daños y perjuicios ocasionados a cada particular afectado. Por lo tanto, dada su distinta naturaleza, la “indemnización sustitutiva” no se incorpora al patrimonio de los afectados, sino que debe ser destinada a reparar los perjuicios colectivos.

Esto es, con el objetivo de garantizar efectivamente la recomposición, la ley de la materia debe imponer a quien ejecute actividades eventualmente nocivas, la obligación de contratar un seguro.

Así tenemos que la LEGEPA establece en sus artículos 147 Bis, 148, 150, 151 y 152 Bis:

- Quienes realicen actividades altamente riesgosas, en los términos del reglamento de la ley ambiental correspondiente, *deberán contar con un seguro de riesgo ambiental.*
- Cuando para garantizar la seguridad de los vecinos de una industria que lleve a cabo actividades altamente riesgosas, sea necesario establecer una zona intermedia de salvaguarda, el Gobierno Federal podrá, mediante declaratoria,

establecer restricciones a los usos urbanos que pudieran ocasionar riesgos para la población.

- Los materiales y residuos peligrosos deberán ser manejados con arreglo a la LEGEPA, su reglamento y las Normas Oficiales Mexicanas que expida la Semarnat, previa opinión de las Secretarías de Comercio y Fomento Industrial (ahora de Economía), de Salud, de Energía, de Comunicaciones y Transportes, de Marina y de Gobernación. La regulación del manejo de esos materiales y residuos incluirá, según corresponda: su uso, recolección, almacenamiento, transporte, reuso, reciclaje, tratamiento y disposición final.
- El reglamento y las Normas Oficiales Mexicanas referidas en el párrafo anterior, contendrán los criterios y listados que identifiquen y clasifiquen los materiales y residuos peligrosos por su grado de peligrosidad, considerando sus características y volúmenes; además, habrán de diferenciar aquellos de alta y baja peligrosidad. Corresponde a la Secretaría la regulación y el control de los materiales y residuos peligrosos.
- Asimismo, la Semarnat en coordinación con las dependencias antes aludidas, expedirá las Normas Oficiales Mexicanas en las que se establecerán los requisitos para el etiquetado y envasado de materiales y residuos peligrosos, así como para la evaluación de riesgo e información sobre contingencias y accidentes que pudieran generarse por su manejo, particularmente tratándose de sustancias químicas.
- La responsabilidad del manejo y disposición final de los residuos peligrosos corresponde a quien los genera. En el caso de que se contrate los servicios de manejo y disposición final de los residuos peligrosos con empresas autorizadas por la Semarnat y los residuos sean entregados a dichas empresas, la responsabilidad por las operaciones será de éstas inde-

pendientemente de la responsabilidad que, en su caso, tenga quien los generó.

- Quienes generen, reúsen o reciclen residuos peligrosos, deberán hacerlo del conocimiento de la Semarnat en los términos previstos en el reglamento de la LEGEPA.
- En las autorizaciones para el establecimiento de confinamientos de residuos peligrosos, sólo se incluirán los residuos que no puedan ser técnica y económicamente sujetos de reuso, reciclamiento o destrucción térmica o físico química, y no se permitirá el confinamiento de residuos peligrosos en estado líquido.
- Cuando la generación, manejo o disposición final de materiales o residuos peligrosos, produzca contaminación del suelo, los responsables de dichas operaciones deberán llevar a cabo las acciones necesarias para recuperar y restablecer las condiciones del mismo, con el propósito de que éste pueda ser destinado a alguna de las actividades previstas en el programa de desarrollo urbano o de ordenamiento ecológico que resulte aplicable, para el predio o zona respectiva.

▪

III. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DESDE LA ÓPTICA AMBIENTAL

Dentro de las intrincadas cualidades de la responsabilidad internacional, vista desde la óptica ambiental, se presentan dos supuestos a saber:

- a) La responsabilidad internacional originada por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos;
- b) La responsabilidad que surge por la comisión de un hecho ilícito.

Con independencia de las normas consuetudinarias que rigen en la materia y que son internacionalmente aceptadas, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas elaboró un “*Proyecto de Responsabilidad de los Estados por Hechos Ilícitos*” (PREHI). La citada Comisión, en su 32° período de sesiones, aprobó provisionalmente, en primera lectura, la primera parte del proyecto.

Posteriormente, el de 7 de junio de 1996, en su 2438ª sesión concluyó la primera lectura de la segunda y tercera parte. Subsiguientemente, en su sesión de

26 de julio del mismo año, la Comisión solicitó que, a través de su Secretario General, se enviara el proyecto a los gobiernos a fin de que éstos formulen sus comentarios y observaciones.⁴

El proyecto de referencia recoge las normas consuetudinarias existentes en la materia, conformándose con las siguientes tres partes:

1. Origen de la responsabilidad internacional;
2. Contenido, formas y grados de la responsabilidad internacional;
3. Solución de controversias y forma de hacer efectiva la responsabilidad internacional.

Por lo que respecta a los actos no prohibidos que causan perjuicio, la citada Comisión también elaboró el “*Proyecto de la Responsabilidad Internacional por las Consecuencias Perjudiciales de Actos no Prohibidos por el Derecho Internacional*”. (PRIANP). Dada la naturaleza de este proyecto, no es aplicable por violaciones a normas de derecho consuetudinario.

El proyecto citado se encuentra estructurado por tres capítulos a saber:

⁴ Ortiz Ahlf, Loretta. *Responsabilidad internacional en materia ambiental*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM y PEMEX, México 1998, p. 154.

- I. Circunscribe su ámbito de aplicación, precisa las diversas voces que utiliza y expone sus principios generales;
- II. Establece la necesidad de aplicar el principio de prevención;
- III. Se ocupa de la indemnización y las diversas formas de reparación de daños.

IV. EL PROYECTO PARA LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS POR HECHOS ILÍCITOS (PREHI)

El proyecto establece que la Responsabilidad Internacional se origina por la ejecución de un hecho ilícito. Asimismo, señala que este hecho ilícito se integra con los siguientes elementos:

- a) Un acto u omisión imputable a un Estado. Esto es, consiste en el comportamiento imputable a un Estado (elemento subjetivo);
- b) La violación de una obligación de Derecho Internacional, provocada con el acto u omisión del Estado que se presume responsable. Es decir, constituye la contravención de una obligación internacional por parte de un Estado (elemento objetivo);
- c) De acuerdo con el proyecto, el elemento del daño se encuentra implícito en el primer elemento. Por lo tanto, la identificación de la manera de reparar el daño estará sujeta a la naturaleza de éste y de los bienes dañados.

➤ *Elemento Subjetivo. Acción u omisión imputable a un Estado*

Conforme al proyecto de referencia, se califican como hechos de un Estado, imputables a éste, los siguientes:

- a) El comportamiento de cualquiera de sus órganos, bien sea Poder Constituyente, Legislativo, Judicial o cualquier otro en el marco de la estructura orgánica del Estado;
- b) El comportamiento del Estado, realizado a través de cualquier órgano de una entidad pública territorial;
- c) El comportamiento de una entidad que no forma parte de la estructura misma del Estado o de una entidad pública territorial, pero que está facultada por el derecho interno para ejercer prerrogativas del poder público;
- d) Los actos realizados por una persona o grupo de personas a las que no se les ha dado formalmente la investidura de órganos propios del Estado, pero que de hecho actúan por él o ejercen prerrogativas del poder público;
- e) Los actos no autorizados de un órgano del Estado cuando haya actuado en esa calidad;
- f) El comportamiento de órganos puestos a su disposición por otro Estado o por una organización internacional, siempre que ese órgano haya actuado en ejercicio de prerrogativas de poder público del Estado a la disposición del cual se encuentra;
- g) El comportamiento de un movimiento insurreccional que se convierta en nuevo gobierno de un Estado, o bien el comportamiento de un movimiento insurreccional que dé lugar a la creación de un nuevo Estado.⁵

➤ *Elemento Objetivo. La contravención de una obligación internacional por parte de un Estado.*

De acuerdo con el proyecto de referencia, se establece en su artículo 16 que:

⁵ *Ibidem*, pp. 155-156.

“[...] hay violación de una obligación internacional por un Estado, cuando un hecho de ese Estado no está de conformidad con lo que de él exige esa obligación”.

En ese tenor, el proyecto reconoce dos tipos de violaciones:

1. La comisión de un crimen internacional. Se considera como tal, la violación por parte de un Estado de una obligación tan esencial para la salvaguarda de los intereses fundamentales de la comunidad internacional, de manera que su violación está reconocida como crimen por dicha comunidad en su conjunto. Así, se califican como crímenes internacionales, la violación de obligaciones internacionales esenciales para:
 - a) El mantenimiento de la paz y la seguridad internacional;
 - b) La salvaguarda del derecho a la libre determinación de los pueblos;
 - c) La salvaguarda del ser humano, por lo que se prohíbe la esclavitud, el genocidio y el apartheid;
 - d) La salvaguarda y protección del medio humano, por lo que queda prohibida la contaminación de la atmósfera o de los mares.

2. La comisión de un delito internacional. Estos resultan ser agravios de menor gravedad, en relación a los anteriormente señalados.

- *Las excluyentes de responsabilidad de la acción u omisión imputable a un Estado.*

El proyecto a que se ha venido haciendo referencia, establece como excluyentes de responsabilidad de la ilicitud de un hecho de un Estado las siguientes:

1. *Consentimiento.* Para que se actualice esta excluyente, es requisito indispensable que previo a la comisión de hecho se exteriorice de manera clara.
2. *Contramidas.* Se refieren a las sanciones reconocidas por el Derecho Internacional, que un Estado afectado puede imponer a aquél que cometió la comisión de hecho.
3. *Fuerza Mayor y Caso Fortuito.* En este caso, al Estado que realiza la comisión de hecho, le resulta materialmente imposible cumplir con la obligación internacional.
4. *Peligro Externo.* Se presenta cuando se encuentra en peligro la existencia del órgano del Estado o del conjunto de personas que se encuentran a su cuidado. Esta excluyente no opera si el órgano de Estado hubiere provocado tal situación de peligro.
5. *Estado de Necesidad.* El Estado, de manera voluntaria, resuelve no cumplir con la obligación internacional, en aras de salvarse de un peligro grave e inminente.
6. *Legítima Defensa.* Para que se actualice esta hipótesis, se deberá cumplir con los requisitos exigidos por las Naciones Unidas a saber:
 - a) Ataque armado por parte de un tercer Estado;
 - b) Deberá comunicarse de inmediato al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, las medidas de legítima defensa adoptadas;

- c) Que las medidas de legítima defensa adoptadas no dañen la autoridad y responsabilidad del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en el rubro de paz y seguridad internacional.

Sin embargo, las excluyentes de responsabilidad de referencia no eximen al Estado que hubiere cometido la comisión de hecho, de la responsabilidad del pago de la indemnización correspondiente.

Es de destacarse que los efectos que se producen por la comisión de un hecho de Estado se regulan, en términos generales, por las disposiciones del proyecto, a menos que resulte aplicable una norma especial.

Además, se aplican también las normas consuetudinarias vigentes en la materia, con independencia de que se apliquen igualmente las normas establecidas en la Carta de Organización de las Naciones Unidas.

➤ *Mecanismos de Solución de Controversias.*

Conforme al proyecto que nos ocupa, se establecen como mecanismos de solución de controversias:

Los Buenos Oficios. En este caso participan con buena voluntad uno o más Estados, convocando a las partes en conflicto a llegar a un acuerdo.

La Mediación. Con este mecanismo, además de invitar a las partes a solucionar sus diferencias, se les proponen alternativas específicas de arreglo, las cuales pueden o no aceptar.

Conciliación. Si después de tres meses de la primera solicitud de negociaciones, la controversia no se ha solucionado, bien sea por acuerdo o por alguna alternativa propuesta por un tercero, cualquiera de las partes podrá someter el conflicto a conciliación.

El Arbitraje. Se puede acudir a esta instancia, después de seis meses de no haber llegado a una solución en su conflicto las partes, o bien, después de haber transcurrido tres meses del informe respectivo de la Comisión de Derecho Internacional.

V. EL PROYECTO PARA LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR LAS CONSECUENCIAS PERJUDICIALES DE ACTOS NO PROHIBIDOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL (PRIANP)

Para la elaboración de este proyecto, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas fijó su atención en las actividades que nacen dentro de la jurisdicción de un Estado y que pueden causar un daño más allá de sus fronteras.

En consecuencia, este sistema de responsabilidad se actualiza cuando las acciones u omisiones lícitas que realiza un Estado resultan riesgosas para otra entidad. Por ende, el Estado responsable tiene a su cargo la prueba de demostrar que su actividad no fue la que originó el daño. En caso contrario, estará obligado a reparar los daños y perjuicios ocasionados.

Sobre este tópico existen diversos antecedentes. Tal es el caso del precedente internacional que establece el principio de: “Responsabilidad de no causar daño ambiental a otros Estados o áreas fuera de la jurisdicción nacional”.

Asimismo, resulta interesante destacar los siguientes precedentes en los que se apoyó la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas:⁶

⁶ Székely, Alberto, *Instrumentos fundamentales de Derecho Público*, Segunda Edición, UNAM, México 1990. T-V, pp. 3976-3985.

➤ *Caso Fundición de Trail*

De acuerdo con los principios de Derecho Internacional y la legislación de los Estados Unidos de América, ningún Estado tiene el derecho de usar o permitir el uso de su territorio en forma que el territorio de otro Estado o las personas o bienes que allí se encuentran sufran daños por efecto del humo, cuando ello tenga consecuencias graves y quede demostrado el daño mediante pruebas claras y convincentes.

➤ *Principio 21 de la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano*

Al derecho de los Estados a explotar en forma soberana sus recursos naturales, con arreglo a su normatividad ambiental y con la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros o zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional.

➤ *Características substanciales del PRIANP*

El Proyecto para la Responsabilidad Internacional por las Consecuencias Perjudiciales de Actos no Prohibidos por el Derecho Internacional, se estructuró de las siguientes tres partes:

- 1) Circunscribe su ámbito de aplicación, precisa las diversas voces que utiliza y expone sus principios generales;
- 2) Establece la necesidad de aplicar el principio de prevención;
- 3) Se ocupa de la indemnización y las diversas formas de reparación de daños.

Respecto de su esfera de aplicación, el artículo 1° circunscribe su ámbito material de validez, en tanto que el 2° delimita su ámbito territorial. Así, el citado artículo 1° señala:

“Los presentes artículos se aplican a:

- I. Las actividades no prohibidas por el Derecho Internacional que entrañen un riesgo de causar un daño transfronterizo sensible; o
- II. Otras actividades no prohibidas por el Derecho Internacional que no entrañan al riesgo mencionado en el apartado anterior, pero que causan tal daño por sus consecuencias físicas”.

Por su parte, el artículo 2° define los términos de:

- *Riesgo de Causar un Daño Transfronterizo Sensible.* Se entiende por tal, aquél que implica pocas probabilidades de causar un daño catastrófico y muchas probabilidades de causar un daño sensible.
- *Daño Transfronterizo.* Es el causado en el territorio, en otros lugares bajo la jurisdicción o el control de un Estado distinto del Estado de origen, tengan o no fronteras comunes esos Estados.
- *Estado de Origen.* Es el Estado en cuyo territorio o bajo cuya jurisdicción o control se realizan las actividades a que se refiere el artículo 1°.
- *Estado Afectado.* Es el Estado en cuyo territorio se ha producido el daño transfronterizo sensible o que tiene jurisdicción o control sobre cualquier otro lugar en que se ha producido el daño.

En el proyecto de referenciase establecen en los siguientes artículos, como obligaciones de los estados parte:⁷

Art. 3°. Prevenir o minimizar el riesgo de causar un daño transfronterizo sensible. Art. 4°. Si se produce un daño transfronterizo, minimizar sus efectos.

Art. 5°. Responder por los daños transfronterizos sensibles ocasionados por una de las actividades mencionadas en el artículo 1°.

Art. 6°. Cooperar con los organismos internacionales en la prevención o minimización de daños transfronterizos.

Art. 9°. Solicitar, si se realiza alguna de las actividades contempladas en el ámbito de aplicación del proyecto, una autorización previa.

Art. 10. Antes de otorgar la autorización, se procederá a determinar el riesgo que entraña la actividad, para lo cual los Estados realizarán una evaluación de los posibles efectos de la actividad sobre las personas, bienes y el medio ambiente.

Art. 11. Si alguna actividad de las mencionadas en el ámbito de aplicación material del proyecto se realiza sin autorización, ordenará el Estado que se cubran los requisitos legales para obtenerla y hasta que se obtenga la misma, el Estado podrá permitir que continúe la actividad de que se trate si se responsabiliza por el riesgo.

Art. 12. Al adoptar las medidas para prevenir y minimizar el riesgo de daños transfronterizos, los Estados velarán por que el riesgo no se traslade de manera directa o indirecta de una zona a otra o se transforme el tipo de riesgo.

Art. 13. Si la evaluación ordenada por el Estado indica que existe un riesgo de causar daños transfronterizos sensibles, el Estado de origen lo notificará sin dilación a los Estados que puedan resultar afectados y les transmitirá la información técnica disponible, señalando un plazo razonable en que deberán responder.

Art. 14. Durante el desarrollo de las actividades riesgosas, los Estados interesados deberán intercambiar oportunamente toda la

⁷ *Ibidem*, p. 168.

información técnica disponible, señalando un plazo razonable en que deberán responder.

Art. 15. En la medida de lo posible y por los medios que correspondan, los Estados afectados facilitarán al público que pueda resultar afectado, por alguna de las actividades señaladas en el artículo 1º, información referente al riesgo y los daños que pueden derivarse.

Art. 16. Sin embargo, la información vinculada con la seguridad nacional del Estado de origen, o para la protección de secretos industriales podrá no ser transmitida.

Art. 17. Que los Estados realizarán consultas a petición de cualquiera de ellos, para adoptar medidas con el fin de minimizar o prevenir el riesgo de daños transfronterizos y buscar soluciones basadas en un equilibrio equitativo de intereses. Si las consultas no conducen a una solución acordada, el Estado de origen, deberá sin embargo, considerar los intereses de los Estados que puedan resultar afectados y podrá proseguir la actividad por su cuenta y riesgo.

Art. 20. El Estado donde se realice alguna de las actividades mencionadas no discriminará por motivo de nacionalidad o residencia, a las personas que resulten afectadas por un daño transfronterizo, para tener acceso a los procedimientos judiciales o de otra índole, o el derecho a solicitar la indemnización u otra forma de reparación.

VI. EL PROYECTO DEFINITIVO DE ARTÍCULOS SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR HECHOS INTERNACIONALMENTE ILÍCITOS

El citado proyecto, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en su 53º periodo de sesiones (A/56/10) y anexo en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001, finalmente quedó de la siguiente forma:⁸

⁸ <http://www.ajol.us.es/eulalia/derecho%20internacional/materiales%20dpto/proyecto%20resp.htm>

PRIMERA PARTE

EL HECHO INTERNACIONALMENTE ILÍCITO DEL ESTADO

CAPÍTULO I PRINCIPIOS GENERALES

Artículo 1.- Responsabilidad del Estado por sus hechos internacionales ilícitos.

Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional.

Artículo 2.- Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado.

Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión:

- d) Es atribuible al Estado según el Derecho Internacional; y
- e) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado.

Artículo 3.- Calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito.

La calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el Derecho Internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el Derecho interno.

CAPÍTULO II ATRIBUCIÓN DE UN COMPORTAMIENTO AL ESTADO

Artículo 4.- Comportamiento de los órganos del Estado.

1. Se considerará hecho del Estado, según el Derecho Internacional, el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado.
2. Se entenderá que Órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el Derecho interno del Estado.

Artículo 5.- Comportamiento de una persona o entidad que ejerce atribuciones del poder público.

Se considerará hecho del Estado, según el Derecho Internacional el comportamiento de una persona o entidad que no sea órgano del Estado según el artículo 4, pero esté facultada por el Derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público, siempre que, en el caso de que se trate, la persona o entidad actúe en esa capacidad.

Artículo 6.- Comportamiento de un órgano puesto a disposición de un Estado por otro Estado.

Se considerará hecho del Estado, según el Derecho Internacional el comportamiento de un órgano puesto a su disposición por otro Estado, siempre que ese órgano actúe en el ejercicio de atribuciones del poder público del Estado a cuya disposición se encuentra.

Artículo 7.- Extralimitación en la competencia o contravención de instrucciones.

El comportamiento de un órgano del Estado o de una persona o entidad facultada para ejercer atribuciones del poder público se considerará hecho del Estado, según el Derecho Internacional si tal órgano, persona o entidad actúa en esa

condición, aunque se exceda en su competencia o contravenga sus instrucciones.

Artículo 8.- Comportamiento bajo la dirección o control del Estado.

Se considerará hecho del Estado, según el Derecho Internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas, si esa persona o ese grupo de personas, actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar ese comportamiento.

Artículo 9.- Comportamiento en caso de ausencia o defecto de las autoridades oficiales.

Se considerará hecho del Estado, según el Derecho Internacional, el comportamiento de una persona o de un grupo de personas, si esa persona o ese grupo de personas, actúan de hecho atribuciones del poder público en ausencia o en defecto de las autoridades oficiales y en circunstancias tales que requieren el ejercicio de esas atribuciones.

Artículo 10.- Comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole.

1. Se considerará hecho del Estado, según el Derecho Internacional, el comportamiento de un movimiento insurreccional que se convierta en el nuevo gobierno del Estado.
2. El comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole que logre establecer un nuevo Estado en parte del territorio de un Estado preexistente o en un territorio sujeto a su administración se considerará hecho del nuevo Estado, según el Derecho Internacional.
3. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de la atribución al Estado de todo comportamiento, cualquiera que sea su relación con el del movimiento de

que se trate, que deba considerarse hecho de ese Estado en virtud de los artículos 4 a 9.

Artículo 11.- Comportamiento que el Estado reconoce y adopta como propio.

El comportamiento que no sea atribuible al Estado en virtud de los artículos precedentes se considerará, no obstante, hecho de ese Estado según el Derecho Internacional en el caso y en la medida en que el Estado reconozca y adopte ese comportamiento como propio.

CAPÍTULO III VIOLACIÓN DE UNA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL

Artículo 12.- Existencia de violación de una obligación internacional.

Hay violación de una obligación internacional por un Estado cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación, sea cual fuere el origen o la naturaleza de esa obligación.

Artículo 13.- Obligación internacional en vigencia respecto del Estado.

Un hecho del Estado no constituye violación de una obligación internacional a menos que el Estado se halle vinculado por dicha obligación en el momento en que se produce el hecho.

Artículo 14.- Extensión en el tiempo de la violación de una obligación internacional.

1. La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que no tenga carácter continuo,

tiene lugar en el momento en que se produce el hecho, aunque sus efectos perduren.

2. La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que tiene carácter continuo se extiende durante todo el período en el cual el hecho continúa y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional.
3. La violación de una obligación internacional en virtud de la cual el Estado debe prevenir un acontecimiento determinado tiene lugar cuando se produce el acontecimiento y se extiende durante todo el período en el cual ese acontecimiento continúa y se mantiene su falta de conformidad con esa obligación.

Artículo 15.- Violación consistente en un hecho compuesto.

1. La violación por el Estado de una obligación internacional mediante una serie de acciones u omisiones, definida en su conjunto como ilícita, tiene lugar cuando se produce la acción u omisión que, tomada con las demás acciones u omisiones, es suficiente para constituir el hecho ilícito.
2. En tal caso, la violación se extiende durante todo el período que comienza con la primera de las acciones u omisiones de la serie y se prolonga mientras esas acciones u omisiones se repiten y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional.

CAPÍTULO IV
RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN RELACIÓN
CON EL HECHO DE OTRO ESTADO

Artículo 16.- Ayuda o asistencia en la comisión del hecho internacionalmente ilícito.

El Estado que presta ayuda o asistencia a otro Estado en la comisión por este último de un hecho internacionalmente ilícito es responsable internacionalmente por prestar esa ayuda o asistencia si:

1. Lo hace conociendo las circunstancias del hecho internacionalmente ilícito; y
2. El hecho sería internacionalmente ilícito si fuese cometido por el Estado que presta la ayuda o asistencia.

Artículo 17.- Dirección y control ejercidos en la comisión del hecho internacionalmente ilícito.

El Estado que dirige y controla a otro Estado en la comisión, por este último, de un hecho internacionalmente ilícito es internacionalmente responsable por este hecho si:

- a) Lo hace conociendo las circunstancias del hecho internacionalmente ilícito; y
- b) El hecho sería internacionalmente ilícito si fuese cometido por el Estado que dirige y controla.

Artículo 18.- Coacción sobre otro Estado.

El Estado que coacciona a otro para que cometa un hecho es internacionalmente responsable por este hecho si:

- a) El hecho, de no mediar coacción, constituiría un hecho internacionalmente ilícito del Estado coaccionado;y
- b) El Estado coaccionante actúa conociendo las circunstancias del hecho.

Artículo 19.- Efecto del presente capítulo.

El presente capítulo se entiende sin perjuicio de la responsabilidad internacional, en virtud de otras disposiciones de estos artículos, del Estado que cometa el hecho en cuestión o de cualquier otro Estado.

CAPÍTULO V CIRCUNSTANCIAS QUE EXCLUYEN LA ILICITUD

Artículo 20.- Consentimiento.

El consentimiento válido de un Estado a la comisión por otro Estado de un hecho determinado, excluye la ilicitud de tal hecho en relación con el primer Estado, en la medida en que el hecho permanece dentro de los límites de dicho consentimiento.

Artículo 21.- Legítima defensa.

La ilicitud del hecho de un Estado queda excluida si ese hecho constituye una medida lícita de legítima defensa tomada de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

Artículo 22.- Contramedidas en razón de un hecho internacionalmente ilícito.

La ilicitud del hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional suya para con otro Estado, queda excluida en el caso y en la medida en que ese hecho constituya una contramedida tomada contra ese otro Estado, de acuerdo con lo dispuesto en el capítulo II de la tercera parte.

Artículo 23.- Fuerza mayor.

1. La ilicitud del hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado, queda excluida si ese hecho se debe a una fuerza mayor, es decir, a una fuerza irresistible o un acontecimiento imprevisto, ajenos al control del Estado, que hacen materialmente imposible, en las circunstancias del caso, cumplir con la obligación.
2. El párrafo 1 no es aplicable si:
 - a) La situación de fuerza mayor se debe, únicamente o en combinación con otros factores, al comportamiento del Estado que la invoca;o
 - b) El Estado ha asumido el riesgo de que se produzca esa situación.

Artículo 24.- Peligro extremo.

1. La ilicitud del hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado, queda excluida si el autor de ese hecho no tiene razonablemente otro modo, en una situación de peligro extremo, de salvar su vida o la vida de otras personas confiadas a su cuidado.
2. El párrafo 1 no es aplicable si:
 - a) La situación de peligro extremo se debe, únicamente o en combinación con otros factores, al comportamiento del Estado que la invoca;o
 - b) Es probable que el hecho en cuestión cree un peligro comparable o mayor.

Artículo 25.- Estado de necesidad.

1. Ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado, a menos que ese hecho:
 - a) Sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente; y
 - b) No afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto.
2. En todo caso, ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud si:
 - a) La obligación internacional de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad; o
 - b) El Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad.

Artículo 26.- Cumplimiento de normas imperativas.

Ninguna disposición del presente capítulo excluirá la ilicitud de cualquier hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación que emana de una norma imperativa de Derecho Internacional general.

Artículo 27.- Consecuencias de la invocación de una circunstancia que excluye la ilicitud.

La invocación de una circunstancia que excluye la ilicitud en virtud del presente capítulo se entenderá sin perjuicio de:

- a) El cumplimiento de la obligación de que se trate, en el caso y en la medida en que la circunstancia que excluye la ilicitud haya dejado de existir;

- b) La cuestión de la indemnización de cualquier pérdida efectiva causada por el hecho en cuestión.

SEGUNDA PARTE

CONTENIDO DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO

CAPÍTULO I PRINCIPIOS GENERALES

Artículo 28.- Consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito.

La responsabilidad internacional del Estado que, de conformidad con las disposiciones de la primera parte, nace de un hecho internacionalmente ilícito produce las consecuencias jurídicas que se enuncian en la presente parte.

Artículo 29.- Continuidad del deber de cumplir la obligación.

Las consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito con arreglo a lo dispuesto en esta parte no afectan la continuidad del deber del Estado responsable de cumplir la obligación violada.

Artículo 30.- Cesación y no repetición.

El Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito está obligado:

- a) A ponerle fin si ese hecho continúa;
- b) A ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición, si las circunstancias lo exigen.

Artículo 31.- Reparación.

1. El Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito.
2. El perjuicio comprende todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado.

Artículo 32.- Irrelevancia del Derecho interno.

El Estado responsable no puede invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud de la presente parte.

Artículo 33.- Alcance de las obligaciones internacionales enunciadas en la presente parte.

1. Las obligaciones del Estado responsable enunciadas en la presente parte pueden existir con relación a otro Estado, a varios Estados o a la comunidad internacional en su conjunto, según sean, en particular, la naturaleza y el contenido de la obligación internacional violada y las circunstancias de la violación.
2. La presente parte se entiende sin perjuicio de cualquier derecho que la responsabilidad internacional del Estado pueda generar directamente en beneficio de una persona o de una entidad distinta de un Estado.

CAPÍTULO II
REPARACIÓN DEL PERJUICIO

Artículo 34.- Formas de reparación.

La reparación íntegra del perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito adoptará la forma de restitución, de indemnización y de satisfacción, ya sea de manera única o combinada, de conformidad con las disposiciones del presente capítulo.

Artículo 35.- Restitución.

El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a la restitución, es decir, a restablecer la situación que existía antes de la comisión del hecho ilícito, siempre que, y en la medida en que esa restitución:

- a) No sea materialmente imposible;
- b) No entrañe una carga totalmente desproporcionada con relación al beneficio que derivaría de la restitución en vez de la indemnización.

Artículo 36.- Indemnización.

1. El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a indemnizar el daño causado por ese hecho en la medida en que dicho daño no sea reparado por la restitución.
2. La indemnización cubrirá todo daño susceptible de evaluación financiera, incluido el lucro cesante en la medida en que éste sea comprobado.

Artículo 37.- Satisfacción.

1. El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a dar satisfacción por el perjuicio causado por ese hecho, en la medida en que

ese perjuicio no pueda ser reparado mediante restitución o indemnización.

2. La satisfacción puede consistir en un reconocimiento de la violación, una expresión de pesar, una disculpa formal o cualquier otra modalidad adecuada.
3. La satisfacción no será desproporcionada con relación al perjuicio y no podrá adoptar una forma humillante para el Estado responsable.

Artículo 38.- Intereses.

1. Se debe pagar intereses sobre toda suma principal adeudada en virtud del presente capítulo, en la medida necesaria para asegurar la reparación íntegra. La tasa de interés y el modo de cálculo se fijarán de manera que se alcance ese resultado.
2. Los intereses se devengarán desde la fecha en que debería haberse pagado la suma principal hasta la fecha en que se haya cumplido la obligación de pago.

Artículo 39.- Contribución al perjuicio.

Para determinar la reparación se tendrá en cuenta la contribución al perjuicio resultante de la acción o la omisión, intencional o negligente, del Estado lesionado o de toda persona o entidad en relación con la cual se exija la reparación.

CAPÍTULO III
VIOLACIONES GRAVES DE OBLIGACIONES EMANADAS
DE NORMAS IMPERATIVAS DE DERECHO INTERNACIONAL
GENERAL

Artículo 40.- Aplicación de este capítulo.

1. El presente capítulo se aplicará a la responsabilidad internacional generada por una violación grave por el Estado de una obligación que emane de una norma imperativa de Derecho Internacional general.
2. La violación de tal obligación es grave si implica el incumplimiento flagrante o sistemático de la obligación por el Estado responsable.

Artículo 41.- Consecuencias particulares de la violación grave de una obligación en virtud del presente capítulo.

3. Los Estados deben cooperar para poner fin, por medios lícitos, a toda violación grave en el sentido del artículo 40.
4. Ningún Estado reconocerá como lícita una situación creada por una violación grave en el sentido del artículo 40, ni prestará ayuda o asistencia para mantener esa situación.
5. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de las demás consecuencias enunciadas en esta parte y de toda otra consecuencia que una violación a la que se aplique el presente capítulo pueda generar según el Derecho Internacional.

TERCERA PARTE

MODOS DE HACER EFECTIVA LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO

CAPÍTULO I INVOCACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Artículo 42.- Invocación de la responsabilidad por el Estado lesionado.

Un Estado tendrá derecho como Estado lesionado a invocar la responsabilidad de otro Estado si la obligación violada existe:

- a) Con relación a ese Estado individualmente; o
- b) Con relación a un grupo de Estados del que ese Estado forme parte, o con relación a la comunidad internacional en su conjunto, y la violación de la obligación:
 - i Afecta especialmente a ese Estado; o
 - ii Es de tal índole que modifica radicalmente la situación de todos los demás Estados con los que existe esa obligación con respecto al ulterior cumplimiento de ésta.

Artículo 43.- Notificación de la reclamación por el Estado lesionado.

1. El Estado lesionado que invoque la responsabilidad de otro Estado notificará su reclamación a este Estado.
2. El Estado lesionado podrá especificar, en particular:

- a) El comportamiento que debería observar el Estado responsable para poner fin al hecho ilícito, si este hecho continúa;
- b) La forma que debería adoptar la reparación de conformidad con las disposiciones de la segunda parte.

Artículo 44.- Admisibilidad de la reclamación.

La responsabilidad del Estado no podrá ser invocada:

- a) Si la reclamación no se presenta de conformidad con las normas aplicables en materia de nacionalidad de las reclamaciones;
- b) Si la reclamación está sujeta a la norma del agotamiento de los recursos internos y no se han agotado todas las vías de recurso internas disponibles y efectivas.

Artículo 45.- Renuncia al derecho a invocar la responsabilidad. La responsabilidad del Estado no podrá ser invocada:

- a) Si el Estado lesionado ha renunciado válidamente a la reclamación; o
- b) Si, en razón del comportamiento del Estado lesionado, debe entenderse que éste ha dado válidamente aquiescencia a la extinción de la reclamación.

Artículo 46.- Pluralidad de Estados lesionados.

Cuando varios Estados sean lesionados por el mismo hecho internacionalmente ilícito, cada Estado lesionado podrá in-

vocar separadamente la responsabilidad del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito.

Artículo 47.- Pluralidad de Estados responsables.

1. Cuando varios Estados sean responsables del mismo hecho internacionalmente ilícito, podrá invocarse la responsabilidad de cada Estado en relación con ese hecho.
2. El párrafo 1:
 - a) No autoriza a un Estado lesionado a recibir una indemnización superior al daño que ese Estado haya sufrido;
 - b) Se entenderá sin perjuicio de cualquier derecho a recurrir contra los otros Estados responsables.

Artículo 48.- Invocación de la responsabilidad por un Estado distinto del Estado lesionado.

1. Todo Estado que no sea un Estado lesionado tendrá derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado de conformidad con el párrafo 2 si:
 - a) La obligación violada existe con relación a un grupo de Estados del que el Estado invocante forma parte y ha sido establecida para la protección de un interés colectivo del grupo;o
 - b) La obligación violada existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto.
2. Todo Estado con derecho a invocar la responsabilidad, según el párrafo 1, podrá reclamar al Estado responsable:

- a) La cesación del hecho internacionalmente ilícito y las seguridades y garantías de no repetición, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30; y
 - b) El cumplimiento de la obligación de reparación, de conformidad con lo dispuesto en los precedentes artículos, en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada.
3. Los requisitos para la invocación de la responsabilidad por parte de un Estado lesionado previstos en los artículos 43, 44 y 45 serán de aplicación en el caso de invocación de la responsabilidad por parte del Estado con derecho a hacerlo en virtud del párrafo 1.

CAPÍTULO II CONTRAMEDIDAS

Artículo 49.- Objeto y límites de las contramedidas.

1. El Estado lesionado solamente podrá tomar contramedidas contra el Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito con el objeto de inducirlo a cumplir las obligaciones que le incumban, en virtud de lo dispuesto en la segunda parte.
2. Las contramedidas se limitarán al incumplimiento temporario de obligaciones internacionales que el Estado que toma tales medidas tiene con el Estado responsable.
3. En lo posible, las contramedidas serán tomadas en forma que permitan la reanudación del cumplimiento de dichas obligaciones.

Artículo 50.- Obligaciones que no pueden ser afectadas por las contramedidas.

1. Las contramedidas no afectarán:
 - a) La obligación de abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza, como está enunciada en la Carta de las Naciones Unidas;
 - b) Las obligaciones establecidas para la protección de los Derechos Humanos Fundamentales;
 - c) Las obligaciones de carácter humanitario que prohíben las represalias; y
 - d) Otras obligaciones que emanan de normas imperativas del Derecho Internacional general.
1. El Estado que tome contramedidas no quedará exento del cumplimiento de las obligaciones que le incumban:
 - a) En virtud de cualquier procedimiento de solución de controversias aplicable entre dicho Estado y el Estado responsable;
 - b) De respetar la inviolabilidad de los agentes, locales, archivos y documentos diplomáticos o consulares.

Artículo 51.- Proporcionalidad.

Las contramedidas deben ser proporcionales al perjuicio sufrido, teniendo en cuenta la gravedad del hecho internacionalmente ilícito y los derechos en cuestión.

Artículo 52.- Condiciones del recurso a las contramedidas.

1. Antes de tomar contramedidas, el Estado lesionado:
 - a) Requerirá al Estado responsable, de conformidad con el artículo 43, que cumpla las obliga-

- ciones que le incumben en virtud de la segunda parte; y
- b) Notificará al Estado responsable cualquier decisión de tomar contramedidas y ofrecerá negociar con ese Estado.
2. No obstante lo dispuesto en el apartado b) del párrafo 1, el Estado lesionado podrá tomar las contramedidas urgentes que sean necesarias para preservar sus derechos.
 3. Las contramedidas no podrán tomarse y, en caso de haberse tomado, deberán suspenderse sin retardo injustificado, si:
 - a) El hecho internacionalmente ilícito ha cesado; y
 - b) La controversia está sometida a una corte o un tribunal facultados para dictar decisiones vinculantes para las partes.
 1. No se aplicará el párrafo 3 si el Estado responsable no aplica de buena fe los procedimientos de solución de controversias.

Artículo 53.- Terminación de las contramedidas.

Se pondrá fin a las contramedidas tan pronto como el Estado responsable haya cumplido sus obligaciones, en relación con el hecho internacionalmente ilícito, de conformidad con lo dispuesto en la segunda parte.

Artículo 54.- Medidas tomadas por Estados distintos del Estado lesionado.

Este capítulo no prejuzga acerca del derecho de cualquier Estado, facultado por el párrafo 1 del artículo 48 para invocar la responsabilidad de otro Estado, a tomar medidas lícitas contra este Estado para asegurar la cesación de la

violación y la reparación en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada.

CUARTA PARTE
DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 55.- *Lexspecialis*.

Los presentes artículos no se aplicarán en el caso y en la medida en que las condiciones de existencia de un hecho internacionalmente ilícito, el contenido de la responsabilidad internacional de un Estado o el modo de hacerla efectiva, se rijan por normas especiales de Derecho Internacional.

Artículo 56.- Cuestiones de responsabilidad del Estado no reguladas en los presentes artículos.

Las normas de Derecho Internacional aplicables seguirán rigiendo las cuestiones relativas a la responsabilidad del Estado por un hecho internacionalmente ilícito, en la medida en que esas cuestiones no estén reguladas en los presentes artículos.

Artículo 57.- Responsabilidad de una organización internacional.

Los presentes artículos se entenderán sin perjuicio de cualquier cuestión relativa a la responsabilidad, en virtud del Derecho Internacional, de una organización internacional o de un Estado por el comportamiento de una organización internacional.

Artículo 58.- Responsabilidad individual.

Los presentes artículos se entenderán sin perjuicio de cualquier cuestión relativa a la responsabilidad individual, en virtud del Derecho Internacional, de cualquier persona que actúe en nombre de un Estado.

Artículo 59.- Carta de las Naciones Unidas.

Los presentes artículos se entenderán sin perjuicio de la Carta de las Naciones Unidas.

VII. RESPONSABILIDADES GENERALES EN MATERIA DE MEDIO AMBIENTE EN MÉXICO

Los principios ambientales en México se establecen fundamentalmente en la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (LEGEEPA). Sin embargo, dicha Ley se complementa con diversas leyes y reglamentos específicos de otros ámbitos.

La responsabilidad ambiental en México puede surgir de conformidad con disposiciones de carácter administrativo, civil o penal establecidas por los gobiernos federal o estatal, pero la mayor parte de los litigios ambientales se inician a nivel administrativo.

Responsabilidad Civil. La Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, en su artículo 203 se refiere a la responsabilidad ambiental, es decir, que toda persona está obligada a reparar los daños causados al medio ambiente, de conformidad con la legislación civil aplicable.

Sin embargo, el artículo 203 no establece expresamente la responsabilidad por daños causados a la salud humana.

Por otro lado, el artículo 204 de la LEGEEPA, establece que cuando se hayan ocasionados daños o perjuicios, los afectados podrán solicitar a las autoridades ambientales un dictamen técnico. Este dictamen tiene valor de prueba en los juicios civiles.

De acuerdo con el Derecho Civil, el daño a individuos o propiedades se puede recuperar de una de tres maneras. La primera es bajo el concepto de responsabilidad subjetiva, análoga en ciertos sentidos al concepto de agravio establecido en los artículos 1910, 1915 y 2110 del Código Civil Federal, que exige la reparación de los daños ocasionados por actos ilícitos o acciones que atenten contra las costumbres

aceptadas en general. Como todos los daños deben ser una causa directa e inmediata del acto ilícito o prevaricación, las responsabilidades ambientales resultan a menudo difíciles de comprobar.

La segunda manera de recuperación es bajo el concepto de responsabilidad objetiva estipulada en el artículo 1913 del Código Civil Federal, que constituye una forma de estricta responsabilidad que requiere de la indemnización de los daños ocasionados por el uso de cualquier mecanismo, instrumento, aparato o sustancia que intrínsecamente sean peligrosos a causa de su velocidad o por ser explosivos, inflamables, eléctricos u otras características análogas peligrosas.

La tercera clase de recuperación es una cláusula de perjuicio incluida en los artículos 1931 y 1932 del Código Civil Federal, en la cual se exige a los propietarios asumir la responsabilidad de todos los daños a terceras personas y sus propiedades ocasionados por el deterioro parcial o total de una construcción; explosiones o daños derivados de máquinas o material explosivos ubicados en la propiedad; gases o humos nocivos o dañinos para las personas u otras propiedades; fugas de aguas negras o eliminación de materiales infecciosos en las alcantarillas; agua que inunde o dañe propiedades vecinas; el peso o el movimiento de máquinas; la acumulación de materiales o animales dañinos para la salud, y cualquier otra razón que sin derecho del propietario cause daños.

Responsabilidad de Empresas. La Ley de Sociedades Mercantiles exime a los accionistas de cualquier responsabilidad que trascienda su participación en la inversión de capital, a menos que la empresa no cumpla con sus estatutos de inclusión o se haya formado con propósitos ilegales. Esta ley por lo general no reconoce la teoría de *piercing the corporate veil* (hacer responsable a la compañía matriz de las acciones de sus filiales). En una empresa conjunta, la responsabilidad se rige por lo común mediante los términos del acuerdo.

Sin embargo, los artículos 1918 y 1924 del Código Civil Federal sí consideran responsables a las personas por daños ocasionados por

sus acciones o las de sus agentes o representantes legales cuando actúan dentro del alcance de sus atribuciones.

Con todo, los patrones son responsables solamente cuando se puede demostrar que ellos mismos fueron negligentes u obraron mal; de lo contrario los patrones conservan el derecho de indemnización contra los empleados. En México no existe una norma específica que rijan la responsabilidad de un acreedor derivada del embargo de un bien en garantía.

Responsabilidad Penal. El Título Vigésimo Quinto del Código Penal Federal, denominado Delitos Contra el Ambiente y la Gestión Ambiental, se encuentra compuesto de los siguientes cinco capítulos:

- ✓ Capítulo Primero - De las actividades tecnológicas y peligrosas;
- ✓ Capítulo Segundo - De la biodiversidad;
- ✓ Capítulo Tercero - De la bioseguridad;
- ✓ Capítulo Cuarto - Delitos contra la gestión ambiental y;
- ✓ Capítulo Quinto - Disposiciones comunes a los delitos contra el ambiente.

Veamos brevemente en qué consisten estas conductas descritas por el legislador federal en el Código Penal Federal.

El Capítulo Primero - De las actividades tecnológicas y peligrosas, en su artículo 414 se señala que se impondrá pena de uno a nueve años de prisión y de trescientos a tres mil días multa al que ilícitamente, o sin aplicar las medidas de prevención o seguridad:

- a) Realice actividades de producción, almacenamiento, tráfico, importación o exportación, transporte, abandono, desecho, descarga, o realice cualquier otra actividad con sustancias consideradas peligrosas por sus características

- corrosivas, reactivas, explosivas, tóxicas, inflamables, radioactivas u otras análogas;
- b) Bien ordene o autorice las acciones anteriores, que causen un daño a los recursos naturales, a la flora, a la fauna, a los ecosistemas, a la calidad del agua, al suelo, al subsuelo o al ambiente;
 - c) La misma pena se aplicará a quien ilícitamente realice las conductas con las sustancias enunciadas anteriormente, o con sustancias agotadoras de la capa de ozono y cause un riesgo de daño a los recursos naturales, a la flora, a la fauna, a los ecosistemas, a la calidad del agua o al ambiente.

Incremento de la pena. En el caso de que las actividades referidas se lleven a cabo en un área natural protegida, la pena de prisión se incrementará hasta en tres años y la pena económica hasta en mil días multa, a excepción de las actividades realizadas con sustancias agotadoras de la capa de ozono.

Disminución de la pena. Cuando las conductas a las que se hace referencia en los incisos a) y b), se lleven a cabo en zonas urbanas con aceites gastados o sustancias agotadoras de la capa de ozono en cantidades que no excedan 200 litros, o con residuos considerados peligrosos por sus características biológico- infecciosas, se aplicará hasta la mitad de la pena prevista en el citado artículo 414, salvo que se trate de conductas repetidas con cantidades menores a las señaladas cuando superen dicha cantidad.

Asimismo, el artículo 415 prevé que se impondrá pena de uno a nueve años de prisión y de trescientos a tres mil días multa, a quien sin aplicar las medidas de prevención o seguridad:

- Emita, despida, descargue en la atmósfera, lo autorice u ordene, gases, humos, polvos o contaminantes que ocasionen daños a los recursos naturales, a la fauna, a la flora, a los ecosistemas o al ambiente, siempre que dichas emisiones provengan de fuentes fijas de competencia federal, conforme a lo previsto en la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, o
- Genere emisiones de ruido, vibraciones, energía térmica o lumínica, provenientes de fuentes emisoras de competencia federal, conforme al ordenamiento señalado en la fracción anterior, que ocasionen daños a los recursos naturales, a la flora, a la fauna, a los ecosistemas o al ambiente.
- Las mismas penas se aplicarán a quien ilícitamente lleve a cabo las actividades descritas en las fracciones anteriores, que ocasionen un riesgo a los recursos naturales, a la flora, a la fauna, a los ecosistemas o al ambiente.

Incremento de la pena. En el caso de que las actividades aludidas se lleven a cabo en un área natural protegida, la pena de prisión se incrementará hasta en tres años y la pena económica hasta en mil días multa.

Adicionalmente, el artículo 416 establece que se impondrá pena de uno a nueve años de prisión y de trescientos a tres mil días multa, al que:

- ✓ Ilícitamente descargue, deposite, o infiltre, lo autorice u ordene, aguas residuales, líquidos químicos o bioquímicos, desechos o contaminantes en los suelos, subsuelos, aguas marinas, ríos, cuencas, vasos o demás depósitos o corrientes de agua de competencia federal, que cause un riesgo de daño o dañe a los recursos naturales, a la flora, a la fauna, a la calidad del agua, a los ecosistemas o al ambiente.

Incremento de la pena. Cuando se trate de aguas que se encuentren depositadas, fluyan en o hacia un área natural protegida, la prisión se elevará hasta tres años más y la pena económica hasta mil días multa.

El Capítulo Segundo - De la biodiversidad, en su artículo 417 prevé que impondrá pena de uno a nueve años de prisión y de trescientos a tres mil días multa, al que:

- ✓ Introduzca al territorio nacional, o trafique con recursos forestales, flora o fauna silvestre viva o muerta, sus productos o derivados, que porten, padezcan o hayan padecido, según corresponda alguna enfermedad contagiosa, que ocasione o pueda ocasionar su diseminación o propagación o el contagio a la flora, a la fauna, a los recursos forestales o a los ecosistemas.

Por su parte, el artículo 418 establece que se impondrá pena de seis meses a nueve años de prisión y por equivalente de cien a tres mil días multa, siempre que dichas actividades no se realicen en zonas urbanas, al que ilícitamente:

- Desmonte o destruya la vegetación natural;
- Corte, arranque, derribe o tale algún o algunos árboles, o;
- Cambie el uso del suelo forestal.
-

Incremento de la pena. La pena de prisión se aumentará hasta en tres años más y la pena económica hasta en mil días multa, para el caso en el que las conductas referidas afecten un área natural protegida.

Adicionalmente, el artículo 419 determina que a quien ilícitamente transporte, comercie, acopie, almacene o transforme madera en rollo, astillas, carbón vegetal, así como cualquier otro recurso fores-

tal maderable, o tierra procedente de suelos forestales en cantidades superiores a cuatro metros cúbicos o, en su caso, a su equivalente en madera aserrada, se impondrá pena de uno a nueve años de prisión y de trescientos a tres mil días multa.

La misma pena se aplicará aun cuando la cantidad sea inferior a cuatro metros cúbicos, si se trata de conductas reiteradas que alcancen en su conjunto esta cantidad.

Incremento de la pena. La pena privativa de la libertad referida se incrementará hasta en tres años más de prisión y la pena económica hasta en mil días multa, cuando los recursos forestales maderables provengan de un área natural protegida.

Asimismo, el artículo 420 contempla que se impondrá pena de uno a nueve años de prisión y por el equivalente de trescientos a tres mil días multa, a quien ilícitamente:

- ❖ Capture, dañe o prive de la vida a algún ejemplar de tortuga o mamífero marino, o recolecte o almacene de cualquier forma sus productos o subproductos;
- ❖ Capture, transforme, acopie, transporte o dañe ejemplares de especies acuáticas declaradas en veda;
- ❖ De manera dolosa capture, transforme, acopie, transporte, destruya o comercie con las especies acuáticas denominadas abulón y langosta, dentro o fuera de los periodos de veda, sin contar con la autorización que corresponda, en cantidad que exceda 10 kilogramos de peso y cuando dichas conductas se cometan por una asociación delictuosa, en los términos del artículo 164 del Código Penal Federal, se estará a lo dispuesto en el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales.
- ❖ Realice actividades de caza, pesca o captura con un medio no permitido, de algún ejemplar de una especie de fauna

silvestre, o ponga en riesgo la viabilidad biológica de una población o especie silvestres;

- ❖ Realice cualquier actividad con fines de tráfico, o capture, posea, transporte, acopie, introduzca al país o extraiga del mismo, algún ejemplar, sus productos o subproductos y demás recursos genéticos, de una especie de flora o fauna silvestres, terrestres o acuáticas en veda, considerada endémica, amenazada, en peligro de extinción, sujeta a protección especial, o regulada por algún tratado internacional del que México sea parte, o;
- ❖ Dañe algún ejemplar de las especies de flora o fauna silvestre, terrestre o acuáticas señaladas en el párrafo anterior.

Incremento de la pena. Se aplicará una pena adicional hasta de tres años más de prisión y hasta mil días multa adicionales, cuando las conductas descritas en el presente artículo se realicen en o afecten un área natural protegida, o cuando se realicen con fines comerciales.

También el artículo 420 Bis señala que se impondrá pena de dos a diez años de prisión y por el equivalente de trescientos a tres mil días multa, a quien ilícitamente:

- a) Dañe, desequie o rellene humedales, manglares, lagunas, esteros o pantanos;
- b) Dañe arrecifes;
- c) Introduzca o libere en el medio natural, algún ejemplar de flora o fauna exótica que perjudique a un ecosistema, o que dificulte, altere o afecte las especies nativas o migratorias en los ciclos naturales de su reproducción o migración, o
- d) Provoque un incendio en un bosque, selva, vegetación natural o terrenos forestales, que dañe elementos naturales, flora, fauna, los ecosistemas o al ambiente.

Incremento de la pena. Se aplicará una pena adicional hasta de dos años de prisión y hasta mil días multa adicionales, cuando las conductas descritas se realicen en o afecten un área natural protegida, o el autor o partícipe del delito previsto en d) realice la conducta para obtener un lucro o beneficio económico.

El Capítulo Tercero - De la bioseguridad, en su artículo 420 Ter determina que se impondrá pena de uno a nueve años de prisión y de trescientos a tres mil días multa, a quien:

- ✓ En contravención a lo establecido en la normatividad aplicable, introduzca al país, o extraiga del mismo, comercie, transporte, almacene o libere al ambiente, algún organismo genéticamente modificado que altere o pueda alterar negativamente los componentes, la estructura o el funcionamiento de los ecosistemas naturales.

Para tales efectos, se debe entender como organismo genéticamente modificado, cualquier organismo que posea una combinación nueva de material genético que se haya obtenido mediante la aplicación de la biotecnología, incluyendo los derivados de técnicas de ingeniería genética.

El Capítulo Cuarto - Delitos contra la gestión ambiental, en su artículo 420 Quáter precisa que se impondrá pena de uno a cuatro años de prisión y de trescientos a tres mil días multa, a quien:

- Transporte o consienta, autorice u ordene que se transporte, cualquier residuo considerado como peligroso por sus características corrosivas, reactivas, explosivas, tóxicas, inflamables, biológico infecciosas o radioactivas, a un destino para el que no se tenga autorización para recibirlo, almacenarlo, desecharlo o abandonarlo;

- Asiente datos falsos en los registros, bitácoras o cualquier otro documento utilizado con el propósito de simular el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la normatividad ambiental federal;
- Destruya, altere u oculte información, registros, reportes o cualquier otro documento que se requiera mantener o archivar de conformidad a la normatividad ambiental federal;
- Prestando sus servicios como auditor técnico, especialista o perito o especialista en materia de impacto ambiental, forestal, en vida silvestre, pesca u otra materia ambiental, faltare a la verdad provocando que se cause un daño a los recursos naturales, a la flora, a la fauna, a los ecosistemas, a la calidad del agua o al ambiente, o
- No realice o cumpla las medidas técnicas, correctivas o de seguridad necesarias para evitar un daño o riesgo ambiental que la autoridad administrativa o judicial le ordene o imponga.

Los delitos previstos en el capítulo referido, se perseguirán por querrela de la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente.

El Capítulo Quinto - Disposiciones comunes a los delitos contra el ambiente, en su artículo 421 señala que además de lo establecido en los anteriores capítulos, se impondrá alguna o algunas de las siguientes penas o medidas de seguridad:

- La realización de las acciones necesarias para restablecer las condiciones de los elementos naturales que constituyen los ecosistemas afectados, al estado en que se encontraban antes de realizarse el delito;
- La suspensión, modificación o demolición de las construcciones, obras o actividades, según corresponda, que hubieren dado lugar al delito ambiental respectivo;

- La reincorporación de los elementos naturales, ejemplares o especies de flora y fauna silvestre, a los hábitat de que fueron sustraídos, siempre y cuando su reincorporación no constituya un peligro al equilibrio ecológico o dificulte la reproducción o migración de especies de flora o fauna silvestre;
- El retorno de los materiales o residuos peligrosos o ejemplares de flora y fauna silvestre amenazados o en peligro de extinción, al país de origen, considerando lo dispuesto en los tratados y convenciones internacionales de que México sea parte, o
- Inhabilitación, cuando el autor o partícipe del delito tenga la calidad de servidor público, hasta por un tiempo igual al que se le hubiera fijado como pena privativa de libertad, la cual deberá correr al momento en que el sentenciado haya cumplido con la prisión o ésta se hubiera tenido por cumplida.

Precisa también que los trabajos a favor de la comunidad a que se refiere el artículo 24 del Código Penal Federal, consistirán en actividades relacionadas con la protección al ambiente o la restauración de los recursos naturales.

Indica que para los efectos a los que se refiere el artículo que nos ocupa, el juez deberá solicitar a la dependencia federal competente o a las instituciones de educación superior o de investigación científica, la expedición del dictamen técnico correspondiente.

Para tales efectos, las dependencias de la administración pública competentes deberán proporcionar al ministerio público o al juez, los dictámenes técnicos o periciales que se requieran con motivo de las denuncias presentadas por la comisión de los delitos a que se ha hecho referencia.

Disminución de la pena. Siempre que el procesado repare el daño voluntariamente sin que se haya resuelto dicha obligación por resolución administrativa, las punibilidades correspondientes a los

delitos cometidos, serán las resultantes de disminuir en una mitad los parámetros mínimos y máximos contemplados en este Título.

Incremento de la pena. Agrega el artículo 422 que en el caso de los delitos contra el ambiente, cuando el autor o partícipe tenga la calidad de garante respecto de los bienes tutelados, la pena de prisión se aumentará hasta en tres años.

Ausencia de penalidad. Por último, precisa el artículo 423 que no se aplicará pena alguna respecto a lo dispuesto por el párrafo primero del artículo 418, así como para la transportación de leña o madera muerta a que se refiere el artículo 419, cuando el sujeto activo sea campesino y realice la actividad con fines de uso o consumo doméstico dentro de su comunidad.

Delitos Ambientales en los Estados. Cada Estado establecerá sus propias sanciones penales por delitos ambientales de acuerdo con su legislación ambiental estatal.

VIII. DE LA LEY FEDERAL DE RESPONSABILIDAD AMBIENTAL

Es oportuno señalar que con fecha 6 de diciembre de 2011, se publicó en la Gaceta Parlamentaria del Senado de la República la Iniciativa de Ley Federal de Responsabilidad Ambiental; esto es, en esa fecha se aprobó por el Pleno del Senado tal Iniciativa y se envió para su revisión y aprobación a la Cámara de Diputados.

Dicha ley fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de junio de 2013. Éste es un ordenamiento de nueva creación.

Para los efectos de la responsabilidad ambiental y penal, el proyecto de Decreto que nos ocupa establece que no se considerarán adversas las pérdidas, deterioros, menoscabos, afectaciones o modificaciones que hayan sido claramente manifestados por el responsable y explícitamente identificados, delimitados en su alcance, evaluados, mitigados y autorizados por la Semarnat, previamente a

la realización de la conducta que los origina, mediante la evaluación del impacto ambiental.

Señala que el daño ocasionado al ambiente se reclama de manera independiente al daño patrimonial sufrido por los propietarios de los elementos naturales.

Propone que la reparación y compensación del daño ocasionado al ambiente será preferente respecto al cumplimiento de otras obligaciones patrimoniales que correspondan en términos de la legislación civil.

Señala que cuando se ejerza la acción de responsabilidad por daño al ambiente, se entenderán por demandadas las medidas ambientales complementarias.

Define que son daños ocasionados al ambiente, aquellos que se susciten a causa de conductas reguladas por leyes u ordenamientos de carácter general federales, respecto a materias de competencia federal.

Prevé que las personas morales sean responsables de los daños al medio ambiente, que sean ocasionados por sus representantes, administradores, socios, gerentes, directores o empleados, cuando sean omisos o actúen en el ejercicio de sus funciones, en representación o bajo el amparo de la persona moral, o bien, cuando ordenen o consientan la realización de las conductas dañosas.

Determina una prescripción a partir del día en que cesa la acción u omisión generadora del daño o afectación para ejercer la acción de responsabilidad ambiental.

También se plantearon reformas complementarias a otras Leyes Ambientales o de incidencia ambiental como:

- ✓ La Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente;
- ✓ La Ley General de Vida Silvestre;

- ✓ La Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos;
- ✓ La Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable;
- ✓ La Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados; y
- ✓ El Código Penal Federal.

Lo anterior, con el objeto de concentrar en la ley, todo el régimen de responsabilidad ambiental.

La ley reconoce y retorna la premisa de que el bien jurídico a proteger por las normas positivas ambientales, es la calidad del ambiente y el derecho del hombre a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza. El propio artículo cuarto constitucional señala que toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar.

Asimismo, se reconoce a toda persona el derecho de resolver las controversias de carácter jurídico y social que se ocasionen por la producción de daños y riesgos al ambiente, a través de vías colaborativas en las que se privilegie el diálogo y se faciliten las alternativas de solución que resulten ambientalmente y socialmente más positivas, siempre con la participación que corresponde a la Autoridad Ambiental para salvaguardar el interés general.

No resulta ocioso señalar que la necesidad de crear un sistema de responsabilidad ambiental, no sólo obedece al reclamo de reparación de daños ocasionados al entorno, sino fundamentalmente a la demanda social de participación directa en la tutela del ambiente, que requiere del acceso efectivo a los tribunales del Poder Judicial, esto ha sido expresado con claridad por expertos de todo el mundo en el marco de la Cumbre Mundial de Desarrollo Sostenible de Johannesburgo, celebrada en el 2002, para revisar el avance de los compromisos de la Conferencia de Río de Janeiro.

En ese sentido, el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), auspició seis simposios de jueces, ministros, magistrados y expertos en el tema de justicia ambiental en todo el mundo, que concluyeron con la expedición de una declaración.

Los jueces y magistrados a través de la Declaración de Johannesburgo manifestaron:

Afirmamos que un poder y un proceso judiciales independientes son decisivos para la ejecución, el desarrollo y la aplicación coercitiva del Derecho Ambiental, y que los miembros del Poder Judicial, son asociados imprescindibles para promover el cumplimiento, la ejecución y la aplicación coercitiva del Derecho Ambiental internacional y nacional (...)

Baste señalar que la ley de mérito es totalmente complementaria y congruente con las reformas constitucionales ya aprobadas por el Congreso de la Unión como la del 18 de junio del 2008, en la cual al reformarse 10 artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se ordena la transformación integral del modelo de justicia penal que impulsa, entre otras figuras, la de justicia restaurativa que implica diversas salidas alternas al proceso, atendiendo fundamentalmente a la reparación de los daños.

Asimismo, la modificación del artículo 17 constitucional introdujo dos figuras: las acciones colectivas y los mecanismos alternativos de solución de controversias. Así, el texto constitucional prevé:

- El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las *acciones colectivas*. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de *reparación del daño*. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos.

- Las leyes preverán *mecanismos alternativos* de solución de controversias.

En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán *la reparación del daño* y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.

La ley que nos ocupa, define por primera vez en la historia legislativa de nuestro país el concepto de *daño ocasionado al ambiente*, además de determinar quiénes serán los sujetos legitimados para exigir su reparación, restauración o compensación, privilegiando en todo momento el interés general y la preservación de los elementos naturales.

Debe quedar asentado que el Congreso de la Unión aprobó por unanimidad una reforma al artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Derecho Ambiental y Derecho al Agua, la cual establece que: “El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley.”

En ese sentido, no resulta ocioso conocer cuáles son los elementos que integran la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental, la que se encuentra construida de las siguientes partes:

LEY FEDERAL DE RESPONSABILIDAD AMBIENTAL

TÍTULO PRIMERO

De la responsabilidad ambiental

CAPÍTULO PRIMERO

Disposiciones generales

CAPÍTULO SEGUNDO

Obligaciones derivadas de los daños ocasionados al ambiente

CAPÍTULO TERCERO

Procedimiento judicial de responsabilidad ambiental

SECCIÓN 1

De la acción para demandar la responsabilidad ambiental

SECCIÓN 2

De la tutela anticipada y medidas cautelares

SECCIÓN 3

De los elementos de prueba

SECCIÓN 4

De la sentencia, ejecución y seguimiento

SECCIÓN 5

Del Fondo

TÍTULO SEGUNDO

CAPÍTULO ÚNICO

Mecanismos alternativos de solución de controversias

TÍTULO TERCERO

CAPÍTULO ÚNICO

Responsabilidad penal en materia ambiental

EN EL CONTEXTO ANTERIOR, CABE PREGUNTAR, ¿QUÉ ESPERAN LAS AUTORIDADES AMBIENTALES PARA APLICAR LA LEY DE MÉRITO EN EL CASO DE TAJAMAR, CANCÚN, QUINTANA ROO?

IX. FUENTES DE CONSULTA

BIBLIOGRAFÍA

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Derecho Ambiental. Fundamentación y Normativa.*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.

ORTIZ AHLF, Loretta. *Responsabilidad internacional en materia ambiental.* Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM y PEMEX, México 1998.

PIZARRO, Ramón D., *Responsabilidad Civil por Daño Ambiental, en Tutela Jurídica del Medio Ambiente*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2008.

SZÉKELY, Alberto, *Instrumentos Fundamentales de Derecho Público*, Segunda Edición, UNAM, México 1990.

CIBERGRAFÍA

<http://www.aloj.us.es/eulalia/derecho%20internacional/materiales%20dpto/proyecto%20resp.htm>

RETOS DEL JUEZ EJECUTOR DE SENTENCIAS EN EL NUEVO SISTEMA PENAL

MARÍA IRACEMA CRISTAL GONZÁLEZ MARTÍNEZ¹

SUMARIO: I. Introducción y objetivo. II. Juez Ejecutor de Sentencias. III. Principio de convencionalidad. IV. Derechos Humanos. V. El juez y la aplicación técnica de la ley. VI. Análisis técnico respecto de las facultades del Juez Ejecutor de Sentencias. VII. Mecanismos de control jurisdiccional respecto de las facultades del Juez Ejecutor de Sentencias. VIII. Confrontación teórica con datos empíricos. IX Conclusión. X. Fuentes de consulta.

I. INTRODUCCIÓN Y OBJETIVO

En esta investigación partimos de la implementación que hubo respecto de las reformas constitucionales de junio 18 de 2008 acerca del cambio del Sistema Penal —del sistema inquisitorio mixto al sistema acusatorio, adversarial y oral²— y de junio 10 de 2011 sobre la incorporación de Derechos Humanos. En el sentido de hacer énfasis en la incorporación del Juez Ejecutor de Sentencias como nueva figura, respecto del desempeño de sus funciones y atribuciones; con el interés de mostrar si hay o no contradicción discursiva entre el mandato constitucional y la aplicación de las leyes en torno al cumplimiento de las tareas del Juez en mención.

¹ Maestría en Política Criminal por la Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Estudios Superiores Acatlán.

² Entre los cambios que se buscaban modificar para mejorar el sistema procesal penal están los principios procesales modernos y democráticos, derechos del imputado mejor definidos, mayores derechos tomados en cuenta para el ofendido y las víctimas, medios alternos para la solución de conflictos, mejora en el sistema de defensoría pública, restar el monopolio de la acción penal que detenta el Ministerio Público mediante la incorporación de criterios de oportunidad y de acción privada.

Antes de la reforma constitucional en materia de Derechos Humanos era bien sabido que el fin declarado de la prisión no se cumplía, lo que quiere decir que existía violación de estos derechos; situación que se intentó modificar y detener con la citada reforma. En este sentido, podemos ver que en la *praxis* no se cumple la nueva función declarada; y debido a que legalmente es consistente, pero como no se lleva a cabo, entonces nos enfrentamos a un doble problema.

Todo esto con la finalidad de mostrar posibles soluciones que sirvan a la Política Criminal en cuanto a la aplicación del discurso jurídico respecto de la realización de las tareas encomendadas al Juez Ejecutor a la luz de las reformas antes mencionadas.

Dentro del marco jurídico que regula el funcionamiento de los centros penitenciarios del Estado de México, y que está basado en la función latente de la reinserción garantizando el respeto de los Derechos Humanos, a pesar de ello, quedan de manifiesto la imposibilidad sistemática y material de aplicar su regulación, así como el diseño de estrategias penitenciarias, así como de inclusión de los sentenciados, lo que consecuentemente resulta en reclamos legales y quejas para la protección de Derechos Humanos a la luz del control de convencionalidad y del ejercicio de las facultades del Juez Ejecutor de Sentencias; esta nueva autoridad y sus atribuciones vigentes no han dado un nuevo sentido declarado al sistema penitenciario. Es por esto necesario detectar los problemas jurídicos y las categorías discursivas que en su aplicación resuelvan los problemas técnicos y progresivos que hoy se manifiestan.

De dicho conflicto de orden técnico y legal se deja al descubierto:

1. Una limitada estrategia de Política Criminal en el rubro de la prevención especial, a la luz de la exigencia del Juez Ejecutor de Sentencias.
2. Los puntos de choque con los Derechos Humanos del individuo en el tratamiento de reclusión respecto de la exigencia

del cumplimiento de los mismos, respetando el principio de convencionalidad.

3. Problemas derivados del orden legal respecto del desempeño de las funciones del Juez Ejecutor de Sentencias, de su interpretación, de su aplicación y de su operatividad. En función todo ello a la reforma al artículo 18 Constitucional.

Por lo tanto, si el discurso jurídico impide la adecuada estrategia de Política Criminal en el rubro de la prevención especial a la luz de la exigencia del Juez Ejecutor de Sentencias, el choque o violación de los Derechos Humanos del individuo en el tratamiento de reclusión por principio de convencionalidad, entonces no se puede abonar a construir Políticas Públicas y se necesitará evidenciar legalmente las carencias de la ley y los conceptos que permitan el diseño de las mismas.

Siguiendo este orden de ideas, el objetivo de esta investigación es el de analizar la Política Criminal en el rubro de la prevención especial a través de la labor del Juez Ejecutor de Sentencias en el Estado de México, mediante la revisión técnica del discurso legal de la materia y su relación con el principio de convencionalidad de los Derechos Humanos. Con el fin de mostrar los problemas legales que impiden implementar los tratamientos y estrategias necesarios para los sentenciados dentro del sistema penal.

II. JUEZ EJECUTOR DE SENTENCIAS

Dentro de las funciones del Juez de Ejecución están las de “vigilar y controlar la ejecución de la pena”, de modo que le corresponde salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos, desviaciones y cumplimiento de los preceptos que en el régimen penitenciario puedan producirse. Así como estar informado sobre el expediente particular de los internos e integrarlo con los documentos

que la ley señale, para saber si son acreedores de algún beneficio que la ley les otorgue, así como conocer del momento de la extinción de la pena.

La reforma de junio de 2008 señala, en el artículo 21, párrafo tercero constitucional, que los jueces tendrán a su cargo-de manera exclusiva-la imposición, modificación y duración de las penas, con lo cual las autoridades judiciales adquieren importantes responsabilidades en el ámbito penitenciario.

Después de la función del Juez de proceso de dictar sentencia, inician las facultades y tareas del Juez Ejecutor; de las cuales se hace mención acerca de las que ya tenían, las que se trasladan al ejecutivo y las que surgen con la reforma, quedando de la siguiente forma:

- a) Facultades que ya tenía
 - 1. Condena condicional vía incidental;
 - 2. Sustitutivos a la prisión vía incidental;
 - 3. Adecuar sanciones ante retroactividad de nueva ley que beneficia;
 - 4. Compurgación simultánea de penas;
 - 5. Reaprehensión por incumplimiento de condiciones de beneficios;
 - 6. Ejecutar reparación del daño;
 - 7. Cuantificar el monto de reparación del daño;
 - 8. Devolver cauciones y liberación de aseguramiento de bienes, ante absolución (total o parcial);
 - 9. Orden de cancelación de registros de control administrativos (ficha señalética).
- b) Facultades que le traslada al ejecutivo
 - 1. Beneficio de libertad preparatoria;
 - 2. Ejecución de tratamiento enpre-liberación;
 - 3. Remisión parcial de la pena;
 - 4. Determinación de pena cumplida;

5. Ejecución del programa en condena condicional;
 6. Determinación y seguimiento del programa de reinserción.
- c) Facultades que surgen con la reforma
1. Localizador electrónico;
 2. Compurgación de pena en el domicilio;
 3. Excarcelación por motivos personales;
 4. Visitas de inspección en celdas;
 5. Traslado de centro de reclusión, a petición de parte;
 6. Adecuar sanción ante ayuda eficaz del sentenciado, en casos de delincuencia organizada.

Y las facultades que continúan siendo de la autoridad administrativa:

- a) Administrar los centros de reclusión
1. Traslado de áreas dentro de un mismo centro de reclusión;
 2. Traslado de un centro de reclusión a otro por motivos de seguridad;
 3. Determinación de correcciones disciplinarias;
 4. Determinación de excarcelación por razones de salud.
- b) Competencia de otras autoridades administrativas:
SAE, SAT, IFE, etcétera.

Como punto principal de esta investigación está el de analizar la Política Criminal en el rubro de la prevención especial a través de las facultades del Juez en mención, dentro del Estado de México, mediante la revisión técnica del discurso legal de la materia y su relación con el principio de convencionalidad de los Derechos Humanos. Razón por la que es necesario abordar el tema de Control de Convencionalidad.

III. PRINCIPIO DE CONVENCIONALIDAD

Realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien invalida normas del derecho local opuestas al Pacto de San José de Costa Rica, o Convención Americana sobre los Derechos del Hombre.

Actualmente existe preocupación de marcos generales por el reconocimiento y protección de Derechos Humanos, no sólo de un Estado, sino a nivel universal³ y regional.⁴ El alcance de la Reforma Constitucional de 2011, en especial lo que se refiere al control de convencionalidad, es en la actualidad un tema de gran importancia y una obligación de carácter internacional en *pro* de los Derechos Fundamentales. Esto se debe a la incorporación de normas internacionales al ordenamiento interno —lo que es materia constitucional— de ahí se toma la importancia de las reformas constitucionales del 6 y 10 de junio de 2011, pues si bien ya estaban considerados en la Constitución, a partir de esa fecha los Derechos Humanos contenidos en el artículo 133, subieron de rango —equiparándose a la Constitución—. Basándose en el principio *propersonae* y los lineamientos derivados de la Convención de Viena —por el cual el tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido de buena fe por ellas; y porque ninguna de las partes podrá invocar el Derecho interno como justificación por haber incumplido alguna disposición de un tratado, y siempre que no contravenga lo estipulado como mandato constitucional.

El Tribunal Colegiado señaló que cuando un Estado ha ratificado un Tratado Internacional,⁵ los jueces, como parte del aparato estatal, deben velar porque las resoluciones que impongan no se vean afectadas o limitadas por disposiciones internas que vayan en contra del fin que se busca. El derecho de convencionalidad debe realizarse entre las normas de Derecho interno y la Convención Americana de

³ Organización de las Naciones Unidas (ONU).

⁴ Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

⁵ Se hace referencia a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Derechos Humanos, tomando en cuenta no sólo su texto, sino además, la interpretación de la Corte Interamericana.

En el artículo 25 de la Convención Americana se establece el derecho a la protección judicial; de ahí, además de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, el Tribunal Colegiado determinó que los órganos que tienen a su cargo funciones jurisdiccionales deben tratar de suprimir prácticas que tiendan a negar o delimitar el derecho de acceso a la justicia; es decir, deben evitar que a causa de formalismos o tecnicismos no razonables se impida el acceso a un tribunal.

IV. DERECHOS HUMANOS

Dentro de este apartado se dará una breve explicación desde los derechos fundamentales para después elucidar en materia de Derechos Humanos, en especial sobre reclusos. Ferrajoli⁶ nos da una acertada definición de derechos fundamentales, de los que nos dice:

Son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que correspondan universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados de *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica positiva; y por *status* la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.

Con lo anterior se puede comprender que son derechos fundamentales los derechos adscritos por un ordenamiento jurídico a todas

⁶ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías, La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 6ª ed., 2009, p.37.

las personas físicas, en cuanto personas, ciudadanos o capaces de obrar; han sido siempre éstas tres identidades las que han proporcionado —además de las discriminaciones de sexo, etnia, religión, edad, clase, educación y nacionalidad— los parámetros de inclusión y exclusión entre los seres humanos y por consiguiente de igualdad y desigualdad.

Al ser los derechos fundamentales universales -ya que no dependen de la naturaleza de los intereses y de las necesidades tuteladas- tales como la libertad personal, la libertad de pensamiento, los derechos políticos, los derechos sociales, entre otros. Con una base de igualdad jurídica. Al ser garantizados los derechos fundamentales se abona a la vida, a la supervivencia, a la igualdad y a la dignidad de los seres humanos. No son alienables o negociables. Son considerados como tales en la medida en que constituyen instrumentos de protección de los intereses más importantes de las personas, con independencia de sus gustos personales o de sus preferencias, razón por la que deben ser universales y válidos en todo momento y situación jurídica de los individuos.

Ferrajoli, en su obra mencionada con antelación, nos hace una clasificación muy puntual sobre derechos fundamentales. La ciudadanía y la capacidad de obrar son en la actualidad las únicas diferencias de *status* que delimitan la igualdad de las personas humanas. A los ciudadanos competen los derechos de personalidad y derechos de ciudadanía; y a las personas con capacidad de obrar, le serán asignados los derechos primarios —o sustanciales— y secundarios —o instrumentales o de autonomía—. Combinando las dos distinciones obtendremos cuatro clases de derechos:

1. Derechos Humanos son los derechos primarios de las personas y conciernen indistintamente a todos los seres humanos, como por ejemplo, el derecho a la vida y a la integridad de la persona, la libertad personal, la libertad de

- conciencia y de manifestación del pensamiento, el derecho a la salud y a la educación y las garantías penales y procesales;
2. Derechos públicos son los derechos primarios reconocidos sólo a los ciudadanos, como el derecho de residencia y circulación en el territorio nacional, los de reunión y asociación, el derecho al trabajo y a la asistencia;
 3. Derechos civiles son los derechos secundarios adscritos a todas las personas capaces de obrar, como la libertad contractual, el derecho de accionar en juicio y todos los derechos de potestad en los que se manifieste la autonomía privada; y
 4. Derechos políticos son los derechos secundarios reservados únicamente a los ciudadanos con capacidad de obrar, como el derecho de voto, el derecho de acceder a cargos públicos y todos los potestativos donde se manifieste autonomía política y sobre los que se fundan la representación y democracia política.

Siguiendo el pensamiento del autor, en términos generales, los Derechos Humanos son el conjunto de facultades, prerrogativas y libertades, que corresponden al hombre por el simple hecho de su existencia; tienen como finalidad salvaguardar la dignidad de la persona humana considerada individual o colectivamente; su observancia comprende una serie de obligaciones y deberes, tanto para el Estado, como para los individuos, cuyo cumplimiento debe ser garantizado por el orden jurídico nacional e internacional, para la conservación de la paz social y la consolidación de la democracia.

Quintana Roldán nos hace una clasificación de los Derechos Humanos, nos dice que:

Los de primer grado o generación son los derechos subjetivos tradicionales, los de crédito o personales. Los de segundo grado o generación tienen un sentido más político e ideológico, con un respeto a la integridad física y sociológica del hombre, entendido como individuo digno de respeto y consideración dentro de la esfera de bienestar social. Y como Derechos Humanos de tercer grado o generación nos marca los derechos sociales, en cuanto a supervivencia, sanidad y disfrute de la vida; como el derecho a la paz, a la conservación ecológica, derechos colectivos, derechos de minorías, etcétera.⁷

El Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, define a los Derechos Humanos como “el conjunto de facultades, prerrogativas, libertades y pretensiones de carácter civil, político, económico, social y cultural, incluidos los recursos y mecanismos de garantía de todas ellas, que se reconocen al ser humano considerado individual y colectivamente”.⁸

Los Derechos Humanos presentan ciertas características, de generalidad, imprescriptibilidad, intransferibilidad, permanencia; además de ser incondicionales e inalienables. En su obra *Derechos Humanos*, Quintana Roldán nos señala que:

[...] Son generales porque los tienen todos los seres humanos sin distinción alguno; y son universales porque para estos derechos no caben limitaciones de fronteras políticas, ni las creencias o razas, [...] son imprescriptibles porque no se pierden por el tiempo, ni por alguna otra circunstancia o causa, [...] también son intransferibles, porque el derecho subjetivo derivado e indivi-

⁷ Cfr. Quintana Roldán, Carlos y Sabido Peniche, Norma, *Derechos Humanos*, México, Porrúa, 1998, p. 24.

⁸ *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Voz, Derechos Humanos, México.

dualizado que de ellos emana, no puede ser cedido, contratado o convenido para su pérdida o menoscabo. Son permanentes, porque protegen al ser humano de su concepción hasta su muerte; porque no tienen valor sólo por etapas o generaciones, sino siempre.⁹

En un Estado democrático, el respeto a los Derechos Humanos constituye el sello distintivo del sistema jurídico. Las investigaciones realizadas por la Procuraduría General de la República en *pro* de la procuración de justicia, deben tener una investigación eficiente así como persecución de delitos para contribuir a la seguridad de la sociedad; y en ese cumplir se debe respetar la integridad psicológica y física de los indiciados, evitando cualquier acto que atente contra su dignidad humana. Necesario es entonces, resaltar que a la luz de la reforma constitucional de junio de 2011 en materia de Derechos Humanos, nos dice Carbonell que:

Se señala, en el párrafo tercero del artículo primero, la obligación del Estado Mexicano (en todos sus niveles de gobierno, sin excepción) de promover, respetar, proteger y garantizar los Derechos Humanos. De esta forma queda claro que todo derecho humano “reconocido” por la Constitución y los tratados internacionales genera obligaciones para las autoridades mexicanas, con independencia del nivel de gobierno que ocupen o de la modalidad administrativa bajo la que estén organizadas. Las obligaciones de las autoridades mexicanas en materia de Derechos Humanos deberán cumplirse a la luz de los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos.

⁹ Quintana Roldán, Carlos y Sabido Peniche, Norma, *Op. Cit.*, p. 24.

El Estado Mexicano, señala el artículo 1 constitucional a partir de la reforma, debe prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de Derechos Humanos.¹⁰

Respecto de la materia que nos ocupa podemos entonces señalar que los internos, como es evidente, también tienen Derechos Humanos y la autoridad penitenciaria tiene la obligación de respetarlos. Respecto de lo estipulado en el artículo 18 constitucional, se establece que el respeto a los Derechos Humanos es una de las bases sobre la que se organiza el sistema penitenciario nacional, junto con el trabajo, la capacitación del mismo, la educación, la salud y el deporte. Mediante esta reforma se señala que en las cárceles mexicanas se deben respetar los Derechos Humanos y que no puede haber un régimen penitenciario compatible con la Constitución que permita la violación de sus derechos. El que se prive de la libertad a una persona a causa de haber delinquido, no significa razón alguna para que se violenten sus Derechos Humanos, ni por acción ni por omisión de las autoridades, tampoco en el supuesto de encontrarse en una prisión de seguridad máxima —donde está permitido en razón de seguridad, la restricción de ciertos derechos— aunque se sabe que dentro de éstas últimas, en la práctica, el fin último de la pena privativa de libertad que es la reinserción, está lejos de ser realidad y que existen constantes violaciones de Derechos Humanos de los internos que ahí se encuentran.

Existen algunas otras modificaciones en la mencionada reforma:

Se establece un mecanismo de consulta pública y transparente para la elección del titular de la Comisión Nacional de los Derechos

¹⁰ Carbonell, Miguel, *La reforma constitucional en materia de Derechos Humanos: principales novedades*, [en línea], México, 6 de septiembre del 2012, [citado 1 de abril del 2013], formato html, disponible en internet en: <http://www.miguelcarbonell.com/articulos/novedades.shtml>

Humanos y para los miembros del Consejo Consultivo de la propia Comisión.

Se faculta a la CNDH para realizar la investigación de violaciones graves de Derechos Humanos. El ejercicio de dicha facultad se puede dar cuando así lo considere la Comisión o cuando sea solicitado por el Presidente de la República, el gobernador de un Estado, cualquiera de las cámaras del Congreso de la Unión, las legislaturas locales o el jefe de gobierno del Distrito Federal.¹¹

En la medida en que el tratamiento de reinserción social que se aplica a los internos se humanice más cada día, y se cuente con la participación de todo el personal de la institución penitenciaria para capacitarse y respetar la integridad humana del interno, estaremos en posibilidad de cambiar su actitud para con su familia y la sociedad, además del propio compromiso que el entorno social debe llevar a cabo; con lo cual se abonará a que disminuyan los índices de reincidencia. El Estado está obligado a garantizar a los internos los satisfactores mínimos que por su propia situación no pueden conseguir por sí mismos.

Son bien sabidas las múltiples razones por las que no existe reinserción en la actualidad y dada la ineficacia del Estado en cumplir con los fines de la reclusión como pena corporal, es necesario, apegados a la legalidad y sobre todo a los Derechos Humanos, hacer modificaciones estructurales que corrijan de fondo estos defectos; y no únicamente a manera discursiva o en el deber ser que se encuentra únicamente dentro de un catálogo de buenas intenciones.

En el Estado de México, el sistema penitenciario pasa por graves momentos: la sobrepoblación —que implica problemas suscitados por la falta de espacios físicos, laborales y educativos para proporcionar la atención adecuada y establecida a los reclusos— otro problema lo encontramos en la falta de recursos técnicos, financieros y materiales,

¹¹ *Idem.*

ya que no se cuenta con el personal suficiente que pueda realizar cabalmente las tareas encomendadas, a lo que se le agrega el bajo salario que reciben estos servidores públicos o que no están debidamente capacitados para el desempeño de las funciones que realizan. Se debe entender que los Centros Preventivos y de Readaptación Social no son bodegas para almacenar seres humanos que la sociedad desecha, sino que debieran ser lugares donde se aplique la ley, preservando invariablemente la dignidad y los Derechos Humanos en *pro* de su reinserción como seres funcionales dentro de la sociedad.

La protección, observancia, promoción, estudio y divulgación de los Derechos Humanos que ampara el orden jurídico mexicano, son mandatos que la ley otorga a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos; dicha supervisión se ejerce, de manera permanente, a través de las visitas periódicas realizadas a los centros de reclusión, la atención individualizada de quejas que se presentan ante este organismo autónomo, las visitas que se realizan a las instituciones, así como las que se llevan a cabo con motivo del levantamiento del Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria (DNSP), que durante los últimos años ha efectuado la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, con la colaboración de los organismos públicos de Derechos Humanos en los diversos Estados del país, y coordinando su elaboración.

El Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria es un instrumento de evaluación que permite analizar la situación que impera en el sistema penitenciario nacional, relacionado con las condiciones de estancia e internamiento de las personas en reclusión, con perspectiva del respeto a los Derechos Humanos, el cual se ha convertido en un indicador importante que refleja la situación que prevalece en tales lugares. El ejercicio consiste en calificar en escala del 0 al 10 una gama de indicadores y sub indicadores que representan las condiciones mínimas que deben existir en una prisión, de acuerdo con nuestra Constitución Federal y las leyes, principios, instrumentos,

acuerdos, convenciones y tratados, nacionales e internacionales suscritos por México, que contienen referencias sobre el tratamiento de las personas privadas de la libertad y sus condiciones de internamiento, a efecto de procurar una estancia digna y segura, y tratar de lograr su reinserción, fin que persigue la pena privativa de libertad.

Estos indicadores y sub indicadores se agrupan en 5 rubros que tienen que ver con aspectos que garantizan: (1) la integridad física y moral del interno; (2) aquellas relacionadas con una estancia digna; (3) cuestiones referentes a las condiciones de gobernabilidad de los centros; (4) la reinserción social del interno, que a su vez abarca el respeto a los Derechos Humanos, el trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte; y (5) la atención a grupos vulnerables (mujeres, adultos mayores, indígenas, personas con discapacidad, enfermos con VIH y personas con preferencias sexuales distintas).

Como siguiente punto de la investigación, se analizará lo que pasa con las facultades y atribuciones del Juez de Ejecución, estipuladas en las leyes.

V. EL JUEZ Y LA APLICACIÓN TÉCNICA DE LA LEY

La tarea única de crear leyes es del Legislativo; el Ejecutivo por su parte podrá crear reglamentos o normas de carácter administrativo; y finalmente la jurisprudencia que emana del Poder Judicial.

Será tarea judicial el desentrañar el fin último de la norma aplicable al caso concreto, por lo que le será necesario hacer su interpretación, seguida de su argumentación para finalmente aplicarla; norma que fue creada por el legislador, buscando resolver cierto problema estudiado y analizado.

Se puede hablar de tres razones fundamentales que originan la necesidad de una argumentación jurídica:

- a) De las exigencias de un Estado de Derecho moderno, punto donde hace referencia Atienza en su obra *Estado de Derecho, argumentación e interpretación*, ahí nos explica la importancia de la argumentación en cuanto a que el Estado de Derecho debe vincularse con la necesidad de que las decisiones de los órganos públicos estén argumentadas, ya que se trata del sometimiento del Estado, del poder a la razón, y no de la razón al poder.
- b) De la necesidad de adaptar normas jurídicas del pasado para encontrar soluciones a la problemática actual, esto es debido a que la sociedad es evolutiva y cambiante y, por consiguiente, las normas jurídicas deben adaptarse de manera permanente a la realidad -a una para las que no fueron concebidas-, tarea que hace posible la argumentación jurídica.
- c) Debido a que las normas jurídicas se redactan en un lenguaje sencillo, pero se deben aplicar en la solución de problemas complejos, aunque la creación reglamentaria siga una fórmula sencilla, ésta debe poder aplicarse a situaciones complejas que existen en una sociedad.¹²

Para que pueda ser justificable una resolución judicial, el argumento que se ocupe debe estar debidamente motivado y fundado; esto quiere decir que el razonamiento incluido en el texto y que sirve de conclusión al caso concreto de que se trate, se debe ajustar a las prevenciones legales que le sirven de fundamento.¹³ A su vez, este

¹² Cfr. Rojas Amandi, Victor Manuel, *Argumentación Jurídica*, Oxford, México, 2010, pp. 63-64.

¹³ *Ibidem*, p. 158.

razonamiento debe ser lo suficientemente claro y preciso para que el afectado pueda defenderse.

En este punto puede encontrarse con ciertas cuestiones que afecten lo antes mencionado y que se muestran en la jurisprudencia mexicana: falta de motivación o motivación indebida. Por la primera debemos entender la “ausencia de referencia en el documento escrito de la autoridad de las razones que se hayan considerado estimar que el caso puede subsumirse en la hipótesis prevista en esa norma jurídica”.¹⁴ La motivación indebida existe cuando “se exponen las razones que la autoridad tuvo para dictar la resolución, pero no corresponde al caso específico, objeto de decisión, o bien, cuando no existe adecuación entre los motivos invocados en el acto de autoridad y las normas aplicables a éste”.¹⁵

En cuanto a la tarea de la interpretación se sabe que es un acto de traducir símbolos y signos a sus significados. El juez, al realizar su tarea de aplicar la ley, deberá entonces darle una significación y depositarle un sentido al interpretar la misma con ayuda de su experiencia (será una interpretación de textos). En este sentido y como lo muestra Máynez, se deberá desentrañar el sentido de la significación de una expresión jurídica.

La función práctica o técnica de la argumentación jurídica, según Atienza, “debe ser capaz de ofrecer una orientación útil en las tareas de producir, interpretar y aplicar el derecho”.¹⁶ Tareas que a su vez se relacionan con las metas de una construcción de sistemas jurídicos expertos y a la enseñanza del Derecho, cuyo objetivo principal debería ser el de aprender a pensar o a razonar *como un jurista*, según el autor antes citado, y no limitarse a conocer los contenidos del Derecho Positivo.

¹⁴ Rojas Amandi, Víctor Manuel, *Op. Cit.* p. 160.

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ Atienza Manuel, *Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*, UNAM, México, 2013, p.217.

Al reformarse de manera constitucional e implementarse el nuevo sistema procesal acusatorio y oral, no únicamente se buscaron cambios en las fases de investigación y enjuiciamiento, sino también en la fase de la ejecución de las penas. Las funciones de los jueces de control, de juicio y de ejecución deberán seguir los principios acordes a la reforma: de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

En esta investigación nos ocupan las tareas del Juez de Ejecución de Sentencia, las cuales podríamos dividir en dos:

- a) Con el sentenciado en prisión, donde el juez deberá vigilar y controlar el cumplimiento de la pena impuesta y velar por los derechos de los reclusos, tendrá por límite la administración de las prisiones, facultad del Ejecutivo.
- b) Con el sentenciado en libertad, el juez vigilará que los sentenciados a los que se les concedió el beneficio de la libertad, cumplan con los requisitos debidos para su obtención; en su caso, ordenará reaprehensión de ser necesario, es decir, dará por cumplidas las condiciones para que se tenga por cumplida la pena impuesta. También en los casos de un beneficio distinto, tal será el caso del localizador electrónico o la libertad anticipada.

Se advierte que al aplicarse una ley también se podrán encontrar problemas en lo discursivo y en lo material, es decir, al hacer efectiva materialmente la sentencia. Razón por la que es de mayor importancia realizar un análisis técnico de las leyes en que se basa el Juez Ejecutor para el cumplimiento de sus atribuciones así como para el desarrollo de sus facultades.

VI. ANÁLISIS TÉCNICO RESPECTO DE LAS FACULTADES DEL JUEZ EJECUTOR DE SENTENCIAS

Mediante un análisis técnico y legal usando la *tópica*¹⁷ argumentativa, se puede demostrar que el concepto clave *pena privativa de libertad* tiene referentes específicos en todas las leyes para dejar con claridad y bien establecido los modos y las circunstancias en las cuales ésta se aplica.

En este trabajo se intentó buscar bajo una argumentación vertical si este *topoi*¹⁸ tenía una inconsistencia, lo que significa que con una sola —inconsistencia— que existiera, evidenciaría la posibilidad de que en diferentes niveles de la ubicación de la ley se dieran otras ambigüedades, pues un *topoi* básico constitucional al ser de origen superior en la jerarquía normativa, siempre subordina de manera recta y vertical todas y cada una de sus derivaciones, luego entonces, en obvio de inútiles e innecesarias repeticiones, tendrían que buscarse todas las inaplicaciones para demostrar que el tópico constitucional es inconsistente, pues como ya se dijo bastaría uno sólo.

Cuando se logran asociar métodos semióticos de aplicaciones lógicas, entonces se juntan dos quehaceres de la ciencia jurídica en el manejo del objeto, es decir, se disemina el artículo y se desentraña

¹⁷ Las aplicaciones de la *tópica* y la cibernética siempre están ligadas a los presupuestos positivistas, es decir, a la revisión de un método tipológico y de segmentación que pueda servir para desarticular los enunciados legales y revisar su consistencia de tipo lingüística.

¹⁸ Es aquello que da a la *tópica* las premisas fundamentales con las que el trabajo jurídico busca la solución a sus problemas, es decir, las ideas que se tomarán en cuenta como el origen para la solución de un conflicto normativo. En primera instancia un concepto o una definición se vuelven palabras claves en un argumento, del cual se habrán de desprender sub-categorías o sub-enunciados sin perder la idea central y cerrando cualquier problemática o discusión en el argumento a las categorías, conceptos o definiciones que les dieron origen; esto es que cada palabra origen se vuelve un *topoi*.

el sentido de las palabras (se interpreta),¹⁹ y por otro lado, evidentemente se somete a revisión cada una de las partículas elegidas para generar la consistencia de lo que en ella se entiende o se aplica (se interroga y se argumenta). El método es sencillo, básico y lógico porque con base en él se aprendió a hablar, escribir y pensar y, de hecho, es una forma y presupuesto de la interpretación cerrada.²⁰

Éste análisis aplicado en la Política Criminal deja también claro que a partir de la reforma constitucional comentada al cuerpo de este trabajo, el nuevo diseño de la práctica penitenciaria legalmente y políticamente es cerrado y consistente. Luego entonces desde el punto de vista de la distribución sustantiva de sus diferentes aplicaciones sería poco menos que perfecto.

Nótese entonces que desde la metodología *tópica*²¹ y desde la visión interpretativa en el discurso a partir de la reforma constitucional en materia penitenciaria, el diseño de Política Criminal es claro y congruente, no sólo a la materia en comento, sino con todo el contexto de los Derechos Humanos, la palabra clave contextual pena y Derechos Humanos está asociada al artículo 1º constitucional, y por tanto, los Derechos Humanos son contexto interpretativo para *el discurso y para la exigencia aplicativa*.

Cuando se está posicionado en la Teoría del Derecho, el manejo del objeto de la Ciencia Jurídica, *la norma*, puede ser sujeta de un tratamiento particular con el fin no sólo de saber cuál era la intención del legislador (interpretación), sino ahora de usar la norma para

¹⁹ Cfr. Álvarez León, José Antonio. *Estudio de la conformación de la Agenda Penal Nacional (1999-2003), en el contexto de la regionalización de Norteamérica. Un acercamiento tópico-cibernético*. México, UNAM, FES Acatlán, Tesis Doctoral de Grado, 2005.

²⁰ Cfr. Álvarez León, José Antonio. *Breves Notas sobre la Investigación Básica del Derecho*, Revista de Posgrado en Derecho de la UNAM, México, UNAM.

²¹ El método tópico es el único método semántico que permite los usos simultáneos de la interpretación en la argumentación cerrada. Éste método y su técnica también permiten construcciones normativas desde el discurso abstracto o escrito. Cfr. Viehweg, Theodor, *Tópica y filosofía del Derecho*. Barcelona, Gedisa, 1997.

obtener de ella un sentido aplicativo personal, es decir, someter a la norma a las pretensiones de quien la usa, buscando con ello su consistencia o su inconsistencia. Para lograr lo anterior, metodológicamente entonces, se recurre a la argumentación, pues a decir de Perelman,²² argumentar es adherir al auditorio y con ello lograr el uso de la norma a partir de su consistencia.

En nuestro caso, usamos una retórica simple porque el fin es demostrar si el sistema jerarquizado pudiese tener debilidades estructurales que obviarán la estrategia discursiva y en consecuencia evidenciar una política penitenciaria fallida (desde la norma), o bien, la imposibilidad de salirse de ella por sus referencias cerradas, olvidando o dejando atrás el viejo conflicto entre la función latente y no latente de la pena privativa de libertad; es decir, sólo se busca hacer un análisis riguroso y técnico entre lo que se dice y se hace, evidenciando los problemas estructurales.²³

VII. MECANISMOS DE CONTROL JURISDICCIONAL RESPECTO DE LAS FACULTADES DEL JUEZ EJECUTOR DE SENTENCIAS

Lo que corresponde ahora para cerrar el tratamiento del problema y la comprobación de la hipótesis en este trabajo, será necesario tomar una evidencia empírica para saber si la Política Criminal Penitenciaria se cumple o tiene una viabilidad al menos desde el control del Juez Ejecutor de Sentencias (por ser el nuevo paradigma).

²² Cfr. Perelman Ch., *Tratado de la Argumentación. La Nueva Retórica*, trad. Julia Sevilla, Madrid, Gredos, 2000.

²³ Esto no significa que no pueda haber un sentido de apreciación política entre porqué la *praxis* y el discurso están disociados, de lo que se trata es evidenciar que en el nuevo sistema de justicia las aportaciones en Política Criminal tendrían que ser más operativas y no discursivas; pues es evidente que al haber tal rompimiento de manera tan clara no se piensa, como diría Foucault, en ocultar un discurso, sino en simplemente cómo operarlo.

El tratamiento empírico básico se acreditará a partir de tres ejes:

1. El reclamo de los Derechos Humanos por incumplimiento de la práctica penitenciaria de los internos.
2. La eficacia técnica en el cumplimiento de las atribuciones del Juez Ejecutor de Sentencias.
3. Derivado de los anteriores, la asociación entre el 1 y el 2, lo que evidenciarían si las cosas han cambiado de acuerdo a la reforma, sin importar el grado de avance.

Para acreditar los puntos anteriores, particularmente el primero y el segundo, se tomó la radiografía estadística del propio Poder Judicial Local y Federal²⁴ (como control constitucional), a través de los cuales, de acuerdo al principio *pro homine* y al control de la convencionalidad, ante violaciones flagrantes de los Derechos Humanos por incumplimiento en lo dispuesto por el Reglamento Penitenciario, se promueven amparos y quejas.

De esa referencia estadística se desprende que a partir de las reformas constitucionales y de Derechos Humanos del Derecho Penitenciario, los internos han utilizado los recursos legales analizados argumentativamente en la parte superior de este capítulo para obtener de manera sustantiva y en su favor, no necesariamente beneficios penitenciarios, sino el mejoramiento de condiciones para su dignidad de persona, mientras están bajo tratamiento penitenciario.

Con lo cual han demostrado que de 2008 y de 2010 al 2014 no cambió la práctica penitenciaria, pese a que el Juez Ejecutor de Sentencia (figura nueva) dotado de un marco legal congruente y preciso, no puede desempeñar sus tareas, no cumple con cambiar la práctica penitenciaria y los Derechos Humanos siguen siendo violados, sin

²⁴ Datos obtenidos de liga Poder Judicial del Estado de México y buscador de Búho Legal. Actualizado hasta enero de 2014.

embargo y por lo tanto, se pasa de la congruencia sustantiva normativa, a la incongruencia en la justicia procesal y a la ineficacia de la justicia distributiva, es decir, hay una nueva forma de incumplimiento en la Política Penitenciaria ya que el Juez en mención no tiene los mecanismos materiales para la observación y el tratamiento penitenciario de los internos, pues únicamente tiene los elementos sustantivos. Cuestiones que podremos observar en el numeral siguiente.

VIII.CONFRONTACIÓN TEÓRICA CON DATOS EMPÍRICOS

Se presenta la siguiente estadística, donde se puede observar que del total de expedientes de queja tramitados durante el periodo anual de 2013 en el Estado de México, se señala a las siguientes instancias del servicio público como aquellas que vulneraron derechos básicos:

Cuadro número 1: Autoridades responsables

Autoridades responsables	Número de quejas	%
Ayuntamientos	1,814	21.4
Procuraduría General de Justicia	1,757	20.7
Sector Educativo	1,585	18.7
Dirección General de Prevención y Readaptación Social	645	7.6
Tribunal Superior de Justicia	555	6.6
Sector Salud	451	5.3
Secretaría de Seguridad Ciudadana	343	4.1
Instituto de la Defensoría Pública	204	2.4

Otras autoridades	1,123	13.2
Total	8,477*	100

* Una queja puede involucrar a más de una autoridad presuntamente responsable.

Cuadro número 2. Los hechos violatorios de mayor frecuencia atribuidos a las autoridades señaladas como responsables son:

Hechos violatorios	Ene	Feb	Mar	Abr	May	Jun	Jul	Ago	Sep	Oct	Nov	Dic	Total
Derechos Humanos relacionados con la situación jurídica de los internos	26	69	38	34	35	39	11	28	12	91	51	22	456

La interpretación de la descripción de la tabla anterior, pone de manifiesto que el Órgano Autónomo de los Derechos Humanos recibe reclamos sustantivos de los internos, por violación a sus derechos en las prácticas penitenciarias, generando consigo la interpretación en la que se asocian: el incumplimiento de la función declarada del discurso penitenciario, con el de la nueva figura del Juez Ejecutor de Sentencias. En virtud de esto, no solamente no ha cambiado la práctica penitenciaria, sino que se confirma; deja claro que ahora se comenten más delitos e infracciones, toda vez que el suministro de justicia proscriptiva²⁵ se adiciona bajo el concepto violación de derecho,

²⁵ Entiéndase por *proscriptiva* una forma de la justicia, es decir, que dice qué toca o qué merece a cada quien desde una norma adjetiva o procesal. Es el mecanismo que permite hacer o alcanzar a través de la norma.

acto repetitivo y delito, y responsabilidad, a partir de que al Juez Ejecutor de Sentencias le es imposible, materialmente, cambiar la lógica penitenciaria a partir del nuevo paradigma.

A ocho años de la reforma penitenciaria y del cambio de justicia penal en el Estado de México, y a cinco años de la reforma de los Derechos Humanos, las estrategias del control en nada han cambiado; lo que significa también que la proyección del cumplimiento del transitorio constitucional que obliga a la Federación a entrar en los nuevos escenarios del Sistema de Justicia y los Derechos Humanos, demuestra un futuro desalentador respecto de encontrarnos con un cambio sustancial.

Los Jueces Ejecutores de Sentencia en el Estado de México, con marcos jurídicos modernos y con todas las atribuciones de la plena jurisdicción, no servirán de nada para garantizar el respeto a la dignidad humana en la cárcel si el control administrativo, material y operativo de las prisiones, no sale de los controles ejecutivos y se redefine la verdadera función del castigo y el fin real que tiene la pena privativa de libertad, o bien, que los cambios no sean únicamente a manera de discurso, sino que el Estado tenga el interés y haga tangibles los mecanismos para que lo implementado legalmente pueda ser llevado a la práctica y así abonar a una mejora, tanto en la Política Criminal, como en Políticas Públicas integrales y mejoramiento en el Sistema Penitenciario.

IX. CONCLUSIÓN

En el nuevo discurso legal que motiva y justifica la implementación del sistema penal, está el de agilizar los trámites procesales y penitenciarios, disminuir el número de internos en los reclusorios, respetar en todo tiempo los Derechos Humanos y derechos reglamentarios de los reos, y con ello darle un nuevo sentido al concepto de reinserción social. En la *praxis* la aparición de Juez Ejecutor de Sen-

tencias materializaría la nueva política penitenciaria, con la finalidad de disminuir el hacinamiento, vigilar las condiciones de seguridad y salubridad de los reos y, en particular, el observar sus tratamientos en internamiento y excarcelación.

El marco jurídico que sustenta las reformas constitucionales respecto del sistema penitenciario, específicamente cuando nos referimos al desempeño del Juez Ejecutor de Sentencias en el sistema Acusatorio Adversarial, es *tópicamente* cerrado, debido a que existe alineamiento vertical entre la Constitución, los Tratados Internacionales, las normas federales y locales y los reglamentos del sistema penitenciario; con lo que podemos entender que no existen contradicciones entre las leyes antes mencionadas. Sin embargo se detectaron los problemas jurídicos y retos técnico-operativos que enfrentan los Jueces Ejecutores, dificultades que encuentran debido a que las reformas fueron encaminadas al cambio del sistema penal, pero no muestran el mecanismo.

Al reformarse la Constitución, se incluyó en sus preceptos la garantía del Estado de respetar y hacer que se respeten los Derechos Humanos de los internos; los datos duros nos reportan que al año 2014, respecto de la estrategia del cambio del sistema de justicia penal y las reformas, no se ha dado una Política Criminal nueva con resultados materiales plausibles –lo que podemos corroborar con los amparos interpuestos contra ejecuciones o resoluciones del Juez Ejecutor de Sentencias-. Con lo cual, los internos no buscan que se les otorguen beneficios que la ley establece, sino que buscan el mejoramiento de condiciones para su dignidad de persona.

Por otro lado, las quejas interpuestas ante la Comisión Nacional de Derechos Humanos por violación a Derechos Humanos de los internos, nos permiten evidenciar los problemas a los que se enfrentan los Jueces Ejecutores, respecto de su ejecución material, lo que mantiene el estado de violación de estos derechos y de involución penitenciaria.

Los Jueces Ejecutores se enfrentan a imposibilidades para llevar a cabo funciones tales como garantizar el respeto de los derechos que deben tener los sentenciados, o en algunos casos, encuentran dificultad para garantizar estos derechos, debido a que las reformas van encaminadas a cambiar un sistema penal, a implementar nuevas figuras, pero al final del día, no dicen el cómo, es decir, no está implementado el mecanismo que debe seguirse para lograr lo que se quiere. Entre esos derechos podemos mencionar: Derechos Humanos relacionados con la situación jurídica de los internos, los que garantizan una estancia digna y segura en prisión, los que garantizan su integridad física y moral, los que garantizan el desarrollo de actividades productivas y educativas, los que garantizan la vinculación social del interno, los derechos que garantizan el mantenimiento del orden y la aplicación de sanciones, y los de grupos especiales dentro de Instituciones Penitenciarias.

Se puede entonces concluir que a ocho años de la reforma penitenciaria y cambio del sistema penal, y a cinco de la reforma en materia de Derechos Humanos, las estrategias de control no han cambiado y el Juez Ejecutor de Sentencias no garantiza, ni garantizará, el respeto a la dignidad humana mientras el control, tanto administrativo como operativo y material, esté a cargo del ejecutivo. Y mientras no se redefine la verdadera función del castigo como pena.

X. FUENTES DE CONSULTA

- ALVAREZ LEÓN, José Antonio. *Estudio de la conformación de la Agenda Penal Nacional (1999-2003), en el contexto de la regionalización de Norteamérica. Un acercamiento tópico-cibernético.* México, UNAM, FES Acatlán, Tesis Doctoral de Grado, 2005.
- ATIENZA, Manuel, *Las razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*, UNAM, México, 2013.

- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías, La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 6ª ed., 2009.
- PERELMAN Ch., *Tratado de la Argumentación. La nueva retórica*, trad. Julia Sevilla, Madrid, Gredos, 2000.
- QUINTANA ROLDÁN, Carlos y SABIDO PENICHE, Norma, *Derechos Humanos*, México, Porrúa, 1998.
- ROJAS AMANDI, Víctor Manuel, *Argumentación Jurídica*, Oxford, México, 2010. VIEHWEG, Theodor, *Tópica y filosofía del Derecho*. Barcelona, Gedisa, 1997.

LEGISGRAFÍA

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México. Código Penal para el Estado de México.
- Código de Procedimientos Penales para el Estado de México.
- Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
- Ley de Ejecución de Penas Privativas y Restrictivas de la Libertad del Estado de México.
- Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Ley de Normas Mínimas sobre Readaptación Social.
- Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de México. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Reglamento Interno de la Comisión Nacional de Derechos Humanos.
- Reglamento Interior de los Juzgados de Ejecución de Sentencias.
- Reglamento de los Centros Preventivos y de Readaptación Social del Estado de México.
- Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.
- SCJN. Compilación de Instrumentos Internacionales sobre protección de la persona, aplicables en México. Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

HEMEROGRAFÍA

Revista de Posgrado en Derecho de la UNAM, México, UNAM.

CIBERGRAFÍA

Carbonell, Miguel, La reforma constitucional en materia de Derechos Humanos: principales novedades, [en línea], México, 06/09/2012, [citado 01/04/2013], formato html, disponible en internet en: <http://www.miguelcarbonell.com/articulos/novedades.shtml>

LA POLÍTICA CRIMINAL EN EL TRATAMIENTO A MIEMBROS DEL SISTEMA NACIONAL DE SEGURIDAD PÚBLICA

MTRO. DAVID ALEJANDRO PARADA SÁNCHEZ ¹

Resumen

El presente trabajo es un estudio de análisis que tiene como objetivo indagar la validez y eficacia de las medidas especiales para miembros de instituciones policiales que han sido incorporadas a nivel constitucional, como una política criminal para prevenir y combatir el delito y la corrupción en las instituciones vinculadas a la prevención, investigación y persecución del delito. Se realizará un estudio deductivo desde premisas fundamentales en la que la seguridad pública de las personas se ve en juego con la función policiaca, clave para la prevención e investigación del delito, con el objeto de proponer medidas eficaces, pero menos lesivas para los miembros de las instituciones policiales. Se trata de un estudio inductivo con un alcance descriptivo de corte transaccional en el que se realiza un análisis hermenéutico crítico, identificando la validez de la norma sustancial y su eficacia para la política criminal.

Palabras clave

Instituciones policiales, política criminal, prevención del delito, procedimiento sancionatorio, seguridad pública, validez sustancial de la norma.

Sumario: I. Introducción. II. La Política Criminal ante la prevención del delito. III. Miembros del Sistema Nacional de Seguridad Pública.

¹ Maestro en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, en su sede Facultad de Estudios Superiores Acatlán.

IV. Artículo 123, B), fracción XIII para prevenir el delito. V. Derechos fundamentales restringidos. VI. Propuesta para salvaguardar la política criminal y los derechos fundamentales. VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho siempre se irá adaptando a la realidad social, económica, política y social de un grupo determinado en un momento determinado. Será el Estado por conducto del gobierno que tendrá el deber de aplicar el Derecho para los múltiples factores deseables como la paz social, resolver conflictos o imponer un orden.

La manera eficaz de aplicar este Derecho será a través de la norma jurídica cuya practicidad se verá a través de la política pública. La política pública surge como una serie de medidas y estrategias aplicadas por el Estado para lograr un cometido específico. Y es justo aquí donde encontramos a la política criminal, como una faceta de la política pública con un cometido especial, establecer las medidas necesarias para dar soluciones al fenómeno social del delito.

Para mejor comprender la importancia que tiene la política criminal en la sociedad, diremos que ésta coparte como sustrato base, el de ser una política pública referida a un ámbito determinado del conflicto social y opera cuando el Estado decide como alternativa otorgarle al fenómeno específico la categoría de delito y a la persona que lo comete, la calificación de delincuente.²

En los diversos cometidos de la política criminal está la prevención del delito, el cual es un tema basto, ya que la prevención del delito tiene diversos enfoques y aplicaciones desde el punto de vista de qué delito se pretende prevenir o inhibir, en qué grupo social se debe

² Juárez Bribiesca, Armando y MEDINA RAMÍREZ, Marco Antonio. "Política Criminal (México y Chile)," *Reforma Judicial, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, México, número 18, Julio Diciembre 2011, p. 168. Consultado en <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/ReformaJudicial/18/jec/jec8.pdf>

aplicar medidas especiales, cuáles serán los efectos mediatos e inmediatos que se desean producir para prevenir cierta conducta delictiva; y así, al ir definiendo la finalidad la medida preventiva necesariamente va mutando, es decir, se va configurando y adaptando a las necesidades y finalidad pretendida.

La política criminal no puede ser rígida e inmutable, por el contrario, debe ser flexible para adoptar las formas necesarias para enfrentar ciertos fenómenos sociales que pongan en riesgo a la colectividad por su vulnerabilidad ante el delito. Lo cierto es que su finalidad es la que debe ser fija, en el presente caso, la prevención y sanción del delito. Todas las medidas adoptadas ciertamente serán el medio para llegar a ese fin.

La política criminal es de interés público, porque como miembros de una colectividad tenemos el interés de no ser víctima de un delito, nos consideramos legitimados para exigir que vivamos con la tranquilidad de no ser mermados en nuestra esfera jurídica por hechos ilícitos, exigimos que se investiguen los delitos y que se sancione a los responsables que han roto con el orden social.

La prevención y sanción del delito han sido interiorizadas por los miembros de la sociedad desde las primeras organizaciones sociales. Es un tema que a toda persona le interesa y le preocupa, obviamente el Estado debe cargar con ese deber de atender las necesidades y exigencias colectivas. Y es justo la norma jurídica la herramienta formal para satisfacer esta necesidad, de entre las innumerables que la sociedad tiene.

Las estrategias de la política criminal se verán reflejadas en la norma jurídica, ya sea derivado de un proceso legislativo o de un procedimiento administrativo de alguno de los órdenes de gobierno: federal, local o municipal, como lo son los reglamentos, acuerdos, decretos o circulares enfocados al fenómeno criminal, en lo que nos interesa, para prevenir e investigar el delito.

Pero en la creación de la norma jurídica no podemos dejar a un lado el Derecho, es decir, los principios fundamentales que conforman el Derecho, puesto que el Derecho no es la norma jurídica, ni la norma jurídica será el Derecho. El Derecho no es una serie de reglas, sanciones y consecuencias; el Derecho va más allá, porque se conforma de un conjunto de principios fundamentales, que reconoce y descubre, a los cuales los ordenamientos jurídicos deben adecuarse. Por lo tanto, el Derecho no se trata tan sólo de un conjunto de normas jurídicas.

Así, la política criminal necesariamente debe construirse a la luz de los principios fundamentales que ha reconocido el Derecho, puesto que esos principios, también responden a los intereses de la colectividad, como es la igualdad, la libertad, la dignidad, la privacidad, el no ser molestado arbitrariamente, por solo dar un cuantos ejemplos.

Incluso, la propia política criminal justifica su creación y necesidad en los propios principios fundamentales que postula el Derecho, porque la seguridad pública, deviene de la seguridad personal, que a su vez, deriva de principios de derecho a la vida, la igualdad y la dignidad; entonces, el máximo fin de la política criminal será garantizar el goce de esos derechos fundamentales que forman parte de los principios que en el ámbito del Derecho se han postulado.

La política criminal debe ser construida dentro de los parámetros establecidos por el Derecho, es decir, todas las estrategias adoptadas por la política criminal y que se reflejan formalmente, deben ser armoniosas con los principios fundamentales que más adelante se tratara de explicar.

Justo sobre ese tema será analizado el artículo 123, apartado B), fracción XIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, puesto que refleja una clara estrategia de política criminal, que con el objeto de prevenir e investigar el delito, se crean medidas extremas que quizá no respondan directamente a la necesidad e in-

tereses de la colectividad, que quizá no sea eficaz para atender el fin que discursivamente persigue y que quizá se aleja de los principios fundamentales.

Sostenidos estos tres supuestos, se asumirá el atrevimiento de formular propuestas que permitan equilibrar la política criminal aplicada a los miembros de instituciones policiales y los derechos fundamentales de dichos elementos.

II. LA POLÍTICA CRIMINAL ANTE LA PREVENCIÓN DEL DELITO.

La política criminal tiene como objeto primordial el fenómeno del delito, desde un punto de vista integral. Es decir, concibe el delito desde los factores económicos, políticos, sociales y culturales, a fin de que se vea reflejado en la política pública de un país, y claro, en la norma jurídica. Por lo tanto, la política criminal no puede alejarse del contexto en que se encuentra una sociedad específica. “La vinculación al Derecho y la utilidad político- criminal no pueden contradecirse, sino que tienen que compaginarse en una síntesis, del mismo modo que el Estado de Derecho y el estado social no forman en verdad contrastes irreconciliables, sino una unidad dialéctica.”³

La política criminal va desde cómo prevenir el delito, reprimirlo y sancionarlo, es decir, define el contenido de la norma jurídica para hacer frente al fenómeno delincuencia. La vemos reflejada en el contenido de las Leyes de Seguridad Pública, el Código Penal, Códigos de Procedimientos Penales, Leyes de Ejecución de Penas, e incluso, en las Leyes Especiales para afrontar ciertos Delitos como el Lavado de Dinero o el Secuestro.

Esta disciplina no sólo debe ser reactiva, sino también preventiva, es decir, debe velar porque prevalezca la baja o nula incidencia del delito, y en el caso de que haya sido materializada la conducta de-

³ Roxin, Claus, *Política Criminal y sistema del derecho penal*, 2ª. ed., Argentina, Clases de Derecho Penal, 2002, p. 51.

lictiva, entonces establecer los mecanismos de sanción para inhibir el delito. Podríamos decir que la política criminal es el:

Conjunto de medidas y criterios de carácter jurídico, social, educativo, económico y de índole similar, establecidos por los poderes públicos para prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal, con el fin de mantener bajo límites tolerables los índices de criminalidad de una determinada sociedad”⁴

La política criminal es una extensión de la política pública, pero enfocado al delito, porque el delito en sí mismo es un problema social y la política pública tiene el fin de atender los problemas sociales. Así que la política criminal al irse construyendo y definiendo, reflejará la carga política e ideológica imperante en el Estado que será aplicada, lo que la hace ser evolutiva y dinámica.

“Una política pública implica el establecimiento de una o más estrategias orientadas a la resolución de problemas públicos así como a la obtención de mayores niveles de bienestar social resultantes de procesos decisionales tomados a través de la coparticipación de gobierno y sociedad civil, en donde se establecen medios, agentes y fines de las acciones a seguir para la obtención de los objetivos señalados.”⁵

La política criminal es el resultado homogéneo del derecho penal y el administrativo, por su vinculación con la política pública. Justo

⁴ Borja Jiménez, Emiliano, *Curso de Política Criminal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003, pp. 22 y 23.

⁵ González Tachiquin, Marcelo, *El Estudio de las políticas públicas: un acercamiento a la disciplina*, México, Quid Iuris, año 1, volumen 2, 2005, p. 110. Consultado en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/2/cnt/cnt6.pdf>

por ello, el Derecho Penal le da parámetros a la política criminal, sobre los que se debe construir. Roxin, establece tres tesis que deben considerarse por la política criminal en la determinación de medidas:

- *Las penas no son de ninguna manera un medio adecuado para luchar contra la criminalidad.* Se sustenta que la pena es una consecuencia del delito, por lo tanto, primero se comete el delito y después se impone la pena, si no ocurre así la pena no sería impuesta. Y si se parte de la aseveración que la pena genera inmediatamente una inhibición para cometer el delito, tampoco sería suficiente para cuestionar esta tesis, porque una pena más grave no podría inhibir a una persona con problemas mentales, a la delincuencia organizada o a una persona con deficientes valores sociales.
- *Las penas privativas de libertad son además un medio particularmente problemático en la lucha contra la criminalidad:* en este punto Roxin destaca que las penas mientras más agresivas generan mayores dificultades sociales porque el sujeto es sustraído de la sociedad lo cual lo disocializa, personales al condenado porque su vida se ve interrumpida en su normalidad, lo cual dificulta educarlo; además que el sujeto se contamina al convivir con otros delincuentes y por último, económicos porque el Estado debe erogar mayores gastos para la manutención del sistema penitenciario.
- *La prevención es más efectiva que la pena.* “Debido a la restringida eficacia de la pena, también, a su nocividad, se debe dedicar mayor atención a la prevención del delito a través de medios de política social, policíacos, legislativos y técnicos.”⁶

Y justo aquí llegamos al punto crítico sobre el cual descansa este texto. La política criminal debe dar una mayor carga a la

⁶ *Op. cit.* Roxin, p. 94.

prevención del delito, evidentemente sin descuidar el tema de penas y delitos. Pero lo preferible es disminuir la incidencia del delito, puesto que sólo así se evitará que la esfera jurídica de los gobernados sea mermada por las conductas delictivas de sus congéneres.

El problema delictivo es un problema tan complejo que sería casi imposible establecer casuísticamente cuáles son las causas o razones por las cuales son cometidos los delitos. Por lo que esta labor que tiene el Estado y la sociedad se vuelve titánica. Podríamos enumerar aspectos sociales, económicos, familiares, escolares, mentales y una infinidad más de tópicos que incidieron en la persona para decidir cometer un delito. Y por cada uno de esos factores asumir medidas de política criminal específicas que incluso tendrían que ir de la mano con otras medidas de índole pública.

Aquí el tema que nos concierne son las instituciones policiales como parte de la política criminal para prevenir el delito. Veamos que la actividad policiaca no atiende a que una persona se abstenga de cometer un delito, sino a tres momentos: evitar que la persona determinada a cometer un delito no lo consuma; que sea descubierta la persona justo en el momento de ejecución del delito y que la persona sea descubierta inmediatamente después de haberlo cometido. Y de esta forma se garantiza la seguridad personal y pública.

A decir de Roxin la mejor estrategia para la prevención del delito es el *buen control policial*, lo cual explica en cuanto a los efectos que provocan una institución policial consolidada:

En contra de la suposición de nuestro legislador, la dureza de la amenaza penal casi no tiene efectos de intimidación; porque la regla es que el autor en realidad sólo perpetúa su acto cuando piensa que no será detenido. Entonces la amenaza penal puede ser indiferente para él. Pero cuando el riesgo de ser descubierto se eleva, el potencial delincuente abandona el delito en su propio interés. Por consiguiente, el dinero que se invierte en la construcción

de nuevas prisiones mejor se debería gastar en promover la eficiencia de la policía [...] Por consiguiente la policía debería ser un medio de servicio que ofrezca al pueblo protección y ayuda.⁷

Por lo tanto, la eficacia de las instituciones policiales para prevenir el delito, es un tema que requiere de gran atención para la política criminal, porque es un medio para abatir la delincuencia en ese preciso momento cuando la persona ha tomado la decisión de delinquir. Ya sea que se inhíba por la notoria labor policiaca, o bien, que sea descubierto en su delictuoso actuar.

III. MIEMBROS DEL SISTEMA NACIONAL DE SEGURIDAD PÚBLICA

Previamente nos referimos a la actividad policiaca y a las instituciones policiales, por lo que resulta necesario darle alcance a ese concepto para efectos del presente estudio. Se tomará como referencia la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública (LGSNSP). En el artículo 5°, se definen tres tipos de instituciones que conforman el Sistema nacional de Seguridad Pública, de las que nos interesa el tratamiento que reciben sus elementos personales.

- I. *Instituciones de Seguridad Pública*: a las Instituciones Policiales, de Procuración de Justicia, del Sistema Penitenciario y dependencias encargadas de la Seguridad Pública a nivel federal, local y municipal;
- II. *Instituciones de Procuración de Justicia*: a las Instituciones de la Federación y entidades federativas que integran al Ministerio Público, los servicios periciales y demás auxiliares de aquél;

⁷ Op. cit., Roxin, p. 97 y 98.

III. *Instituciones Policiales*: a los cuerpos de policía, de vigilancia y custodia de los establecimientos penitenciarios, de detención preventiva, o de centros de arraigos; y en general, todas las dependencias encargadas de la seguridad pública a nivel federal, local y municipal, que realicen funciones similares;

Las anteriores instituciones, esto es, Instituciones de Seguridad Pública, Procuración de Justicia e Instituciones Policiales se encuentran vinculadas con la prevención, persecución e investigación del delito. Cabe destacar que entre las instituciones policiales y las instituciones de seguridad pública no pareciere que hubiere alguna diferencia sustancial, pero sí por cuanto hace a la Institución de Procuración de Justicia, puesto que no se habla propiamente de policías. Ya que se señala Ministerios Públicos, servicios periciales y demás auxiliares. Justo en los auxiliares podemos localizar a la policía ministerial.

Para efectos de este análisis es importante reiterar que al referirnos a Instituciones Policiales o Instituciones del Sistema Nacional de Seguridad Pública, abarcamos a estas definiciones que nos aporta la ley, incluyendo Ministerios Públicos y peritos.

Las Instituciones Policiales tienen una delicada función dentro del orden jurídico, por lo tanto, su actuar debe ser pulcro tendiente a la excelencia y a proporcionar un gran servicio a la sociedad, incluso al punto de poner en riesgo su propia vida, puesto que eso es lo que la sociedad espera de ellos: velar por la seguridad personal de cada persona como prioridad máxima. En aras de alcanzar esa excelencia, es que al actuar se debe regir por ciertos valores y principios que en el artículo 6° de la LGSNSP especifica: “principios de legalidad, objetividad, eficiencia, honradez, y respeto a los derechos humanos reconocidos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.”

Por lo tanto, el policía siempre deberá actuar con estricto apego a la norma jurídica, bajo un criterio correcto conforme a las exigencias sociales, culturales y jurídicas imperantes. Con eficiencia, es decir, que los métodos y procesos sean los idóneos para alcanzar los objetivos y finalidades señalados en ley, en este caso, la seguridad personal de las personas y la seguridad pública. Finalmente la honradez como valor axiológico sobre el cual deberá basar su actuar, apegándose a lo correcto conforme a un ejercicio de raciocinio que lo guíe a una conducta recta, ética y moralmente aceptada. Efectivamente está sujeto a criterios de valoración.

Los principios de actuación de los elementos policiales son abiertos, es decir, no establece como deberá actuarse en cada momento específico, pues ello sería un error legislativo que generaría una serie de complicaciones en la aplicación de la propia norma. Por lo tanto, cada elemento policiaco deberá determinar su actuar en cada momento específico. Por eso es necesario una adecuada capacitación que les aporte los elementos necesarios para que las decisiones asumidas sean las esperadas, es decir, que cada conducta al ser sometida a un ejercicio de valoración sea válida.

Esa construcción deriva de la propia política criminal, es decir, dotar a los agentes de seguridad pública con una libertad de decisión para actuar de manera adecuada en cada caso en concreto, para así lograr el fin pretendido, que es la prevención del delito como política criminal.

IV. ARTÍCULO 123, B), FRACCIÓN XIII PARA PREVENIR EL DELITO.

La seguridad pública al igual que toda política criminal está sujeta a evaluaciones y resultados. En el Estado mexicano el fenómeno del delito ha sido un problema en crecimiento y del que se ha tratado identificar los factores que han dado lugar a ese fenómeno. Uno de

esos factores que el legislador ha considerado, es la ineficacia de las instituciones policiales.

Así que para preservar los principios de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia y con la incorporación de nuevo modelo de justicia penal, fue que el legislador determinó tomar medidas dirigidas a los elementos policiacos. La finalidad que marcó el legislador fue contar con una policía profesional y honesta, es decir, “la intención de contar con agentes ministeriales y policías eficientes, honestos y confiables, que puedan combatir de forma profesional, ética y efectiva la delincuencia”.⁸

Para ello, fue que desde el 3 de marzo de 1999 el artículo 123, B, XIII, fue reformado para que en el caso de que un miembro de alguna institución policial fuera separado o removido del cargo, bajo ninguna circunstancia pudiera ser reinstalado. Es decir, que a pesar de que lograra una invalidez del acto por el cual fue separado de la institución, o que lograra se declarara la ilegalidad de ese acto, no podía ser reinstalado. Sin embargo, los tribunales federales emitieron criterios que dieron revés a esa disposición normativa y los miembros de las instituciones policiales comenzaron a ser reinstalados.⁹

Pero con motivo de la reforma penal de 18 de junio de 2008, la situación de los policías retomó relevancia, por lo que el legislador trajo a discusión las circunstancias de los miembros policiacos y argumentó la necesidad de que no pudieran ser reinstalados, al considerar que esta medida es adecuada para lograr una depuración de “malos elementos”.

⁸ Reforma Constitucional en materia de Justicia Penal y Seguridad Pública (proceso legislativo), Cuaderno de Apoyo, Secretaria de Servicios Parlamentarios, México, junio, 2008, p.48. Consultado en <http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/archivo/SAD-07-08.pdf>

⁹ 2a. CXCVII/2001, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Localización, Novena Época, Tomo XIV, Octubre de 2001, p. 430.

Ante ello, la intención de la presente reforma a la fracción XIII del Apartado B, del artículo 123, es determinar que en caso de incumplir con las leyes que establezcan las reglas de permanencia o al incurrir en responsabilidad en el desempeño de sus funciones, los agentes del ministerio público, los peritos, y los miembros de las instituciones policiales de la federación, el Distrito Federal, los estados y los municipios serán separados o removidos de su cargo sin que proceda, bajo ningún supuesto, la reinstalación o restitución en sus cargos. Esto es, que aún y cuando el servidor público interponga un medio de defensa en contra de su remoción, cese o separación, y lograra obtener una sentencia favorable, tanto por vicios en el procedimiento que propicien la reposición del procedimiento como por una resolución de fondo, el Estado podrá no reinstalarlo.¹⁰

La anterior medida se consideró como parte de una política criminal para combatir la corrupción en las instituciones policiales y de procuración de justicia. E incluso se afirmó que con la reforma se lograba un equilibrio entre la necesidad de mantener un servicio de carrera, y, el “imperativo de contar con mecanismos eficientes de depuración de los elementos que se apartan de los principios de ética y ensucian y dañan a las instituciones.”¹¹

Con esta reforma definitivamente se logró crear la imposibilidad de que los miembros de las instituciones de seguridad y procuración de justicia fueran reinstalados, a pesar de demostrar que no incurrieron en conducta ilegal alguna. Los Tribunales Federales a pesar se vieron en el imperativo de ajustarse a la reforma y confirmar dicho criterio. Así lo hizo la Suprema Corte de Justicia de la Nación, argumentando lo siguiente:

¹⁰ *Idem.*

¹¹ *Idem*

SEGURIDAD PÚBLICA. LA PROHIBICIÓN DE REINSTALAR EN SU CARGO A LOS MIEMBROS DE LAS INSTITUCIONES POLICIALES, PREVISTA POR EL ARTÍCULO 123, APARTADO B, FRACCIÓN XIII, DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA, REFORMADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 18 DE JUNIO DE 2008, ES APLICABLE EN TODOS LOS CASOS, INDEPENDIEMENTE DE LA RAZÓN QUE MOTIVÓ EL CESE. Del citado precepto constitucional se advierte que los miembros de las instituciones policiales podrán ser separados de sus cargos si no cumplen con los requisitos de permanencia o si incurren en responsabilidad, con la expresa previsión de que si la autoridad resolviera que la separación, remoción, baja, cese o cualquier otra forma de terminación del servicio fue injustificada, el Estado sólo está obligado a pagar la indemnización y demás prestaciones a que tengan derecho, sin que en ningún caso proceda su reincorporación, cualquiera que sea el resultado del juicio o medio de defensa que se hubiere promovido. De lo anterior se sigue que a partir de la aludida reforma la prohibición de reincorporación es absoluta, lo que se corrobora con el análisis del proceso relativo del que deriva que el Constituyente Permanente privilegió el interés general por el combate a la corrupción y la seguridad por encima de la afectación que pudiere sufrir el agraviado la que, en su caso, se compensaría con el pago de la indemnización respectiva, por lo que independientemente de la razón del cese tiene preferencia la decisión del Constituyente de impedir que los miembros de las corporaciones policíacas que hubiesen causado baja se reincorporen al servicio.¹²

¹² 2a./J. 103/2010, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXII, Julio de 2010, p. 310.

Debemos poner mucha atención en la interpretación teleológica utilizada por la Corte, estableciendo que la finalidad de esa reforma fue privilegiar el interés general por el combate a la corrupción y la seguridad, frente al derecho de reinstalación del agente de seguridad pública; teniendo sólo derecho a una indemnización. Así que, ante todo, el servidor público bajo ninguna circunstancia puede ser reinstalado. De este modo, fue que se implementó esa medida como parte de la política criminal para prevenir el delito dándole más eficacia a los cuerpos policiacos y de procuración de justicia.

V. DERECHOS FUNDAMENTALES RESTRINGIDOS

Del precepto legal aludido y la jurisprudencia 2a./J. 103/2010, se aplica una política criminal que en aras de salvaguardar la seguridad pública y la prevención del delito se restringen los derechos fundamentales de los miembros de la corporaciones de seguridad pública de seguridad jurídica, legalidad y acceso a un servicio de impartición de justicia completo e imparcial, contenidos en los artículos 14 y 17 en su segundo párrafo, y 16, primer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Recordemos que el artículo 1° Constitucional en los Estados Unidos Mexicanos, ordena que todas las autoridades deben respetar, proteger, garantizar y promover los derechos humanos, previstos en la Constitución y Tratados Internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte; dándoseles en todo tiempo una interpretación conforme a la mayor protección y beneficio para el respeto a los derechos humanos. No obstante, podrán limitarse cuando expresamente lo señale la misma Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Bajo esta premisa, procederemos a analizar los derechos fundamentales que son restringidos con esa hipótesis constitucional, para posteriormente considerar si la restricción puede considerarse válida.

Acceso a la Justicia

En el caso del derecho de acceso a la justicia, el gobierno mexicano tiene la obligación de establecer los mecanismos de defensa necesarios por los cuales los gobernados puedan reclamar el respeto a sus derechos fundamentales, cuando éstos se ven quebrantados; para que sean reestablecidos o reparados sus derechos.

Al hablar de acceso a la justicia, es imprescindible considerar la seguridad jurídica y la legalidad como derecho fundamental y garantía, respectivamente, que establecen como principio que nadie puede ser privado de sus derechos si no es mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos y por medio de las normas vigentes expedidas con anterioridad al hecho; a su vez, dicho acto de autoridad debe estar fundado y motivado, estableciendo los preceptos legales aplicables al caso, así como, las causas de su proceder.

Conforme a estos principios, todo servidor público, incluyendo agentes de seguridad pública, gozan de todos los derechos fundamentales que como seres humanos reconoce la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Entonces, si la separación del cargo o destitución es un acto privativo y de molestia, debe estar fundada y motivada, emitida por autoridad competente en el que explique las causas o motivos de la separación del cargo, así como, señalar los preceptos legales que sustenten su decisión. De no cumplirse con estos extremos la causa de la separación sería ilegal.

Si un servidor público es ilegalmente separado del cargo, sea porque la resolución es inválida o porque no es responsable de la causa de la separación invocada por la autoridad; necesariamente debería ser reincorporado al puesto que ocupaba antes de que fuera separado. Lógicamente porque dicha medida se considera, en ese contexto, arbitraria e inválida.

No obstante, el artículo 123, apartado B), fracción XIII, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

y la jurisprudencia 2a./J. 103/2010, prohíbe lo anterior, impidiendo que el miembro de la institución policiaca pueda ser reincorporado a su empleo, a pesar de que la separación del cargo haya sido injustificada o ilegal.

Presunción de Inocencia

Otro derecho fundamental que es excluido es la presunción de inocencia que está previsto en el artículo 20, apartado B), fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 8.2 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, que señalan:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

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

Declaración Universal de los Derechos Humanos

Artículo 11.1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.

Es insoslayable que la presunción de inocencia se prevé para los casos criminales y de delitos; sin embargo ello no es ninguna limitante para atraer ese principio a la materia de sanciones en materia administrativa y cualquier otra identificada con infracciones, a la luz del principio pro *homine* y una interpretación conforme; además de que la progresividad e interdependencia de los derechos humanos fundamentales así lo apuntalan. Incluso, así lo ha sostenido la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

En ese sentido, el principio de presunción de inocencia es aplicable al procedimiento administrativo sancionador -con matices o modulaciones, según el caso- debido a su naturaleza gravosa, por la calidad de inocente de la persona que debe reconocérsele en todo procedimiento de cuyo resultado pudiera surgir una pena o sanción cuya consecuencia procesal, entre otras, es desplazar la carga de la prueba a la autoridad, en atención al derecho al debido proceso.¹³

Entonces, nadie puede sancionado por haber infraccionado la norma jurídica, sino hasta que se haya demostrado su responsabilidad. En consecuencia, si una persona es acusada por haber cometido una infracción a la ley y posteriormente el acto por el cual se declaró responsable queda sin efectos, necesariamente deberá prevalecer su inocencia y por lo tanto no se le deberá aplicar sanción alguna. Ello es armónico con la estructura de la norma jurídica.

Incluso, debemos considerar los principios establecidos en la Ley General de Responsabilidades Administrativas, publicada el 18 de julio de 2016, reconociendo principios que deben regir el procedimiento de responsabilidad y entre ellos, en su artículo 111, ubicamos

¹³ P./J. 43/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 7, Junio de 2014, Tomo I, p.41.

el principio de presunción de inocencia. Por lo tanto, este principio debería ser respetado de manera absoluto y no de manera selectiva.

Entonces un policía podrá ser separado de su cargo siempre y cuando se cumplan alguna de las hipótesis previstas en la ley para ello; es decir, que se le demuestre que incumplió con alguna norma, para que le sea aplicada la sanción consistente en su separación del cargo. En sentido contrario, si al policía no se le demuestra que ha incumplido con la norma, bajo el principio de inocencia no se le podría separar del cargo.

DIGNIDAD

La dignidad es un derecho humano, por el cual el gobernado tiene una expectativa positiva de protección del mismo, así como una expectativa negativa de no violación y reparación del mismo. La dignidad humana “es el rasgo distintivo de los seres humanos respeto de los seres vivos, la que constituye a la persona como un fin en sí mismo, impidiendo que sea considerada un instrumento o medio para otro fin, además de dotarlo de capacidad de autodeterminación y de realización del libre desarrollo de la personalidad.”¹⁴

En la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), artículo 11, precisa:

Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

¹⁴ Nogueira Alcalá, Humberto, *La interpretación constitucional de los derechos humanos*, Lima, Perú, Ediciones Legales, 2009, pp. 11 y 14.

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

La dignidad humana es un derecho complejo resultado de la armoniosa vinculación entre todos los derechos humanos como consecuencia de su interdependencia; con el fin de que al ser humano se le permita desarrollarse de acuerdo a su propia naturaleza. Así que la autoridad no puede llevar a cabo acto alguno que disminuya al ser humano en su dignidad, porque ello implicaría limitarlo en su naturaleza como ser humano.

El precepto constitucional y la jurisprudencia que deriva del mismo violentan la dignidad porque se aplica una sanción y una prohibición que únicamente debería ser aplicada a aquellos servidores públicos corruptos; y no así a agentes policiacos en los que subsiste la presunción de inocencia. La limitación constitucional da un tratamiento como si de un delincuente se tratara. Públicamente se genera deshonra ya que ante la opinión pública es una persona imposibilitada de ejercer un cargo en la seguridad pública porque no es digna de confianza, a pesar de no habersele demostrado que sea una persona deshonesto.

Al agente policiaco se le deshumaniza ya que se le considera indeseable para desarrollarse como agente policiaco, sin existir un motivo válido para ello; incluso se le cosifica para convertirlo en un medio para “combatir la corrupción”, sin embargo no es válido que un ser humano sea categorizado como un medio para un fin distinto a él mismo, en este caso abatir la corrupción para salvaguardar la seguridad pública, cuando no se ha demostrado que sea una persona corrupta o que haya incumplido con algún ordenamiento legal, considerando que el problema de la inseguridad pública es multifactorial.

Esa prohibición trata a la persona como ser irascible, incapaz de autodeterminarse y decidir vivir con honestidad; se le categoriza como una persona perniciosa que por su simple humanidad es corrupta y por ello se le prohíbe reintegrarse a sus funciones como agente de seguridad pública. Se le trata como si fuera el origen de la corrupción e inseguridad pública, un ente pervertido que pone en peligro a la sociedad y la seguridad pública, por una presunción derivada de haber sido injustificadamente separado del cargo.

IGUALDAD

También el derecho fundamental de igualdad y no discriminación, previsto en el artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 24 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, es excluido con la previsión constitucional aludida. En la Declaración Universal de los Derechos Humanos, establece:

Artículo 7. Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

Todo ser humano debe ser tratado igual por la ley; en consecuencia el Estado debe darle un tratamiento exacto a todos los seres humanos. Lo cual se traduce, en que todo ser humano debe gozar de la misma protección por la ley, sin excepción alguna.

El artículo 123, apartado B), fracción XIII, en su segundo párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la jurisprudencia 2a./J. 103/2010, llevan a cabo una distinción en la cual se limita la protección de la ley, al señalar que los policías no

tendrán derecho a ser restituidos en el cargo que venían ocupando, a pesar de haber sido injustificada la causa de separación.

Por exclusión, toda persona que ejerza un cargo público y no se encuentre dentro de los descritos en las referidas fuentes de ley, tendrá derecho a ser restituida en su cargo. Es clara la distinción y el trato diferente que reciben los miembros de corporaciones policíacas; porque limita los efectos de protección, restitución y reparación en sus derechos violados. Ese trato, resulta en una discriminación injustificada, puesto que la medida no es la idónea para satisfacer el interés público del combate al crimen.

Conforme a los preceptos aludidos, todo acto de discriminación está prohibido. No se soslaya que la discriminación cuando persigue el fin de satisfacer el interés público se puede calificar de aceptable. Sin embargo, para arribar a esa conclusión, se debe cumplir con los parámetros que marca la jurisprudencia titulada IGUALDAD. CRITERIOS QUE DEBEN OBSERVARSE EN EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS QUE SE ESTIMAN VIOLATORIAS DE DICHA GARANTÍA.¹⁵ Además, sobre este mismo esquema se analizará la invalidez de la medida. Los mismos consisten en:

- Elegir el término de comparación apropiado, que permita comparar a los sujetos desde un determinado punto de vista y, con base en éste, establecer si se encuentran o no en una situación de igualdad respecto de otros individuos sujetos a diverso régimen y si el trato que se les da, con base en el propio término de comparación, es diferente.
- Debe determinarse si la diferenciación persigue una finalidad constitucionalmente válida.

¹⁵ 2a./J. 42/2010, Segunda Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Novena Época, t. XXXI, Abril de 2010, p. 427.

- Que la diferenciación cuestionada sea adecuada para el logro del fin legítimo buscado; es decir, que la medida sea capaz de causar su objetivo,
- Finalmente, debe determinarse si la medida legislativa de que se trate resulta proporcional, es decir, si guarda una relación razonable con el fin que se procura alcanzar, lo que supone una ponderación entre sus ventajas y desventajas, a efecto de comprobar que los perjuicios ocasionados por el trato diferenciado no sean desproporcionados con respecto a los objetivos perseguidos.

Conforme a los anteriores puntos, procede verificar si realmente existe una desigualdad entre estos sujetos para ser tratados como tal, a fin de sostener el trato discriminatorio que da el precepto constitucional aludido, así como la validez y eficacia de la restricción constitucional analizada.

El punto de comparación es respecto de las garantías de protección y reparación que prevé la norma constitucional entre los servidores públicos vinculados a la seguridad pública, persecución e investigación de delitos; respecto de los servidores públicos que no se vinculan a esas funciones. Los primeros al lograrse la nulidad del acto de separación del cargo no pueden ser restituidos en el empleo que venían desarrollando; en cambio, los segundos en el mismo contexto podrán y deberán ser restituidos en su cargo. Así es como se vislumbra los puntos de comparación y el trato desigual que se genera en cada caso.

Resulta evidente, que la finalidad constitucional es dar eficiencia y eficacia a la seguridad pública, la persecución, investigación y sanción de las personas que han cometido algún delito. Con esta medida, el legislador ha visto una forma idónea por la cual:

...privilegió el interés general por el combate a la corrupción y la seguridad por encima de la afectación que pudiere sufrir el agraviado la que, en su caso, se compensaría con el pago de la indemnización respectiva, por lo que independientemente de la razón del cese tiene preferencia la decisión del Constituyente de impedir que los miembros de las corporaciones policiacas que hubiesen causado baja se reincorporen al servicio...¹⁶

Es decir, que la finalidad de este trato desigualitario es para combatir la corrupción, al considerarse de interés general, más bien dicho de interés público. La finalidad de combatir la corrupción es totalmente válida, puesto que es de interés de cada uno de sus gobernados que los miembros del Estado ejerzan sus funciones de manera honesta. Por ello, el combate a la corrupción se vuelve necesario. Así que la finalidad es totalmente válida, sin embargo, es menester analizar si el trato desigualitario es un medio idóneo y eficaz para atender ese problema.

Para combatir la corrupción, necesariamente se deben excluir todos aquellos servidores públicos que han actuado en el ejercicio de sus funciones deshonestamente o contra la ley. Sin embargo, ese problema no puede ser atendido, disminuido o inhibido a través de imposibilitar la reintegración a su puesto de agentes policiacos a los que no se les ha demostrado ser deshonestos o responsables de conductas ilícitas. Es decir, imposibilitar la reintegración a sus funciones a agentes de seguridad pública “inocentes”, no es un medio idóneo, ni eficaz para el “combate a la corrupción”, pues no se ha demostrado que sean policías corruptos, prevaleciendo así la presunción de inocencia.

Finalmente, la medida establecida por el constituyente no es proporcional, porque el fin que se persigue no será alcanzado a través de una prohibición de reincorporar a su empleo a agentes de

¹⁶ Fragmento de la jurisprudencia 2a./J. 103/2010.

seguridad de pública, al no ser un medio eficaz para cumplir con la finalidad. Al contrario, los agentes de seguridad pública se ven mercados en sus derechos fundamentales de igualdad, indemnización, restitución y reparación en el derecho violado, legalidad, seguridad jurídica, acceso a la impartición de justicia, libertad de dedicarse al empleo que desee y su dignidad como ser humano.

Bajo el pretexto de salvaguardar la seguridad pública, sin embargo esa violación sistemática de derechos fundamentales no se justifica por no ser el medio adecuado para el fin pretendido, resultando en una desproporcionalidad de la desigualdad prevista en la norma constitucional que trasgrede los propios principios constitucionales, y evidentemente el contenido en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el gobierno mexicano.

De este modo, conforme a un juicio de proporcionalidad ese trato desigual resulta intolerable, porque no incide directamente al fin perseguido. En ese sentido la distinción que hace la ley es inconstitucional por generar una discriminación negativa.

IGUALDAD. CUANDO UNA LEY CONTENGA UNA DISTINCIÓN BASADA EN UNA CATEGORÍA SOSPECHOSA, EL JUZGADOR DEBE REALIZAR UN ESCRUTINIO ESTRICTO A LA LUZ DE AQUEL PRINCIPIO.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que cuando una ley **contiene** una distinción basada en una categoría sospechosa, es decir, en alguno de los criterios enunciados en el último párrafo del artículo 1o. constitucional (el origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas), el juzgador debe realizar un escrutinio estricto

to de la medida para examinar su constitucionalidad a la luz del principio de igualdad, puesto que estas distinciones están afectadas de una presunción de inconstitucionalidad. Si bien la Constitución no prohíbe que el legislador utilice categorías sospechosas, el principio de igualdad garantiza que sólo se empleen cuando exista una justificación muy robusta para ello.¹⁷

De lo anterior, se concluye que el artículo 123, apartado B), fracción XIII, en su segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la jurisprudencia 2a./J. 103/2010 y todas las normas secundarias que derivan de éstos, contienen un trato discriminatorio en perjuicio de los agentes de seguridad pública que han sido injustificadamente separados de su cargo.

De ello resulta una restricción injustificada porque a pesar de que el legislador aboga por el interés público que implica la seguridad pública, lo que se hace necesario es sancionar a los servidores públicos corruptos, que han incurrido en ilegalidades, incluso ilícitos. Sin embargo, si no se ha demostrado que el servidor público no es digno de confianza, entonces la sanción se vuelve injustificada e innecesaria. Por otro lado, el interés público no puede avalar arbitrariedades cometidas por el Estado, como lo es dar el tratamiento de culpable a un inocente. Al contrario, es de interés público que el Estado actúe bajo un marco de legalidad y sanciones a los infractores y que por lo menos no provoque afectaciones jurídicas a aquellos miembros del Estado que han cumplido con sus funciones.

Y si bien es una previsión contenida en la Ley Fundamental Mexicana, ello no es motivo para justificar su validez; ya que en nada beneficia al interés público que el Estado arbitrariamente sancione a servidores públicos que no han cometido infracción alguna; aunado

¹⁷ 1a. XCIX/2013 (10a.), Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XIX, Abril de 2013, t. 1, p. 961

a que ello no es una forma eficaz de combatir la corrupción en las instituciones policiacas, para garantizar la seguridad pública.

VI. PROPUESTA PARA SALVAGUARDAR LA POLÍTICA CRIMINAL Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Indiscutiblemente la seguridad pública es un tema de interés público y que necesariamente debe formar parte de la agenda de la política criminal. También es incuestionable que las instituciones policiacas se han ido deteriorando por el fenómeno de la corrupción, lo cual ha repercutido en una deficiente seguridad pública, prevención y persecución del delito. Así que el tema debe ser tratado con sumo interés.

Pero también es importante considerar las medidas eficaces para salvaguardar la seguridad pública, sin que ello signifique sacrificar los derechos fundamentales de los miembros de las corporaciones policiacas. Por lo tanto, se considera que la prohibición contenida en el artículo 123, apartado B, fracción XIII, debe ser reformada en el sentido que ningún miembro de corporación policiaca podrá ser reinstalado una vez que la causa de separación, cese o baja haya quedado debidamente firme.

Por otro lado, establecer la academia para policías, es decir, establecer que para ser miembro de una corporación policiaca se deberá cumplir con la formación de los Programas de Academia que instaure coordinadamente los tres niveles de gobierno.

Así por mandato constitucional se obligaría a instaurar de Academia Policiaca, a fin de que cada elemento policiaco cuente con una amplia preparación física y técnica para fortalecer la seguridad pública. Por lo tanto, se propone que la Academia Policiaca sea instaurada como una política criminal en rango constitucional, porque de este modo se fortalecerá las instituciones policiales, consecuentemente, la seguridad pública.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Curso de Política Criminal*, Valencia, Tirant Lo Blauch, 2003, pp. 22 y 23.
- FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 4ª ed., tr. Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, España, Trotta, 2009.
- GALINDO CAMACHO, Miguel, *Derecho Administrativo*, México, Porrúa, 1995, t. I.
- GALINDO GARFIAS Ignacio, *Las fuentes de las obligaciones, en Teoría del derecho y conceptos dogmáticos*. Serie G Estudios doctrinales No. 101, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1987, pp. 7-21.
- GONZÁLEZ TACHIQUIN, Marcelo, *El Estudio de las políticas públicas: un acercamiento a la disciplina*, México, Quid Iuris, año 1, volumen 2, 2005, p. 110. Consultado en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/2/cnt/cnt6.pdf>
- JUAREZ BRIBIESCA, Armando y MEDINA RAMÍREZ, Marco Antonio. "Política Criminal (México y Chile)," *Reforma Judicial, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, México, número 18, Julio Diciembre 2011, p. 168. Consultado en [http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/Reforma Judicial/18/jec/jec8.pdf](http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/Reforma%20Judicial/18/jec/jec8.pdf)
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *La interpretación constitucional de los derechos humanos*, Lima, Perú, Ediciones Legales, 2009, pp. 11 y 14.
- ROLANDO TAMAYO y Salmorán, El concepto de constitución, en *Teoría del derecho y conceptos dogmáticos*. Serie G Estudios doctrinales No. 101, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Pp. 129-149. Rolando Tamayo y Salmorán, Enrique Cáceres Nieto (coordinadores) (1987). Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/399/7.pdf>

ROXIN, Claus, *Política Criminal y sistema del derecho penal*, 2ª. ed., Argentina, Clases de Derecho Penal, 2002, p. 51.

Reforma Constitucional en materia de Justicia Penal y Seguridad Pública (proceso legislativo), Cuaderno de Apoyo, Secretaria de Servicios Parlamentarios, México, junio, 2008, p.48. Consultado en <http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/archivo/SAD-07-08.pdf>

NORMATIVIDAD

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública
Ley de Seguridad del Estado de México

CRITERIOS DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

2a. CXCVII/2001, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Localización, Novena Época, Tomo XIV, Octubre de 2001, p. 430.

2a./J. 103/2010, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXII, Julio de 2010, p. 310.

P./J. 43/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 7, Junio de 2014, Tomo I, p. 41.

2a./J. 42/2010, Segunda Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Novena Época, t. XXXI, Abril de 2010, p. 427.

1a. XCIX/2013 (10a.), Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XIX, Abril de 2013, t. 1, p. 961

ACCIONES AFIRMATIVAS Y PREVENCIÓN DE LA VIOLENCIA O ¿GÉNERO VS GÉNERO?

JOSÉ ANTONIO ALVAREZ LEÓN

ADRIANA NAVA VELÁZQUEZ*

Resumen: Las acciones afirmativas son la medida legal transitoria para generar mecanismos permanentes con el fin de lograr la igualdad adjetiva y sustantiva entre géneros. El desarrollo de marcos legales nacionales e internacionales ha permitido la creación de tales acciones y desde ahí han surgido formas de equidad pero también de contención de la violencia que, semánticamente se conectan con materias como el derecho penal creando supuestos de antijuridicidad; sin embargo la técnica tipológica penal, evidencia contradicciones en su aplicación volteando género contra género y alejando el sentido humano de la prevención.

Palabras claves: Tópica, acción afirmativa, justicia sustantiva, justicia distributiva, tipología penal, prevención, violencia de género.

Abstract: Affirmative actions are the transitional legal measure to generate permanent mechanisms to achieve adjective and substantive equality between genders. The development of national and international legal frame works have allowed the creation of such actions and from that have emerged forms of equity but also containment of violence that, semantically, are connected with matters such as criminal law creating an assumption of antijuridic; However the typological criminal technique, evidences contradictions in its application turning gender against gender and moving away the human sense of prevention.

Keywords: Topical, affirmative action, substantive justice, distributive justice, criminal typology, prevention, gender violence.

SUMARIO.- I. Introducción y objetivos II. Acciones afirmativas y el marco legal mexicano e internacional. Génesis del problema III. Diversas acepciones de Acciones Afirmativas IV. Concepciones Básicas al Concepto de Igualdad V. El contexto semiótico y la problemática de justicia igualitaria relacionadas con acciones afirmativas y temas de género VI. Política de Derechos Humanos en el Actual Contexto de Globalización Planteado por De Sousa Santos VII. Conclusiones Fuentes.

I. INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS

El objetivo primordial de este trabajo es: reflexionar respecto de las acciones afirmativas, su complejidad y tratamiento bajo la óptica de las ciencias básicas del derecho y en particular de la semiótica jurídica; mediante el estudio, manejo y aplicación en el tratamiento de “conceptos” que construyen estas temáticas con la finalidad de poder dar explicación a las cargas distributivas de justicia y alcanzar la igualdad material entre los sujetos involucrados y las resoluciones de los juzgadores. Como objetivo complementario, se reflexionara respecto de la utilidad jurídica de estas acciones como modo general preventivo respecto de los actos discriminatorios y la violencia entre hombres y mujeres generada en el caso del tema “genero”, pero también respecto del origen de la nueva confrontación invirtiendo lentamente el papel de los roles, llevando el empoderamiento femenino a un camino sin salida donde las acciones afirmativas y la desigualdad, se vuelven el tema central.

El tema de acciones afirmativas encierra de entrada dos problemáticas muy complejas; la primera de ellas tiene que ver con el verdadero alcance y significación del mundo real con el conceptual

para lograr la igualdad; segundo, los alcances de la justicia sin demeritar en la relación privilegiada (que da el derecho) en la generación de contrarios vulnerados, es decir, de invertir las cargas de la justicia y sus consecuencias.

La acción afirmativa busca en su concepto esencial “garantizar las situaciones de igualdad” partiendo de las diferencias materiales, culturales e históricas que hemos creado en la cotidianidad y la costumbre y que al final, han generado posiciones de superioridad entre los contrarios, no obstante que las leyes se basen en la concepción de la igualdad sustantiva. Es a partir del acto discriminador y la sobreprotección de la ley que, se genera empoderamiento y violencia, sin que ello implique resolver el fondo del problema: mujer víctima y discriminada.

II. ACCIONES AFIRMATIVAS Y EL MARCO LEGAL MEXICANO E INTERNACIONAL. GÉNESIS DEL PROBLEMA

Con las reformas hechas a nuestra Carta Magna el diez de junio de dos mil once, México entró a una nueva etapa denominada constitucionalismo, la cual es vista desde varios enfoques por diversos autores, en virtud de que ahora lo que se cuestiona es cómo se debe entender al derecho y cómo hay que interpretarlo.

En ese sentido, existen diversas teorías formuladas sobre el constitucionalismo, por ejemplo, Manuel Atienza, refiere que “el constitucionalismo contemporáneo ha modificado nuestra manera de entender el derecho y nos ha llevado, en cierto modo, a poner en un primer plano la dimensión argumentativa del derecho, este ejercicio ha sido denominado por dicho autor como “el Derecho como argumentación”(2007:22).

Para Ferrajoli, el iusnaturalismo, fue sustituido por el positivismo jurídico con la llegada del Estado moderno y la existencia de sistemas exclusivos y exhaustivos de fuentes jurídicas, este positivis-

mo clásico adecuado a los esquemas del Estado liberal de Derecho, tiene en nuestros días que ser sustituido por el nuevo paradigma del constitucionalismo, esto “no supone un abandono o una superación del positivismo, sino su completa realización” (2007:23).

Para Ferrajoli, dice Atienza, “el derecho no consiste ya en un sistema unitario de fuentes, dada la posibilidad de existencia de normas formalmente válidas, pero sustancialmente inválidas. Ahora la función esencial de la ciencia jurídica es la de mostrar y tratar de corregir las lagunas y contradicciones generadas por la violación de derechos...” (2007:24).

El constitucionalismo defendido por este jurista, dice Leopoldo Gama Leyva, posee tres dimensiones esenciales: “la primera está constituida por un conjunto de principios a partir de los cuales se infiere un grupo de derechos fundamentales; la segunda se constituye a partir de los requerimientos impuestos por un modelo de democracia deliberativa, y la tercera se funda en el respeto a la Constitución de un país” (2007:245).

La vía adoptada por este autor para argumentar a favor de la relevancia de la Constitución histórica, consiste en apelar a su carácter convencional-limitativo de la democracia, esta idea encuentra apoyo en la de MacCormick, según la cual la operatividad de una democracia depende en gran medida de su arraigo en un orden constitucional.

En ese contexto, el neoconstitucionalismo aparece con la exigencia de que la Carta Magna de un país sea práctica, esto es, que deje ser ideológica y ahora se ocupe más de lo material.

Antes de las reformas a nuestra Constitución, México ya había firmado y ratificado en 1966, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. De igual forma, el dieciséis de diciembre de 1998, nuestro país reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Como consecuencia de ello, México ha recibido diversas recomendaciones en las sentencias en las que ha declarado responsable al Estado mexicano de la violación de Derechos Humanos. Así las cosas, los derechos fundamentales ahora no sólo son en el eje central de nuestra Carta Magna, sino también lo son en la impartición de justicia y las políticas públicas.

Cuando el Estado mexicano firmó la CEDAW (Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer), y la Convención Belém Do Pará (Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer), se comprometió a adoptar acciones orientadas a prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra la mujer, tales como:

- Velar porque las autoridades e instituciones se comporten de conformidad con las obligaciones de prevención, sanción y erradicación;
- Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer.
- Actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;
- Establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación
- Asegurar, a través de los medios apropiados, la realización práctica del principio de la igualdad del hombre y la mujer, y garantizar por conducto de los tribunales (protección efectiva de la mujer)
- Implementar, de forma progresiva, medidas específicas e inclusive programas para:

- ❑ Fomentar el conocimiento y la observancia de los derechos de las mujeres;
- ❑ Promover la educación y capacitación de quienes aplican la ley, y
- ❑ Modificar los patrones socioculturales de conductas de hombres y mujeres a fin de contrarrestar y eliminar prejuicios, costumbres y todo tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitiman o exacerban la violencia (SCJN,2013:24).

El artículo primero de la Constitución General, convirtió a nuestra carta magna como el eje rector de los derechos humanos; consolida la igualdad ante la ley entre hombres y mujeres en congruencia con los compromisos adquiridos por México en las Convenciones citadas en líneas que anteceden.

Ley Federal del Trabajo, reformada el treinta de noviembre de dos mil trece. En el artículo 2° de la Ley Federal del Trabajo vigente, se incorporaron los principios de la Organización Internacional del Trabajo sobre el trabajo decente y se instrumentó su observancia efectiva con la federalización y reforzamiento de las funciones de la Inspección del Trabajo.

También se precisó en el artículo 3° que el trabajo es un derecho humano universal y un deber social inalienable, intransferible e irrenunciable. No es un artículo de comercio, exige respeto para las libertades, dignidad de quien lo presta, reconoce la diferencia entre hombres y mujeres.

En concordancia con las reformas constitucionales, también dispone que no podrán establecerse distinciones, exclusiones, preferencias o restricciones basadas en: sexo, género, edad, credo religioso, doctrina política, condición social, condición física, pre-

ferencia sexual, estado civil, etnia, discapacidad y condiciones de salud, etcétera.

Asimismo, establece que no se considerarán discriminatorias aquellas medidas, mecanismos o acciones de carácter temporal que suponen un trato desigual tendiente a asegurar la igualdad entre hombres y mujeres. No podrá ejercerse ninguna forma de discriminación hacia las mujeres expresada como violencia física, psicológica, sexual, moral o verbal que atente contra su dignidad.

Artículo 2º

En atención a los principios mencionados, en el artículo segundo de la Ley Federal del Trabajo, se introdujo la figura de la igualdad sustantiva como un mecanismo tendiente a eliminar la discriminación contra las mujeres.

La igualdad sustantiva es la que se logra eliminando la discriminación contra las mujeres que menoscaba o anula el reconocimiento, goce o ejercicio de sus derechos humanos y las libertades fundamentales en el ámbito laboral. Supone el acceso a las mismas oportunidades, considerando las diferencias biológicas, sociales y culturales de mujeres y hombres.

Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación se publicó en el Diario Oficial de la Federación el uno de diciembre de dos mil dieciséis, en ella se establece que es al Estado a quien corresponde promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas sean reales y efectivas; y que serán los poderes públicos federales quienes deberán eliminar aquellos obstáculos que limiten.

Capítulo IV de la ley en estudio, titulado “De las Medidas de Nivelación, Medidas de Inclusión y Acciones Afirmativas”, establece que los órganos públicos llevarán a cabo, entre otras, medidas positivas y compensatorias a favor de la igualdad de oportunidades para las mujeres.

Ley General para la Igualdad entre hombres y mujeres:

Al ser la igualdad entre mujeres y hombres un principio jurídico universal derivado de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Estado mexicano ha adquirido varios compromisos con la suscripción de diversos instrumentos internacionales, entre otros, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y su protocolo facultativo, en el que se establece la obligatoriedad para los Estados Parte de condenar la discriminación contra la mujer.

En ese contexto, México, dentro de su función legislativa expidió la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, publicada el dos de agosto de dos mil seis, en la cual se sientan las bases generales para que las entidades federativas incorporen en su normatividad local las herramientas y mecanismos proscritos en la misma.

Artículo 1°

Refiere a los lineamientos de los instrumentos internacionales suscritos por México y de los cuales se desprenden las acciones afirmativas.

Artículo 5°

Se definió a las acciones afirmativas de la siguiente manera: “Es el conjunto de medidas de carácter temporal correctivo, compensatorio y/o de promoción, encaminadas a acelerar la igualdad sustantiva entre mujeres y hombres”.

Artículo 6°

La igualdad entre mujeres y hombres implica la eliminación de toda forma de discriminación en cualquiera de los ámbitos de la vida, que se genere por pertenecer a cualquier sexo.

Artículo 17°

Este dispositivo se encuentra dentro del capítulo primero del título tercero, que se titula: “DE LA POLÍTICA NACIONAL EN MATERIA DE IGUALDAD”

- I. Fomentar la igualdad entre mujeres y hombres en todos los ámbitos de la vida; (...)
- II. Promover la igualdad entre mujeres y hombres en la vida civil;
- III. Promover la eliminación de estereotipos establecidos en función del sexo;
- IV. Adoptar las medidas necesarias para la erradicación de la violencia contra las mujeres;
- V. El establecimiento de medidas que aseguren la corresponsabilidad en el trabajo y la vida personal y familiar de las mujeres y hombres;
- VI. La utilización de un lenguaje no sexista en el ámbito administrativo y su fomento en la totalidad de las relaciones sociales.

III. DIVERSAS ACEPCIONES DE ACCIONES AFIRMATIVAS. LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

Por lo que toca a las acciones afirmativas, éstas son medidas que deben tomar los Estados para el debido cumplimiento de los compromisos orientados a prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra la mujer.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, señala que los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas(SCJN, 2013:36).

CONVENCIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS

PARTE I

DEBERES DE LOS ESTADOS Y DERECHOS PROTEGIDOS

CAPITULO I

ENUMERACIÓN DE DEBERES

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

- Convención para eliminar las formas de discriminación para las mujeres.

La Convención para eliminar las formas de discriminación para las mujeres, en los artículos 2º, 4º, 5º y 11º establece los siguientes deberes para todo Estado Parte.

Asimismo, en el artículo quinto, de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, se establece que “no se considerarán

conductas discriminatorias las acciones afirmativas que tengan por efecto promover la igualdad real de oportunidades de las personas o grupos. Tampoco será juzgada como discriminatoria la distinción basada en criterios razonables, proporcionales y objetivos cuya finalidad no sea el menoscabo de derechos”.

Finalmente, después de analizar todos estos cambios y modificaciones en la legislación mexicana, se hace necesario resaltar lo que Manuel Atienza considera respecto de la argumentación de tipo legislativo, “no se trata propiamente de aplicar la Constitución, sino de interpretarla y desarrollarla y, sobre todo, de alcanzar objetivos, de desarrollar políticas que sean compatibles con la Carta Magna; por ello, la argumentación legislativa obedece al modelo de la argumentación medio-fin”.

IV. CONCEPCIONES BÁSICAS AL CONCEPTO IGUALDAD

Son múltiples y diversas las nociones que existen del concepto de igualdad. La doctrina alude a tres nociones de igualdad que constituyen valores básicos de nuestras sociedades: la igualdad política, la igualdad ante la ley, y la igualdad a través de la ley. La igualdad política como lo señala Manuel Atienza, “tiene que ver con el reparto o la distribución del poder político en una sociedad; la segunda, la igualdad ante la ley, se refiere al principio de que la ley no debe tratar de manera diferente a aquellas personas que se encuentren bajo un mismo sistema jurídico; la tercera, al hablar de igualdad a través de la ley, su aplicación produzca los mismos resultados en cuanto a las condiciones de vida de los ciudadanos” (De la Rosa, 2005:35).

Por otra parte, la igualdad puede entenderse también en dos dimensiones: como principio y como derecho. Como principio, fundamenta y da sentido a todo el andamiaje jurídico de origen nacional e internacional que derivan de él, ya sean formal o materialmente administrativos, legislativos o judiciales.

Como derecho, la igualdad constituye una herramienta subjetiva para acceder a la justicia; es decir, otorga titularidad a las personas para reclamar, por diversas vías. Como principio y como derecho, la igualdad implica una obligación a cargo del Estado, derivada de un mandato constitucional y convencional que condiciona y sustenta todo su quehacer (SCJN, 2013:32).

Finalmente se abordarán los conceptos de igualdad de género e igualdad sustantiva, los cuales se definen en el artículo 5° de la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres de la siguiente manera:

Igualdad de Género. Situación en la cual mujeres y hombres acceden con las mismas posibilidades y oportunidades al uso, control y beneficio de bienes, servicios y recursos de la sociedad, así como a la toma de decisiones en todos los ámbitos de la vida social, económica, política, cultural y familiar.

Igualdad Sustantiva. Es el acceso al mismo trato y oportunidades para el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

V. EL CONTEXTO SEMIÓTICO Y LA PROBLEMÁTICA DE JUSTICIA IGUALITARIA RELACIONADAS CON ACCIONES AFIRMATIVAS Y TEMAS DE GÉNERO

Hablar de acciones afirmativas encierra en su práctica y en su conceptualización un sentido *aporético*¹ “pues si la idea es tratamiento preferencial, privilegiado, diferente, respecto a los existentes, para evitar, trato preferencial, privilegiado y diferente, que se da en la praxis, es decir, se busca conceptualmente equilibrar situaciones de hecho que, sustantivamente están en el ideal general que da norma-

¹ Planteamiento problemático.

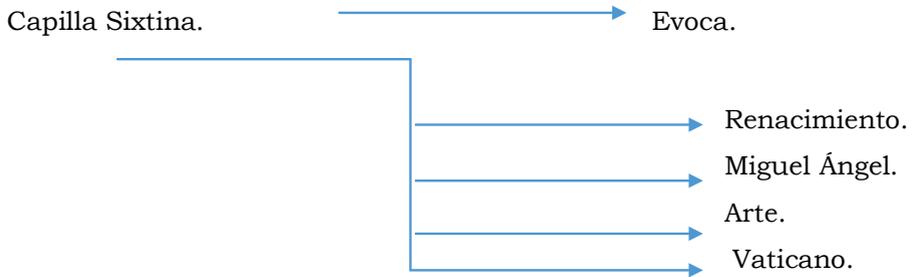
lidad y equilibrio de condiciones entre sujetos”;² sin embargo y a la luz de la lógica formal esto significa contradicciones sustantivas para logros adjetivos.

Es decir, que “Las acciones afirmativas solo pueden entenderse en ámbito de la discriminación, que, al estar basadas en estereotipos y prejuicios, define relaciones desiguales injustificadas, y de modo que algunas personas o grupos pueden disfrutar de sus derechos mientras a otros les son negados. Los hábitos que se derivan de esto producen relaciones jerárquicas fundamentadas en una cultura de desventaja para algunas personas, al tiempo que mantienen al margen del desarrollo y la justicia real a otras ... (Bucio,2011:7).

Bajo estos argumentos de inicio, tenemos que decir que, el concepto “acción afirmativa” es polisémica, es decir, que por su solo nombre evoca referencialmente muchos significados y posibilidades de ser percibido, entendido y confrontado en relación con otros conceptos es decir, la relación sujeto-objeto que genera es amplísima y por tanto requiere que todos sus referentes sean perfectamente articulados de lo contrario alguno de ellos quedará fuera produciendo efectos abstractos o materiales equívocos o contradictorios.

Para entenderlo mejor daremos una conceptualización, (Alvarez, 2005) como ejemplo:

² Cfr. Consejo Nacional para Prevenir y Sancionar la Discriminación. Fundamentos básicos.



El sentido del concepto base Capilla Sixtina, es tan amplio, que cualquier palabra o concepto inferior derivado de lo que explica al primero en toda su esencia, evoca de inmediato a la primera y a todas las demás en contrasentido.

Esto significa que Capilla Sixtina es un concepto superior, primario o clave, y el resto serían ideas o palabras secundarias.

En el lenguaje de la tópica jurídica³ (lugar de los conceptos claves para argumentar o interpretar) la explicación de lo anterior sería de la siguiente forma:



³ “La tópica aparece en el derecho como remedio práctico ante el problema definitorio, es decir, en los métodos de interpretación y argumentación jurídica así como en la construcción legislativa pues los usos lingüísticos son comunes, de hecho obligados, por tanto su referente práctico se circunscribe a una forma de comunicación que no implica una técnica definida, específica para el derecho, pues la elaboración semántico- sintáctica se guía en el lenguaje (...). Definir no significa conceptuar. Pero en el uso tópico, cuando se articula el lenguaje para resolver un planteamiento la definición debe volverse concepto, partícula cerrada evitando matices” Tomado de: Alvarez León, *Op. Cit* p 52.

Y justo en este punto es necesario detenernos, pues aparentemente es clara la problemática, donde la acción afirmativa evocaría:

Acción afirmativa:

No diferencias Igualdad
material
Reconocimiento de diferencias
Reconocimiento de capacidades Trato
digno.

Y por ello entonces, sería necesario que los instrumentos legales, resolvieran la vida de diferencias culturales de ventaja material y sustantiva.

Esto evidenciaría, que el problema es tan claro como la respuesta, que le hemos dado al tema de las acciones afirmativas marcos legales que, sustantiva y adjetivamente posicionen a los diferentes en sentido material con los otros (los que tienen las ventajas) y así generar equilibrios materiales de plena igualdad.

Sin embargo, el problema estriba en que la palabra clave “acción afirmativa” (tópico o semema)⁴ y todo lo que refiere en los diferentes textos legales y sus contextos para lograr prácticas materiales igualitarias y respetuosas no lo logran responder a la interrogante ¿por qué? ¿En qué plenitud? ¿Qué pasará con el otro? Y la respuesta es simple en forma y compleja en sustancia, veamos por qué:

⁴ Topos=lugar. En la tónica jurídica, lugar de la palabra clave, en el discurso jurídico para argumentar ya sea estático (escrito) u oral. Topos, es también visto en la metodología jurídica como el “semema”, es símbolo que da referencias lingüísticas.

1. Acción afirmativa es una palabra contextual por sus alcances, sí, por sus alcances materiales de señalamiento, pero no así en lo material.
2. El punto uno ubica al concepto clave en una posición intermedia respecto de otros conceptos, es decir, es contextual en un uso, pero contexto referido en otros; implica entonces una palabra o *topoi*⁵ intermedio; múltiples significantes.
3. La palabra acción afirmativa, como concepto clave refiere: “igualdad”, que a su vez simboliza a una palabra superior, “dignidad de las personas”.
4. Por lo tanto es necesario replantear el uso derivado del concepto “acción afirmativa y sus referentes en las leyes ya elaboradas y en los procesos de culturización, de lo contrario el resultado previsto no será alcanzado o bien, invertirá las cargas conceptuales tal como explicaremos en las líneas siguientes.

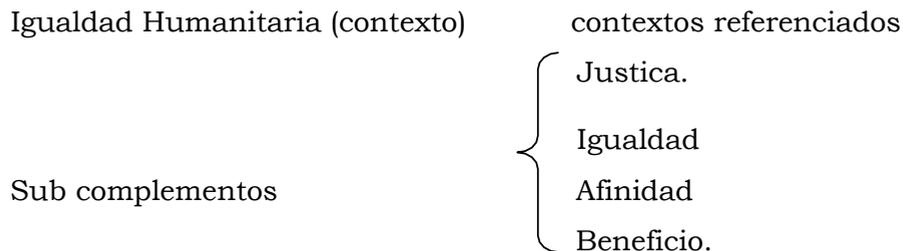
Como también ya es precisado en otros estudios, la “cláusula universal de igualdad”⁶ da las justificaciones de origen a las acciones afirmativas, es decir crear situaciones de equilibrio legal y cultural, la base es la igualdad, pero los extremos que quedan en cada extremo del uso igualdad dificulta la realidad tangible entre lo fáctico y lo ideal.

Aceptarse diferente y desde ahí generar igualdad en la lógica distributiva siempre implicará un problema porque las cosas son en cuanto son, es decir, la personas son iguales por el hecho de ser personas, de otra forma, decirme desigual para que me trates igual

⁵ *Topoi*= Palabra o aditivo, semema. Dentro de la Tópica, es una palabra subordinada a una palabra clave cuya jerarquía se expresa en una ley también de mayor orden.

⁶ Cfr. Estudios de igualdad y discriminaciones internacionales y locales. Un referente es la CONAPRED.

puede revertir justificadamente los alcances de la ley, haciendo desigual al otro. El problema *aporético* implica:



Y los sub-complementos contextuales a su vez generan otro subcontenido es decir, otros sub conceptos, veamos:



Ahora obsérvese qué, si se toma a su vez un sub- completo de otro se ramifican las opciones de tener referentes precisos, ejemplo.

B.1) Igualdad Material-Oportunidades

- De resultados
- De trato
- De circunstancias.

Como se puede apreciar, llevar palabras de contexto al campo de las acciones afirmativas puede tener problemas serios en lo esencial por ejemplo: en los casos de diferencia de género; queda claro que el género refiere igualitariamente a los dos sexo, pero si ese contexto de “no violencia” se aterriza en una norma cuyo efecto sea prevenir y sancionar la misma, pero donde el sujeto controlado termina siendo víctima, entonces sustantivamente logramos un posicionamiento igualitario, pero en la justicia distributiva no, y la victima termina siendo victimario véase:

Ley General de Acceso de la Mujeres a una Vida Libre de Violencia (LGAMVLV). Artículo 5, fracciones VI y VII. La fracción VI.- Víctima. La mujer de cualquier edad a quién se le inflige cualquier tipo de violencia. VII.- Agresor.- La persona que inflige cualquier tipo de violencia a la mujer.

Estas fracciones referirían a hombres y otras mujeres, pero la designación contextual de la norma siempre evoca como fin último y primero a la víctima mujer porque es a quién quiere proteger; entonces ¿en verdad buscará protegerla incluso de otras mujeres? Ese es el problema *aporético* y en la praxis.

Esta ley posiciona en el rol protección igualitaria en lo esencial a la mujer, porque no puede ser igual culturalmente, por los abusos del hombre sobre ella en la historia de los roles.

Sin embargo, la ley en comento, al situar a la mujer víctima, coloca siempre al hombre en el rol de sujeto activo; esto implica que la herramientas que se dan en esta ley como formas de atención in-

mediata y de prevención se dirigirán administradas desde sí, a otras leyes sustantivas, y la posición del sujeto del cual se genera la herramienta legal, siempre vulneren al hombre en todas circunstancias incluso a los buenos hombres en caso no graves.

Es decir, la correlación de esta ley y sus medidas de protección obligan a los fiscales a relacionar a la víctima y victimario en un rol determinado desde la medida de protección; la pregunta sería ¿existen hombres víctimas protegidos por esta ley? y la respuesta semántica sería no, no obstante las otras leyes que califiquen la violencia puedan ser genéricas, por tanto, la mujer es un grupo vulnerable culturalmente, pero ¿así lo dirán los datos empíricos hoy día?

Para entender mejor tendríamos que referirnos a la tópica que nos permite saber si una palabra clave pese a sus contextos es fundamental en un lenguaje legal razonable o es secundaria y por tanto requiere de tratamientos diferentes.

La tópica se posiciona en el discurso, es decir, en la ley y ubica palabras claves de acuerdo a la posición del concepto, es decir, donde la colocó el legislador y de ahí en forma descendente deberán de relacionarse las demás leyes sustantivas al respecto. Si la palabra se ubica en un uso vertical, refiere a una norma de derecho público y observa una caída, o sea subordinación de conceptos verticales que impiden contradicciones, pues la norma superior somete a la inferior; si la norma es común o de relativa importancia o requiere de complementos del mismo nivel, entonces es de uso privado y horizontal.

Así, la tópica primero detecta si la palabra es concepto, de qué tipo y luego nos permite ubicarla en el ordenamiento jurídico como horizontal o vertical. Si la palabra clave es “concepto y en su uso debe ser vertical⁷ y su contexto obligadamente general”; si es definición (no concepto), el topoi (clave) es horizontal y permite usos del mismo ni-

⁷ La definición siempre describe lo que es la cosa; el concepto da sustancia y relaciona de forma universal la condición de algo, entendible de una sola manera, sin matiz.

vel dependiendo las situaciones. Esto permite controlar los diferentes rangos de significación de los conceptos y en el caso que nos ocupa limitaría las diferenciaciones operacion alizando criterios del mismo nivel es decir: en el rango superior tendría que significarse igualdad y dar su supuesto de no discriminación, en caso de que no quede claro abría un ambigüedad de uso y de contexto. Esto último es lo que pasa en el marco mexicano, donde la “igualdad es, referida abiertamente sin límites” y para operacionalizarla derivan o interpretan el concepto “discriminación como no igualitario” lo que materialmente termina volteado el verdadero sentido al que se tiene o bien respecto de quién ejerce la ventaja.

Todo esto hace que la igualdad sustancial se vea desigual, luego entonces, las resoluciones o interpretaciones judiciales terminan siendo justificaciones legaloides para resolver a favor de la legitimidad discursiva no objetiva y social.

En México, y de acuerdo a Ley General para que las Mujeres Vivan Libres de Violencia (LGAMVLV), y desde la tipología penal, hombre, es símbolo y referente de: sujeto activo siempre y mujer, Sujeto pasivo. No sólo se determina un rol obligado sino refiere a consecuencias no igualitarias, es decir, la justicia distributiva y material se hace presente, rompiendo los elementos de generalidad de la ley que hacen del discurso jurídicamente bien elaborado un lugar no general sino particular (recuérdese que es desde la visión estricta de la metodología legal) esto ratifica entonces en la tónica que, acción afirmativa y posicionamiento de roles es entonces, un contexto legitimador y no aplicación vertical de la ley.

En el caso de los Estados Unidos de Norteamérica, su *topio* igualdad, se operacionaliza con la enmienda XIV, donde se afirma: “... las personas no deben de ser tratadas como iguales sino deben de ser tratadas de forma similar”.

Véase: principio universal constitucional: todos son iguales.
Tratamiento práctico material justicia distributiva: Blancos y negros.

Se atiende igual bajo circunstancias específicas.

Pensemos, acaso es igual ante la justicia un rico que un pobre; un poderoso político que un sujeto cualquiera; la respuesta es: sí, sustantivamente, no de acuerdo a la condición; por ello esa condición es justicia distributiva, dependiendo del abordaje en la practicas de la justicia procesal y no en la sustantiva, de lo contrario posicionamos siempre en la *praxis* a uno sobre el otro, y con antelación podemos revertir el problema.

De acuerdo con los diferentes tratadistas en temas de filosofía jurídica y de argumentación, la solución posible radica en el uso de los conceptos claves o los *topoi* básicos de primer nivel; sería necesario poder interpretar en el entendido judicial y con claridad, cual sujeto ubica en qué extremo del concepto es decir, a qué nos referimos o a quién, y, en qué circunstancias y bajo qué idea sustantiva es decir, en que concepto base, y así podremos bajar de nivel en los conceptos para lograr las referencias que le corresponden al concepto clave superior y a quién se aplica, todo esto nos daría la llamada “justicia por asignación”.

La justicia o el ámbito de justicia por asignación se refiere a: qué cosas designa la ley, y a quienes alcanza; también nos remite por necesidad a su extremo, el ámbito de justificación o justicia por formalidad, es decir, tipo de formas en las que se llega a alguien “el porqué”.

Esto en sentido **tópico** sería:

Concepto es: Unión de tres elementos y un referente sujeto-objeto.

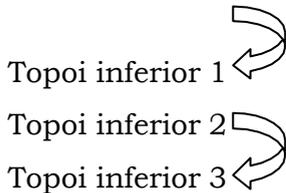
A qué me refiero — — palabra clave ——— circunstancias.

Si el enunciado legal sigue esa lógica la justicia igualitaria sería (en el mismo esquema del concepto *tópico*:

Justificación sustantiva	concepto	palabra clave asignación
-----------------------------	----------	-----------------------------

Y lo mismo pasa cuando de este esquema básico se derivan leyes secundarias o enmiendas.

Topoi básico



En la idea de la acción afirmativa es:

Topoi básico ----- acción afirmativa de asignación que se busca obtener.

Topoi secundario ----- acción afirmativa sentido justificado, por qué lo busco.

Topoi 2 secundario ----- relaciono extremo, por qué lo justifico y a qué me refiero (Álvarez, 2005).

Bajo los razonamientos anteriores entonces, la protección de la diferencia estriba en el control directo que hace el Estado para atender los reclamos de igualdad distributiva y/o descriptiva y el rango de justificación lo dará el “solicitante” permitiéndole alcanzar sus metas.

Ejemplo: Reclamo al Estado de un trato igualitario para obtener empleo. El supuesto básico será, “todos tenemos el mismo derecho a laborar” reclamos al Estado, supuesto justificador, “si estamos capacitados para el empleo”

El Estado resuelve: descriptivamente a todos; incluye la no diferencia sustancial para aplicar a un empleo (no importa raza, sexo, color, condición).

Distribución por justificación: si somos diferentes es por la capacidad para realizar El empleo (no por la condición sustantiva origen)

Otro ejemplo: todos tenemos derecho a la seguridad e integridad personal.

- Justicia descriptiva tópico base: Nadie tiene derecho a lesionarnos
- Justificación: No importa el rol, todos somos protegidos, en particular si estoy al seno de la familia sin importar rol.

Ahora pensemos, en nuestro ejemplo inicial “protección de la mujer para que viva libre de violencia:

- Si me refiero al género: es justicia descriptiva. Todos merecemos respeto.
- Si nos referimos a la justificación: Por qué soy mujer la violentada, y el otro siempre es el agresor.

¿Qué pasa en la praxis cuando esto es usado? ¿Qué pasa cuando no hay certeza material de esto? ¿Vale más una mujer dentro de

una relación que fuera? Y nos remite a la evidencia empírica para saber si la justicia descriptiva en México protege a las minorías, en este ejemplo a las mujeres:

Hombres golpeados por mujeres: 1997-----1% de denuncias contra 99% mujeres, 2005-----10%, 2013-----23%.⁸

En otro estudio,⁹ de cada 10 mujeres asistidas por el organismo de ayuda y asesoría a mujeres víctimas de violencia de la Procuraduría General de Justicia del DF., 2012,2013.

9 son sometidos a medida cautelar de acuerdo a ley de protección a mujeres; 6 se consignan y 1 recibe sentencia condenatoria; es decir, de los 10 acusados 1 es sancionado, el resto, regresa por perdón de la mujer, se levantó la medida por efecto temporal, alcanzó fianza o se amparó durante el proceso.

Otro dato revelador es la afirmación el psicólogo Óscar Chávez: “(...)6,503 denuncias de hombres que, en el periodo de enero de 2014 a noviembre de 2015, sufrieron agresiones o abusos de parte de su pareja, esposa u otro familiar cercano. (...)Por el momento las denuncias de hombres maltratados son mucho menos que las presentadas por mujeres 23,965 casos (...)” *sic* (Reforma,2016).

La pregunta ¿es un problema de distribución material? Si, porque la ley define justificando sustantivamente y describiendo una desigualdad, y en el tratamiento judicial la diferenciación material surge y el juez aplica al *topoi* superior de protección distributiva porque el quejoso no alcanza a mostrar la diferencia perseguida sin dañar al acusado o sin encontrar motivos que cambien el hecho esencial por circunstancias diversas en el proceso; esto a su vez demuestra por ejemplo, que proteger un género atacando al otro sustantivamente siempre regresa el problema a su origen.

⁸ Datos tomados de: Iris Concha y, Martínez Edith, Fuente Internet, Estudios de Tesis UNAM, Julio 2016 s/e.,

⁹ Datos realizados por el autor de éste artículo, de la Investigación Violencia y Prevención de Género en el DF., tratamiento preliminar cifra negra, trabajo inédito.

De acuerdo con los resultados los ministerios públicos de la Ciudad de México, no siempre ven la relación del daño y la acreditación fehaciente del hecho delictivo, pero por determinaciones o acuerdos de los procuradores se les ordena consignar o llevar a proceso a los hombre respecto de la mujeres en temas de género y no al revés (o medida política que explicaría una forma genérica de crear un contexto). Al llegar a la esfera jurisdiccional, el juez pondera y valora distributiva y sustantivamente, por eso el número de mujeres protegidas cambia la realidad, la regresa a su estatus de origen (se desisten, son amparados los quejosos o en su momento debido al sistema de justicia “anterior” son liberados los hombres en auto de plazo constitucional y la pregunta sería ¿y la protección de la víctima? ¿Y el agresor? ¿Cambió el sistema contextual? ¿Se responderá con la idea de dar una lección a los hombres como medida temporal?

Sin embargo y pese a lo antes expuesto, las variaciones que puedan surgir en un proceso influyen en los datos comentados, pues el juez en muchos casos niega, el acceso a la justicia cuando se trata de hombres maltratados, pues estos (jueces) deducen qué, no se cumplen supuestos de violencia o de tratamiento de género. Esto es en parte obvio, pues las medidas de protección especial a la violencia de género refieren al hombre como agresor, y por tanto solo están a los dispuesto en leyes familiares o penales donde se requieren, dictámenes psicológicos de afectación o meras imputaciones de la mujeres, como pruebas objetivas del hecho, que no son requeridas para las mujeres (bajo contexto cultural o de forma específico en las normas de opercionalización, obsérvese el siguiente ejemplo, tomado de la solicitud de medidas de protección y consignación respecto de una mujer agresora a su esposo, por parte del ministerio público en el enfoque de género y donde el servidor público ve la idea del contexto sustantivo en leyes familiares y penales, es decir no ve “en el agresor” un rol sino un actitud de acción y el juez operacionaliza las

leyes y regresa la práctica legaloide donde el juez, busca a diferencia y no acepta en la posición del victimario:

Caso de Consignación y Búsqueda de medidas de protección de un hombre contra una mujer en la Ciudad de México, con base en igualdad sustantiva y la negación de la justicia por carga material. Se reproducen partes de una causa, cambian nombres y se omiten datos de las partes como fines ilustrativos pero, bajo una secuencia empírica que comienza a ser tendencia.

Fiscalía Desconcentrada en Gustavo A. Madero
Agencia Investigadora del M.P GAM-2, Turno Segundo
Indagatoria: 2/t2/00863/XXXX
Violencia Familiar, Agresor Reincidente.
Directa: Junio 6 del2015.

---HACE CONSTAR Se presentó el denunciante OSVALDO XXXXXXXX, quien viene a presentar denuncia por el delito de violencia familiar al (AGRESOR REINCIDENTE) de nombre MARI XXXXXXXXXX, (...) En virtud de que fue agredido por ella con un desarmador y le profirió insultos y amenazas verbales. HECHOS---- La señora XXX, me agredió, me amenazó a mí y mis hijos, fue a buscarme a casa de mi abuela en una camioneta grande cerrada color amarillo; me alejé de ella el día diez de mayo y desde esa fecha sigue buscándome y agrediéndome, me sigue echando en cara que soy UNA ***** ,QUE NO HAGO NADA NI POR MI NI POR MIS HIJOS, QUE SOY MANTENIDO, UN ***** ,PORQUE REGRESÉ CON LA MADRE DE MIS HIJOS, DESPUÉS ME AGREDIO CON UNA LIMA INTENTANDO ENTERRARME EN EL ESTÓMAGO, ME RASGUÑO EN LA CARA Y EN EL BRAZO IZQUIERDO, MESES ATRÁS ME ATACO CON UN CUCHILLO EN EL PECHO Y ME ENTERRO UN PEDAZO DE VIDRIO EN LA CABEZA.

SE HACE CONSTAR--- se reciben informes psicológicos del CAVI¹⁰ ---informe médico legista, SE DA FE DE LESIONES QUE TARDAN EN SANAR MENOS DE QUINCE DIAS, NO ES TOXICOMANO

SE ACORDÓ--- ESTA REPRESENTACIÓN SOCIAL CON LAS FACULTADES QUE ASÍ LA LEY LE CONFIERE DECRETA MEDIDAS CAUTELARES EN FAVOR DE LA VÍCTIMA DE VIOLENCIA FAMILIAR...MEDIDAS QUE SE DECRETAN DE MANERA PROVISIONAL MÁS NO DEFINITIVA NI LIMITATIVA Y LAS CUALES PODRAN AMPLIARSE POR LA AUTORIDAD JUDICIAL O ADMINISTRATIVA QUE SIGA CONOCIENDO DE LOS HECHOS..FUNDAMENTOS artículos 21 Constitucional,9 fracción XXII, 9 Bis fracción XVII y XVIII, 12, y 273 del Código de Procedimientos Penales del DF, y 2, fracción VII y 12 fracción I de la Ley Orgánica de la Procuraduría de Justicia del DF, se ordena Código Águila en el domicilio de la víctima. Con la finalidad de que abstenga de cometer actos de violencia contra la víctima y de preservar en núcleo familiar del agraviado y su integridad física.

Junio 25 del 2015.

ACTUACIONES.... SE ACORDÓ: Remítase actuaciones para su prosecución y perfeccionamiento a la Fiscalía de Procesos en Juzgados Familiares y a los Juzgados Penales de Delitos no graves, para que se cumplan medidas cautelares y se sigan las causas.

CONSIGNACIÓN:

JUEZ PENAL DE DELITOS NO GRAVES EN TURNO EN EL DF.

EL C, MP ADSCRITO SOLICITA.: JUNIO 29 2015.

(...) Se solicita a su Señoría, el OTORGAMIENTO DE MEDIDAS CAUTELARES EN FAVOR DE LA VÍCTIMA DE NOMBRE OSVALDO XX XX, DE 23 AÑOS DE EDAD, EN CONTRA DE LA IMPUTADA MARI XX XX,DE 30 AÑOS DE EDAD

¹⁰ (CAVI)Centro de Atención a Víctimas.

(...) MEDIDAS:

1.- artículo 9 TER CAUTELARES.

Fracción II.- La prohibición a la probable responsable de nombre MARI XXXX, de acercarse o ingresar al domicilio o lugar de trabajo de la víctima o cualquier otro lugar que éste frecuente.

Fracción IV.- La prohibición de la probable responsable MARI XXXX, de comunicarse por si o por cualquier medio o interpósita persona con la victima de nombre OSVALDO XXXX.

Fracción VI.- Apercibir a la probable responsable a fin de que se abstenga de ejercer cualquier tipo de violencia en contra de la víctima OSVALDO XX XX. Y cualquier otra que su señoría considere.

AUTO DE RADICACIÓN: 29 DE JUNIO JUZGADO 17 DE DELITOS NO GRAVES DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DF. SRÍA: A,EXP: xx/2015.

RESPONSABLE: AMRI XXXX. DELITO: VIOLENCIA FAMILAR
EN CONTRA DE: OSVALDO XXXX.

Auto de radicación.- ---- en relación al pedimento ministerial, es oportuno señalar, que el MP deberá de solicitar las medidas cautelares y precautorias que sean necesarias para la protección y auxilio de las víctimas. EN CASO DE LAS MUJERES, menores de edad, víctimas de violencia que estén en riesgo o peligre su vida, integridad física, la libertad o la seguridad... en tanto el 9 Ter de la codificación procesal establece que: "para delitos que impliquen violencia contra las mujeres"..... en corolario de lo anterior el actuar del Ministerio Público no está debidamente fundado en contra de MARI XXXX en virtud de que a quién se considera víctima en el pliego que atiende no reúne las características de género, para la aplicación de medidas de protección... es decir no se trata de un menor o adulto mayor...en tales condiciones atendiendo al dispositivo antes mencionado, no resulta

procedente la petición ministerial.....(...). No obstante no debe pasar inadvertido que el investigador acorde al 202 del Código Penal del DF, está facultado para apercibir al inculcado, sin distinción de género.

De ésta terrible resolución se observa, lo planteado semánticamente. Un Juez, se atiene a conceptos subordinados y no a criterios genéricos de igualdad. Para el juez, el Ministerio Público, puede “apercibir” a quién sea, tal como lo ordena el código sustantivo, porque ahí ve un criterio contextual, y para él, ahí se da una aplicación distributiva, pero no advierte en su razonar que las medidas cautelares impuestas desde la misma ley y la procesal no determina roles, por eso el fiscal, no se aboca a la ley con corte de género. Esto demuestra como tendencia práctica una desigualdad desde la ley y un cambio de roles.

Ahora pensemos, y cuando la víctima es la mujer y el fiscal se funda en una ley de género ¿Cuál es la defensa del inculcado?

En el caso expuesto, ¿dónde quedó la valoración que acredito el fiscal si es la misma requerida cuando se trata de una mujer y ahí se tiene resultados materiales?

En ejemplos como estos, los efectos sociológicos muestran también que, una acción de corte afirmativa y sus derivados pueden generar empoderamientos¹¹ y criminalización de sujetos e incluso, *modus operandi* de delitos como en el caso de los delitos de acoso sexual en lugar cerrado, como lo que sucede en el Sistema de Transporte Colectivo Metro de la Ciudad de México, donde ahora las víctimas son

¹¹ La especialista indicó que son varias las razones que generan esta situación. Por ejemplo, dice, un hombre sin trabajo se siente humillado, derrotado, y esos factores sociales lo afectan de manera personal. Inclusive, señala, los varones se suicidan con más frecuencia que las mujeres, “lo cual revela insatisfacción e impotencia; se saben maltratados y son incapaces de darle salida al problema”, indicó. Galán, José. “La violencia contra hombres, tema poco abordado en México”, Diario La Jornada Electrónica, México, 17 junio 2016.

los hombres, por las extorciones de mujeres que se valen de leyes enunciativas sin sentido distributivo.

Como se aprecia, el problema es complejo, y para poder lograr cambiar la lógica de la desigualdades se requerirá primero de dimensiones legales no contradictorias a la hora de la aplicación y judicialización; pero también que el Estado genere patrones de prevención política- social que cierre diferencias materiales y conceptuales, porque un sistema jurídico es un sistema cultural.

Concebir sujetos que entiendan la universalidad de conceptos es más práctico y elemental que si volvemos conceptos de radicalización y diferenciación de unos sobre otros donde al final siempre habrá un vencido y un sometido o señalado.

VI. POLÍTICA DE DERECHOS HUMANOS EN EL ACTUAL CONTEXTO DE GLOBALIZACIÓN PLANTEADO POR DE SOUSA SANTOS

Desde el punto de vista de este autor, la tarea central de las políticas emancipadoras de nuestro tiempo, consiste en transformar la conceptualización y práctica de los derechos humanos de un localismo globalizado (definido por el autor como un proceso por el cual un fenómeno local dado es exitosamente globalizado, por ejemplo, la globalización de la comida rápida), a un proyecto cosmopolita, esto es, a la defensa de los intereses comunes de los Estados- nación, regiones, clases o grupos sociales.

Para lograr esta transformación, este sociólogo menciona cinco premisas:

La primera, es imperativo trascender el debate sobre el universalismo y el relativismo cultural, afirmando que ambos, como postura filosófica, son erróneos. Contra el universalismo debemos proponer diálogos interculturales sobre preocupaciones isomórficas; y, contra el relativismo, se deben desarrollar criterios procedimentales

interculturales para distinguir las políticas progresistas de las reaccionarias, el apoderamiento del desapoderamiento y la emancipación de la regulación. Afirma que dado el debate que provocan los derechos humanos éste puede convertirse en un diálogo competitivo entre diferentes culturas sobre los principios de la dignidad humana, lo que hace imperativo que tal competencia incentive a las coaliciones transnacionales a correr hacia la cima y no hacia el fondo.

La segunda premisa es que todas las culturas tienen concepciones de dignidad humana pero no todas ellas la consideran como un derecho humano.

La tercera, es que todas las culturas son incompletas y problemáticas en su concepción de la dignidad humana, por el hecho mismo de que existe una pluralidad de culturas, por lo que una de las tareas más cruciales en la construcción de una concepción multicultural de los derechos humanos es elevar la conciencia de la incompletud cultural a su máximo posible.

La cuarta premisa es que todas las culturas tienen versiones diferentes de la dignidad humana. Por ejemplo, la modernidad occidental se ha desdoblado en dos concepciones y prácticas de derechos humanos altamente divergentes, la liberal, o la socialdemócrata o marxista, la primera enfatiza los derechos civiles y políticos y la segunda da prioridad a los derechos económicos y sociales.

Por último, la quinta premisa es que todas las culturas tienden a distribuir a las personas y grupos sociales de acuerdo con dos principios competitivos de pertenencia jerárquica.

De Sousa dice que estas son las premisas de un diálogo intercultural sobre la dignidad humana que eventualmente puede conducir a una concepción mestiza de los derechos humanos.

Por otra parte, el autor habla de la *Hermenéutica diatópica*, cuyo objetivo menciona que es elevar la conciencia de la incompletud a su máximo posible participando en el diálogo, como si se estuviera

con un pie en una cultura y el otro en la restante, de donde yace su carácter diatópico.

Afirma que esta hermenéutica diatópica puede ser llevada a cabo entre el *topos* de los derechos humanos en la cultura occidental, el *topos* del *dharma* en la cultura hindú y el *topos* del *umma* en la cultura islámica, y que si pareciera que es incorrecto o ilegítimo comparar o contrastar una concepción secular de la dignidad humana (la occidental) con concepciones religiosas (la islámica o la hindú), él tiene dos respuestas en contra de tal argumento. (Boaventura, 2002: 64) “Primero, que la distinción secular/religiosa es distintivamente occidental y en consecuencia lo que distingue cuando es aplicada a la cultura occidental no es equivalente a lo que distingue cuando es aplicada a una cultura no occidental. La segunda respuesta es que la secularización nunca ha sido completamente alcanzada en occidente, lo que se considera como secular es el producto de un consenso”.

Por tanto, las concepciones de los derechos universales, son identitarias y progresivas, luego entonces, si las diferencias existen entre iguales, la diferencia no significa cancelación o agresión del contrario para alcanzar un estándar de igualdad, eso sería diferenciar un derecho universalizado.

VII. CONCLUSIONES

Las acciones afirmativas son innegablemente un instrumento que busca salvar las diferencias y lograr la igualdad en un contexto cultural machista. Sin embargo, la estructuración enunciativa de ellas atiende únicamente aun sentido semántico y con ello de justicia descriptiva.

El ejercicio y dificultad de alcanzar la justicia para las mujeres en la práctica no se ha logrado a cabalidad por las práctica de justicia distributiva y las posiciones de roles sociales que aún siguen marcando diferencias. Incluso, en el mismo caso donde las mujeres

posicionadas por el existo del ejercicio de una acción afirmativa ha dado como resultado un trato diferenciado que lejos de buscar igualdad ha desplazado a su contrario.

Las acciones afirmativas, en el andamiaje semántico de leyes que favorecen la llamada equidad de género, contradicen sus resultados en la justicia material, pues partir de la diferencia para generar igualdad, es una trampa verbal cuando la ley enfrenta en realidad a unos contra otros y como resultado, lesiona al sujeto que, en contexto debería de valorar la diferencia para ser iguales.

Las acciones afirmativas son tan amplias en su espectro semántico qué, se vuelven discursos que generan grupos de protección llamados minorías, abren el alcance de la ley casi a cualquier ámbito de la vida humana descrita por ella y por ese solo hecho deberían de ser de forma atípica (no común a lo que es prevención negativa o social), ejes para evitar delitos contra la mujeres y cualquier individuo posicionando como centro la palabra “género”. Sin embargo, la relación de fundamentos legales de prevención en la violencia a las mujeres y la no discriminación en México, produce contextos negativos desde la tipología penal.

El hombre, debe estar acotado en sus prácticas por leyes que en un contexto discusivo le hagan entender la justicia sustantiva de la igualdad a partir de las diferencias, y con ello, ser valorado únicamente como un igual, en pleno sentido, no en función de aparejamientos numéricos, o de poder, que en realidad logran una contra prevención y la evidencia muestra que el victimario hoy se empieza a ubicar en el rol de víctima.

Los jueces y las demás autoridades, en aplicación de la justicia pro hombre, deberán de tener bien claro que, el varón también es víctima no obstante que los campos semánticos lo ubiquen en un solo extremo de la ley; deberán de ser valientes para no caer en sesgos legalistas y destruir las trampas semánticas para evitar el supuesto entendimiento de la palabra género para luego negar la justicia.

El juez que estima que las pruebas que permite la ley como base para acreditar violencia familiar o de género contra minorías o las mujeres son diferentes o se miden distintos cuando se trata de probar que las mujeres cometen violencia contra los hombres y evidencia dos cosas: actitud mediocre y servil ante la pasividad y mediocridad de la intención legislativa; segunda, la actitud legaloide y desinteresada por hacer del derecho un instrumento de cordialidad con base en empirismo científico.

La mujer deberá entender desde la ley y las políticas públicas, que usar la ley para golpear al hombre y luego renunciar a sus derechos por solo una parte de la justicia también material, también contribuye al no cambio de la cultura.

La ley penal, no puede estar inscrita desde campos de diferenciación objetiva del sujeto activo y pasivo, pues su resultado siempre lograr la injusticia por designación, no importa la aplicación dogmática que se haga.

Prevenir delitos, está en el cambio cultural, las políticas de educación, las estrategias de inhibición y no las de agresión que tarde o temprano, endurecerán la propia violencia ante la ponderación del activo por la sanción en resultados (evitando que el activo decida realizar la conducta más contra agresiva respecto del pasivo, al considerar que por la conducta leve encuentra la misma consecuencia que por la grave, de tal suerte que piense: si por la llamada violencia psicológica se va a la cárcel, un golpe no estaría demás).

Justicia sustantiva, distributiva y por asignación, requieren vinculaciones semánticas claras y subordinadas, expresadas en los cuerpos legales.

Un sistema legal es un sistema cultural y no cambia por el solo hecho de que la ley someta actores o rompa sus propias premisas; se requiere de tiempo, práctica, evidencia plena, igualdad de las partes y sobre todo de no cometer los mismos errores históricos de lo con-

trario estaremos condenados a seguir igual, tal como ya se muestra en la ley mexicana.

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS:

Alvarez León, José Antonio: *Estudio de la Conformación de la Agenda Penal Nacional (1999-2003), en el Contexto de la Regionalización de Norteamérica. Un acercamiento Tópico Cibernético*. Tesis Doctoral, Fes Acatlán UNAM, 2005.

Atienza, Manuel: *Las razones del Derecho*, 3ªed., Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2007.

Boaventura, de Souza Santos: *Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos, El otro derecho*, Ed. ILSA, Bogotá, número 28, julio de 2002.

Bucio, Mujica, Ricardo: *Art. Introducción. Acciones Afirmativas*, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México, 2011.

Luhmann, Niklas: *Poder*, Ed. Anthropos y Universidad Iberoamericana, México, 2005.

Rivadeo, Ana María: *Epistemología y política en Kant*, Ed. UNAM – Acatlán, México, 2001

Rosa Jaimes, Verónica de la: *Una aproximación a la noción de igualdad sustancial*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas.

FUENTES ELECTRÓNICAS:

Reforma Diario Electrónico. *6500 Hombres son golpeados por sus parejas en el DF*, (4 de enero del 2016)<http://www.sopitas.com/567491-6-mil-500-hombres-son-golpeados-por-sus-parejas-en-el-df/#sthash.bnQ3vnU9.dpuf>, Visto Enero 2016.

FUENTES LEGALES:

SCJN: Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*, Ed. SCJN, México, 2013.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Declaración Universal de Derechos Humanos

Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Convención Americana de Derechos Humanos

Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia
Ley Federal del Trabajo

Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación Ley General para la Igualdad entre Hombres y Mujeres Código Penal del Distrito Federal

Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal

Ley Orgánica de la Procuraduría de Justicia del Distrito Federal.
Enmienda XIV de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica

DICCIONARIO

Diccionario de la lengua española, Ed. Espasa- Calpe, Madrid, 2001.

TÓPICOS DE POLÍTICA CRIMINAL

impresa por **Lito Roda S.A. de C.V**, calle Escondida
No. 2, Col. Volcanes, Alcaldía Tlalpan, C.P. 14640,
Ciudad de México, se terminó de imprimir en el mes de
diciembre de 2019, con un tiraje de 300 ejemplares, im-
presión tipo offset, en papel Cultural de 90 g. para los
interiores y papel couché de 300 g. para los forros.

UNAM
POSGRADO
Derecho

