

**César Barros Leal y Julieta Morales Sánchez**  
Coordinadores

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

**Tomo VI**

**En Homenaje a Antonio Sánchez Galindo**

**2017**

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

---

Serie Estudios en Ciencias Penales y Derechos Humanos Tomo VI.  
En Homenaje a Antonio Sánchez Galindo / Coordenação de César  
Barros Leal; Julieta Morales Sánchez.- Fortaleza: Expressão Gráfica  
e Editora, 2017.

466 p.

ISBN: 978-85-420-1066-4

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

CDD: 341.1

---

## COMISSION EDITORIAL

Antônio Augusto Cançado Trindade

César Barros Leal

Emma Mendoza Bremauntz

Hélio Leitão

Joseph Thompson

Juana María Ibañez Rivas

Julieta Morales Sánchez

Luis González Placencia

Luis Rodríguez Manzanera

Ruth Villanueva Castilleja

Soledad García Muñoz

Valter Moura do Carmo

# SUMARIO

PRÓLOGO.....	5
DINÁMICA DEL SISTEMA JUDICIAL DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL EN ARGENTINA Adrián Manzi y Elio Rodolfo Parisí .....	11
UN ACERCAMIENTO SOBRE EL NUEVO SISTEMA ACUSATORIO PENAL EN MÉXICO Antonio Sánchez Galindo .....	69
LA SOBREPOBLACIÓN CARCELARIA: EL DESAFÍO DE SU ENFRENTAMIENTO César Barros Leal.....	117
EL ENEMIGO EN EL DERECHO PENAL Eugenio Raúl Zaffaroni.....	125
EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Gonzalo Aguilar Cavallo .....	175
LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA SEGÚN LOS ÓRGANOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO Javier Llobet Rodríguez .....	207
¿UNA JUSTICIA REALMENTE HUMANA CON PENA DE MUERTE? INADMISIBILIDAD DE LA PENA DE MUERTE A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE HUMANIDAD José Luis de la Cuesta.....	253
LA EDUCACIÓN EN RECLUSIÓN José Luis Musi Nahmías.....	261

EL DERECHO DE DEFENSA EN EL PROCESO DISCIPLINARIO PENITENCIARIO COLOMBIANO Juan David Posada Segura y Jheison Estivent Aristizabal Henao...	269
EL DISCURSO DE ODIOS E IGUALDAD: ¿LOS DERECHOS HUMANOS EN JUEGO? Julieta Morales Sánchez .....	299
POLÍTICAS PÚBLICAS QUE GARANTICEN LA IDENTIDAD DE LAS MINORÍAS ÉTNICAS. UN TEMA PENDIENTE DEL ESTADO DEMOCRÁTICO Julio César Kala e Isis Nevai Albarrán García .....	333
DESTRUYENDO MITOS. DERECHOS FUNDAMENTALES Y ESCLARECIMIENTO DE HECHOS EN EL PROCESO PENAL L. Iván Díaz García .....	363
DERECHO PENAL MÍNIMO Y BIENES JURÍDICOS FUNDAMENTALES Luigi Ferrajoli .....	383
ENCLAVES MALL: MERCANTILIZACIÓN DEL MUNDO Y DEGRADACIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES Luis González Placencia.....	399
EL DERECHO VICTIMAL, NATURALEZA Y ALCANCE María de la Luz Lima Malvido.....	413
LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL DERECHO PENAL Rodrigo Santiago Juárez.....	443

## PRÓLOGO

Por la sexta vez estamos presentando esta Serie de Estudios de Ciencias Penales y Derechos Humanos, con el sello del Instituto Brasileño de Derechos Humanos (IBDH) y del Instituto Interamericano de Derechos Humanos IIDH). Lo hacemos ahora en ocasión del VI Curso Brasileño Interdisciplinario en Derechos Humanos, que ambas instituciones, con el apoyo de la Facultad Farias Brito y del Centro de Estudios y Entrenamiento de la Procuraduría General del Estado de Ceará, llevan a cabo, en el periodo del 28 de agosto al 8 de septiembre de 2017, en la ciudad de Fortaleza, capital de Ceará (Brasil), y que tiene como temática central *Derechos Humanos y Medio Ambiente*.

El libro mantiene una particularidad que nos remite a su primera versión, con el logo del Instituto Estatal de Ciencias Penales (INECIPE) del Estado de Guanajuato, del Congreso del Estado de Guanajuato y del Instituto Brasileño de Derechos Humanos, bajo la organización de César Barros Leal, Mauricio Alejandro Murillo de la Rosa y René Yebra Núñez: todos los artículos son escritos en la lengua española, a pesar de que esta obra se publica en Brasil, y tratan de temas vinculados a las ciencias penales y/o derechos humanos; es decir, a los autores les corresponde redactar sobre uno de ellos, de modo aislado, o establecer, en cuanto a una cuestión específica, un nexo entre ambos.

Este homenaje anual a Antonio Sánchez Galindo se justifica ante la dimensión de su obra, en múltiples áreas, en el ámbito literario (autor de poesías, cuentos y novelas, entre las cuales sobresale “La Muerte Lujuriosa: Retrato de una Asesina Serial”) y en el ámbito jurídico (con escritos sobre penitenciarismo, seguridad pública, criminología, menores infractores, etc.), siendo una figura reverenciada no sólo en tierras mexicanas sino también en otros países latinoamericanos, donde fue profesor universitario, desarrolló proyectos de investigación, asesoró gobiernos, así como recibió premios y títulos que registran el respeto de la comunidad internacional hacia su vigorosa contribución profesional y académica.

No obstante el paso del tiempo, incansable en la producción de obras seminales, no ha dejado Galindo de regalarnos sus textos, máxime acerca del sombrío universo de las cárceles, que suele llamar

con propiedad *la geografía del dolor*, al que ha dedicado buena parte de su vida, exhibiendo una bibliografía tan vasta como sus conocimientos teóricos y su experiencia empírica, habiendo sido, por ejemplo, director del Centro Penitenciario del Estado de México y Director General de Prevención y Readaptación Social.

Recién publicó “Manual para Personal de Reclusorios y Centros de Readaptación Social y Jueces de Ejecución dentro del Sistema Penal Acusatorio” (Editorial Flores, México, 2016), en cuyo prólogo, de autoría de César Barros Leal, está escrito: “En el presente Manual para Personal de Reclusorios y Centros de Reinserción Social y Jueces de Ejecución dentro del Sistema Penal Acusatorio, el autor circula con desembarazo por el territorio de las prisiones (abarcando temas los más diversos como el personal administrativo, técnico y de custodia, la individualización del tratamiento —que no se confunde con el trato—, etc.) y un abanico de cuestiones relativas al delincuente, la víctima, la impunidad, la política criminal y el sistema penal acusatorio adoptado en el país. Su estudio va mucho más allá y alcanza la criminología, la psicología, la medicina forense, la criminalística, el derecho constitucional, el derecho penal y el derecho procesal penal, poco escapando de la observación y análisis del distinguido profesor, para quien este arsenal de informaciones resulta fundamental para la formación y el ejercicio de las funciones de los *penitenciarios*, a saber, profesionales ejecutivos, administrativos, técnicos o custodiales que actúan en establecimientos penales de máxima, media o mínima seguridad o que ejecutan distintas formas de punición.”

Esta obra, además de rendir un homenaje a Don Antonio Sánchez Galindo, ha sido diseñada para plantear puntos de contacto entre México y Brasil, dos países que comparten historia y cultura, con sus respectivos matices y especificidades.

De acuerdo al Banco Mundial, la población total de México para el 2015 es de 127,017,224 habitantes,<sup>1</sup> de las cuales 53.2 millones viven en situación de pobreza<sup>2</sup> y 3 millones se encuentran viviendo en pobreza extrema.<sup>3</sup>

---

1 Disponible para consulta en: <http://datos.bancomundial.org/pais/mexico>

2 Disponible para consulta en: [http://databank.worldbank.org/data/Views/Reports/ReportWidgetCustom.aspx?Report\\_Name=CountryProfile&Id=b450fd57&tbar=y&dd=y&inf=n&zm=n&country=MEX](http://databank.worldbank.org/data/Views/Reports/ReportWidgetCustom.aspx?Report_Name=CountryProfile&Id=b450fd57&tbar=y&dd=y&inf=n&zm=n&country=MEX)

3 Banco Mundial, *Atlas 2017 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible: una nueva guía visual de los datos sobre el desarrollo*, disponible para consulta en: <https://blogs>.

Por lo que atañe a la República Federativa de Brasil, el Banco Mundial reporta que, en el mismo año, el país tenía una población de 207,847,528 habitantes,<sup>4</sup> y en el rubro de pobreza destaca que en relación a México existe una notable diferencia respecto al número de personas que viven en este contexto (7.4 millones) y 3.7 millones en pobreza extrema.<sup>5</sup>

Datos recabados por el *Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente* indican que la capacidad del sistema penitenciario en México es de 195, 278 y en el 2013 el número de personas reclusas era de 242, 754.<sup>6</sup>

Por otro lado, el *Índice Global de Impunidad México 2016* demuestra que existe un serio problema de sobrepoblación en el país en atención a que los índices de encarcelamiento en las entidades federativas exceden el 30% de la capacidad instalada para los centros de reclusión. La magnitud del problema adquiere signos más preocupantes cuando esta misma cifra es contrastada con el 17% correspondiente al promedio mundial, lo cual indica que la sobrepoblación carcelaria en México se encuentra casi dos veces por encima del promedio global y, por tanto, las personas reclusas viven en condiciones de hacinamiento.<sup>7</sup>

Las cifras más recientes que se tienen sobre este escenario son las reportadas en el *Cuaderno Mensual de Información Estadística Penitenciaria*, las cuales indican que a julio de 2016 se encontraban reclusas 233,469 personas – 221,337 hombres y 12,132 mujeres– en alguno de los 379 centros penitenciarios de México, los que en conjunto poseen una

---

worldbank.org/opendata/es/atlas-2017-de-los-objetivos-de-desarrollo-sostenible-una-nueva-guia-visual-de-los-datos-sobre-el-desarrollo

4 <http://datos.bancomundial.org/pais/brasil>

5 Disponible para consulta en: [http://databank.worldbank.org/data/Views/Reports/ReportWidgetCustom.aspx?Report\\_Name=CountryProfile&Id=b450fd57&tbar=y&dd=y&inf=n&zm=n&country=BRA](http://databank.worldbank.org/data/Views/Reports/ReportWidgetCustom.aspx?Report_Name=CountryProfile&Id=b450fd57&tbar=y&dd=y&inf=n&zm=n&country=BRA)

6 Existe densidad penitenciaria cuando el número de personas internas supera la capacidad instalada del centro de reclusión o de la totalidad de un sistema penitenciario. Ésta se logra obtener de la operación aritmética siguiente: número de personas internas/capacidad establecida del sistema o centro de reclusión X 100. Vid. Rodríguez, María Noel, *Hacinamiento penitenciario en América Latina: causas y estrategias para su reducción*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015, p. 17.

7 Centro de Estudios sobre Impunidad y Justicia, *Índice global de impunidad México IGI MEX 2016*, Universidad de las Américas Puebla (UDLAP), 2016, p. 13, disponible para consulta en: [https://www.udlap.mx/igimex/assets/files/igimex2016\\_ESP.pdf](https://www.udlap.mx/igimex/assets/files/igimex2016_ESP.pdf)

capacidad total instalada para 209,248 reclusos.<sup>8</sup> De esto resulta que existe una sobrepoblación aproximada de 24,221 internos.

Así también, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos colocó de relieve el hacinamiento carcelario existente en las prisiones del país, a través del Informe “Situación de los Derechos Humanos en México” y de manera particular se refirió al alarmante caso del Reclusorio Preventivo Varonil Oriente que al 2015 “contaba con una población de 12.883, cuando su capacidad era para 5.604 personas; es decir, habría rebasado la capacidad del centro en un 229%”.<sup>9</sup>

Por su parte, el grave problema de sobrepoblación en Brasil fue objeto de un informe por parte del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes en su misión al país.<sup>10</sup> En el informe se señala que, de acuerdo al Ministerio de Justicia brasileño, existe una población penitenciaria de 711,463 personas (incluidas aquellas que se encuentran bajo arresto domiciliario) dentro de un sistema con capacidad establecida para 376,669 reclusos, lo cual hace de Brasil el país con la cuarta población penitenciaria más grande del mundo, con base a la proporción de 193 personas por cada 100,000 habitantes.<sup>11</sup>

Las elevadas cifras de sobreocupación han sido causa de brotes de violencia al interior de los centros de reclusión. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se pronunció con motivo a los hechos ocurridos el 21 de mayo de 2016 en Ceará;<sup>12</sup> en esa oportunidad

---

8 Secretaría de Gobernación, Comisión Nacional de Seguridad y Órgano Administrativo Desconcentrado de Prevención y Readaptación Social, *Cuaderno mensual de Información estadística penitenciaria*, julio 2016, p. 3, disponible para consulta en: [http://www.cns.gob.mx/portalWebApp/appmanager/portal/desk?\\_nfpb=true&\\_pageLabel=portals\\_portal\\_page\\_m2p1p2&content\\_id=810211&folderNode=810277&folderNode1=810281](http://www.cns.gob.mx/portalWebApp/appmanager/portal/desk?_nfpb=true&_pageLabel=portals_portal_page_m2p1p2&content_id=810211&folderNode=810277&folderNode1=810281).

9 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe país: Situación de los Derechos Humanos en México, 2015, párr. 333, disponible para consulta en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/mexico2016-es.pdf>.

10 Dicho informe es producto de visita realizada por el Relator del 3 al 14 de agosto de 2015.

11 Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (A/HRC/31/57/Add.4)*, 29 de enero de 2016, párr. 16, disponible para consulta en: [http://ap.ohchr.org/documents/dpage\\_e.aspx?m=103](http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?m=103)

12 Los disturbios ocurrieron el sábado 21 de mayo de 2016 en diversos centros penitenciarios del Estado de Ceará -Centros de Privación Provisional de Libertad (CPPL) I, II, III, IV, en los centros penitenciarios de Caucaia, Camocim, el centro de reclusión femenino Auri Moura Costa y en el Hospital General y Sanatorio Penal



instó al Estado brasileño a adoptar las medidas adecuadas a fin de prevenir los actos de violencia intramuros, en atención a que los Estados tienen la obligación de velar por la vida e integridad personal de los internos.

Como parte del problema de hacinamiento es importante considerar el elevado número de personas respecto a las cuales la autoridad judicial no ha emitido una sentencia condenatoria o absolutoria. De este modo, sin hacer una distinción entre personas privadas de la libertad por delitos del fuero común o conductas típicas del fuero federal, existen 102,740 personas sometidas a prisión preventiva y 144,748 que ya fueron sentenciadas, es decir, la situación jurídica de casi la mitad de la población reclusa en algún centro penitenciario mexicano (44%) está pendiente de resolverse.<sup>13</sup>

Por lo que atañe a Brasil, la prisión preventiva es otro de los graves problemas que aquejan a su sistema de justicia penal. De acuerdo al informe del Relator, la duración promedio de esta medida se extiende a cinco meses y abarca al 40% del total de la población reclusa.

Se tiene noticia de que la Comisión Interamericana ha exhortado al Estado brasileño a evitar el empleo de la prisión preventiva mediante la aplicación de medidas alternativas. A juicio del órgano interamericano, “el uso de medidas cautelares distintas de la prisión preventiva es congruente con el principio de excepcionalidad... y con el derecho a la presunción de inocencia, además de que su utilización resulta sostenible y eficaz como parte de una estrategia integral para hacer frente al hacinamiento”.<sup>14</sup>

Por ello y por la adscripción penitenciarista del homenajeado es que el tema de las prisiones es uno de los ejes temáticos de la obra que el lector tiene en sus manos. Además del gran tópico mencionado, en sus páginas se abordan relevantes aspectos comunes que preocupan y ocupan a México y Brasil, a fin de identificar problemáticas similares

---

Professor Otávio Lobo- donde como corolario de los hechos de violencia por lo menos 18 internos perdieron la vida, *Vid.* Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Comunicado de prensa 079/16*, 16 de junio de 2016, disponible para consulta en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2016/079.asp>.

13 Secretaría de Gobernación, Comisión Nacional de Seguridad y Órgano Administrativo Desconcentrado de Prevención y Readaptación Social, *Cuaderno mensual... op. cit.*, p. 3.

14 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Comunicado... op. cit.*

y vías de solución factibles para ambos países. Los autores aquí comparecientes, de varias nacionalidades, se asocian a esta celebración de la vida y obra de Galindo y exponen sobre una plétora de asuntos, previamente propuestos, buscando transmitir una idea de algunos de los principales temas que despiertan el interés de penalistas, criminólogos y estudiosos de los derechos humanos

En esta línea de ideas, reiteramos que rendirle tributo es un deber nuestro, que ha de renovarse a lo largo de los años, puesto que somos conscientes de la magnitud de su ejemplo para diferentes generaciones, especialmente para aquellos, como nosotros, quienes tenemos/tuvieron el privilegio de disfrutar de su amistad, de escucharlo con atención (en sus conferencias, en sus entrevistas, en las innumerables veces en que nos mostró su virtuosismo como poeta, declamador y tenor) y vivir momentos inolvidables en su distinguida e intensamente agradable compañía.

Un personaje único, su legado trasciende las fronteras de México y también de su tiempo.

*Los organizadores*

César Barros Leal y Julieta Morales Sánchez

# DINÁMICA DEL SISTEMA JUDICIAL DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL EN ARGENTINA

**Adrián Manzi**

Doctor en Psicología; docente investigador de la Universidad Nacional de San Luis, Argentina, y del CONICET.

**Elio Rodolfo Parisí**

Doctor en Psicología; docente investigador de la Universidad Nacional de San Luis, Argentina; Director PROICO "Psicología Política".

## 1. INTRODUCCIÓN

Para el análisis foucaultiano de las relaciones de poder a las prácticas de adhesión a los tratados no hay que dejar de tomar en cuenta los demás estratos de la vida organizacional argentina, esto es, la forma en que los argentinos han ido supliendo -durante los años '70, '80 y '90- el retroceso o retirada de las obligaciones que antaño se le suponían al Estado. Las organizaciones no gubernamentales han cumplido, según lo investigado, una función de vital importancia para el restablecimiento del goce de la vida en el Estado de Derecho. Tanto es así que algunas de ellas, las más reconocidas por su vocación de resistencia ante el autoritario Estado y de denuncia hacia la complicidad cívica política, han logrado ser reconocidas, no sólo simbólicamente por los poderes legislativo y ejecutivo, sino porque han tenido injerencia directa sobre las actuaciones y decisiones que ha tomado el poder judicial.

Se sumarán a esto las características de los modos de relacionarnos los argentinos a nivel micro y macro político cuando el sistema de justicia nacional se pone en ejecución imputando, procesando, investigando y elevando sentencias firmes. De esta manera, se continúan investigando los modos de producción de subjetividades que ocupan su lugar a la hora de señalar y analizar los juegos de las relaciones de poder que

se desplegaron y despliegan cuando los derechos humanos ocupan el protagonismo.

## **2. OXÍMORON ARGENTINO: LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS '90**

A fines de los años '80, la economía financiera comenzó a mostrar su verdadera faceta de carácter especulativo de los movimientos del capital. Como dice Rapoport, "este modelo de acumulación se había consolidado a partir de la reforma financiera de 1977 y en la apertura comercial y financiera de 1979, y se había caracterizado por la drástica redistribución del ingreso en contra de los asalariados durante la dictadura militar y con el rol del Estado como canalizador de los recursos a los sectores más concentrados del capital nacional y extranjero, a través de subsidios como la promoción industrial, las transferencias al sistema financiero y el pago de intereses a los titulares de la deuda externa. Entre 1989 y 1990 se asistió a lo que se consideraba una virtual quiebra del Estado" (Rapoport, 2006: 785). La mala situación económica de las cuentas del Estado hizo que la ejecución del plan político del gobierno de Menem priorizara la estabilidad de la moneda nacional en el mercado de adquisición de bienes y servicios para poder así mejorar la competitividad y aumentar la inversión. De esta manera, el programa neoliberal se fue implementando con una beneplácita aprobación por parte del Congreso Nacional y también de la sociedad en general, al menos al comienzo de esa década, y aun cuando el programa sólo reflejara los intereses de grandes empresas nacionales y extranjeras radicadas en el país. Establecido por dos leyes, las de Reforma del Estado y de Emergencia Económica, se autorizó a privatizar la casi totalidad de las empresas públicas y vender bienes e inmuebles y a suspender los subsidios y subvenciones especiales. Se compensaron las deudas entre particulares y el sector público, se liberaron las inversiones extranjeras, se redujo el peso cuantitativo del sector público en el empleo y en la producción de bienes y servicios, se eliminaron regímenes salariales denominados de privilegio y se facilitó el despido de trabajadores del Estado. Las inversiones extranjeras y las nacionales fueron acreedoras de las empresas públicas que se comenzaron a privatizar como primera medida del programa neoliberal, es decir, participaron los grandes grupos económicos de la liquidación de los activos públicos, asegurándose de esta manera el control de un conjunto de mercado oligopólicos. Además,

la mayoría de las privatizaciones, exceptuando a las del servicio eléctrico y de gas, se realizaron con la asunción del Estado de los pasivos de las empresas vendidas. Quiere decir que la sociedad toda asumió las deudas. Si bien la mayoría de las empresas fueron generalmente deficitarias, probablemente fue debido a los factores de una mala administración, con una ausencia de controles sobre la corrupción interna, y a una falta de inversiones públicas sobre el sector, lo que las desprestigió como valiosas según Rapoport. Pero sólo fue la mala administración como justificadora para decidir a favor del proceso de privatización, ya que “aunque la mayoría de las firmas ahora privadas comenzaron a obtener tasas de ganancias, sustancialmente mayores al promedio de la economía, en muchos casos no se observó una mejora sustancial en la calidad de bienes o servicios ofrecidos” (Rapoport, 2006: 800). Lo que quiere decir es que no se planeó ejecutar mecanismos de control administrativo y anticorrupción para averiguar las pérdidas. Además. “una característica destacada del proceso privatizador fue la concentración de la propiedad de las empresas en un reducido grupo de conglomerado, fortalecido durante la dictadura militar y consolidado a lo largo del gobierno radical mediante subsidios, exenciones tributarias y contratos con el Estado. Estos grupos empresarios locales (Pérez Compac, Bunge & Born, Macri-SOCMA, Rocca-Techint, Astra-Grüneisen, Soldati, Zorraquín, Massuh, Fortabat, Acevedo-Acindar, Bemberg, Roggio y Richard, entre otros) se asociaron con empresas extranjeras que tenían los antecedentes técnicos y gerenciales en el rubro correspondiente” (Rapoport, 2006: 803). Por lo tanto, pareció que importaron más las urgentes concesiones de las instituciones del Estado a determinados grupos en condiciones de asumirlas, que el ajuste sobre la pérdida de ganancias y el mejoramiento del servicio en cuestión.

También fue la reforma del sistema de Seguridad Social de gran importancia para la Reforma del Estado. Pero no sólo por su injerencia económica que imponía su reforma como estabilizadora del gasto público y de ganancia en el privado, como analizamos en los capítulos anteriores, sino también porque desvirtuó por completo, a nuestro entender, la intención de atenerse a la responsabilidad que el mismo gobierno, en nombre del Estado, contrajo obligación con los Estados miembros de la comunidad internacional al aprobar, firmar y ratificar los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Es decir, desde sus primeras medidas complicó el gobierno nacional su posibilidad de

cumplir con los acuerdos internacionales, ya que la modificación en los contratos de trabajo y de la seguridad social se hizo paralelamente a otras que profundizaron la decadencia de la calidad de vida en términos de dignidad y de igualdad de acceso a los bienes y servicios esenciales y de goce de derechos en general. La reforma previsional fue una de las administraciones más oscuras de las transformaciones ejecutadas durante los años '90, con lo cual hace deducir que las características de silenciamiento y complicidad de los sectores del poder político y económico siguieron funcionando aun cuando los representantes políticos fueron civiles, ya que las empresas acreedoras tuvieron que ver con el accionar de la dictadura.

En cuanto a la deuda que portaba el Estado Nacional, si bien disminuyó en forma temporaria con las privatizaciones iniciadas, no dejó de crecer en los años siguientes. "El Estado argentino volvió a financiarse nutridamente de los mercados internacionales de capitales, alcanzando la deuda externa pública a fines de 1999 los 85.000 millones de dólares. Por otro lado, la deuda externa del sector privado se elevaba a fines de 1993 a casi 19.000 millones de dólares, alcanzando los 60.500 millones de dólares al 31/12/99. En su conjunto, la deuda externa bruta superaba los 150.000 millones de dólares. Entre 1991 y 1999 se había incrementado un 148%" (Rapoport, 2006: 148). Ahora bien, lo llamativo es que los montos prestados por el FMI entre 1989 y el 2000 no fueron significativos. La deuda con éste organismo entre 1989 y 1990 representaba el 5% de la deuda externa del sector público nacional no financiero. Creció al 7% hasta 1994 por su contribución al Plan Brady y por la crisis mexicana. Sin embargo, en 1999 la deuda con el FMI quedó representada por el 5% de la deuda externa total. "En síntesis: entre el 92% y 95% del financiamiento externo de la Argentina en los años '90 provino de fuentes diferentes del FMI y en la mayoría de los años que van de 1989 a 1990 Argentina pagó al FMI más de lo que tomó prestado. La deuda externa pública había adquirido así, gracias al apoyo y consejos del Fondo, contornos explosivos. El pago de intereses retrospectivos, entre 1993 y 2001, alcanzó a más de 53.000 millones de dólares, mientras los pasivos externos crecieron de 50.678 millones en 1992 a 90.957 millones de dólares en 2001. Este pingüe negocio de prestar al Estado, si bien no tenía al FMI como gran protagonista, fue concretado a pesar de su riguroso monitoreo y es difícil de creer para la dirección y staff del Fondo hayan pasado inadvertidos tanto el

incremento de la deuda como el pago de tasas usuarias que la misma demandaba” (Rapoport, 2006: 819). Lo que nos lleva a recordar también la actuación y la influencia mutua que se analizó en el capítulo pasado, entre los organismos internacionales, especialmente el FMI y el BM, y las organizaciones civiles, que comenzaron su actuación de relevancia durante fines de los ´70 y los ´80 y tuvieron su apogeo justamente durante los ´90.

Se comprende que, con la puesta en marcha de los Planes de Ajuste Estructural, promovidos por estos dos organismos de créditos, no se les pudo haber escapado, en sus análisis, el carácter incoherente de las decisiones de uno de sus socios para su desarrollo civilizatorio en términos de una redituable economía de mercado. Es decir, estos dos organismos impulsaron el disciplinamiento de financiamiento al Estado Argentino por lo que no pudieron haber ignorado las consecuencias de estas reformas que inevitablemente harían del Estado Argentino un Estado insolvente. Esto, enfocando la coyuntura de estas Reformas Estatales con las Reformas Constitucionales que regirán a partir de 1994 con la firma de tratados internacionales; las cuales tienen relevancia por las firmas y ratificaciones presidenciales ante una mayoría de tratados internacionales en materia de derechos humanos, elevándolos a todos ellos con rango constitucional.

De aquí que nos resulta interesante la preocupación de Rapoport al preguntarse en la relación con los organismos internacionales de crédito: “¿por qué el gobierno argentino comprometió el patrimonio y el bienestar de la población más allá del límite de su supervivencia y se firmaron siete acuerdos en diez años: 1989, 1991, 1992, 1996, 1998, 2000 y 2001, profundizando cada vez más el compromiso de seguir un juego que claramente empeoraba la situación, frenaba el crecimiento económico, creaba desempleo, y en el largo plazo conducía a la insolvencia?” (Rapoport, 2006: 818). Para nosotros lo observable -de esa década- las consecuencias de las responsabilidades que la misma asumiría a nivel internacional en 1994. Es decir, no parecen haber estado a la altura de las obligaciones internacionales que estaban contrayendo, los funcionarios del Congreso de la Nación, en Aprobar, y el Poder Ejecutivo en Ratificar los tratados internacionales de derechos humanos. ¿Por qué el Estado argentino arriesgó su responsabilidad frente a la comunidad internacional en materia de derechos humanos

cuando, por un lado había un conocimiento del paulatino deterioro de la vida socio-económica de los argentinos y, por otro, se habían dictado los Indultos a militares y presos políticos? Quizás, a la progresiva desvalorización de nuestra administración del patrimonio nacional y desprecio por nuestro empleado público, le hacía falta la confirmación de este imaginario de irresponsabilidad argentina desde el mundo exterior. Es decir, una profecía auto cumplida. Al aprobar y ratificar tratados de derechos humanos, la incoherencia legislativa de nuestros funcionarios no hizo más que resaltar la falencia de buenas administraciones de lo público y la precariedad política con que se asumieron responsabilidades. El binomio semántico Derechos, y Humanos, sugirió en esta época una notable tensión disonante.

Para nosotros también es importante analizar las consecuencias en la subjetividad de los argentinos de estas falencias en las políticas públicas y de la falta de conciencia, consistencia y análisis crítico sobre lo que se decidía, y frente a lo que nos expusimos como país dentro de la comunidad internacional. La negación y el silencio de una parte de la realidad hicieron que, como dice Pavlovsky (1989), se realizaran pactos contradictorios e incoherentes, que hablan de la configuración -de forma caleidoscópica- de la realidad por parte de los argentinos, ya que existieron factores totalmente incompatibles entre sí. La lucha por la verdad, en términos de "memoria" ú "olvido" por parte de los organismos de derechos humanos, se ubica dentro de este poder reconocer y aceptar estas contradicciones, incoherencias e irresponsabilidades.

Ahora bien, considerar la acción del campo judicial como creciente nos lleva a intentar analizar a este sistema bajo la metodología foucaultiana, en su lógica estructural más que en los sentidos y significados de los valores que tienen las normas. Para Foucault, la cuestión radica en "mostrar cómo el derecho no sólo es el instrumento de esa dominación, sino cómo, hasta dónde, y bajo qué formas el derecho trasmite, funcionaliza relaciones que no son exclusivamente relaciones de soberanía sino de dominación. El sistema de derecho, el campo judicial, son los trámites permanentes de relaciones de dominación, de técnicas de sometimiento polimorfos. El derecho visto no desde el lado de la legitimidad que se instaura, sino desde el lado de los procedimientos de sometimientos que ponen en marcha" (Foucault, 1992, 149). A Foucault le interesó enfocar más en lo capilar



de las relaciones de dominación, pues no quiso vislumbrar qué detenta el poder, o qué quiere, sino a distinguir “cómo funcionan las cosas al nivel del proceso del sometimiento, o en algunos procesos continuos e ininterrumpidos que someten los cuerpos, guían los gestos, rigen los comportamientos” (Foucault, 1992, 151). Es decir, cómo fueron y son los esfuerzos colectivos, las resistencias que se realizaron y que se tienen que seguir realizando para que la relación de poder, la relación de fuerza planteada desde la resistencia, haya sido trasladada al campo de la justicia, absorbiendo ésta el saber procedimental de aquélla y devolviéndole su efecto de dominación. Cuestión que nos hace pensar acerca del efecto subjetivante que produce el sistema de derechos humanos argentino, en relación con el modo de establecer contacto con cualquier funcionario de la justicia.

### 3. PACTOS INTERNACIONALES

Paralelamente a la firma de siete acuerdos en diez años con el FMI, la Reforma Constitucional de 1994, que concluyó con la jura de la Constitución Argentina con un texto ordenado en el Palacio de San José, Paraná, Provincia de Entre Ríos, produjo un cambio verdaderamente significativo. En el art. 75 inc. 22 se establecen las nuevas normas en lo que respecta a las atribuciones del Congreso con referencia en general y en particular a los Tratados de Derechos Humanos. Corresponde al Congreso aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con organizaciones internacionales, teniendo éstos jerarquía superior a las leyes: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito del Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación sobre todas las formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación sobre todas las formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño, tienen jerarquía constitucional y no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución, debiendo entenderse como complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. El

inc. 23 dictamina que el Poder Legislativo legisla y promueve Medidas de Acción Positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los Tratados Internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Y en lo que respecta al Poder Ejecutivo, el art. 99 dice que éste firma y ratifica tratados, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de las buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras. Las acciones de estos dos poderes son complementarias y concurrentes en el acto complejo federal de autoridad nacional que consiste en la ratificación internacional, esto es, la manifestación de la intención del Estado en obligarse por el tratado.<sup>1</sup>

Para M. A. Ekmekdjian la Reforma Constitucional de 1994 “ha sido una reforma innecesariamente exuberante, si se tiene en cuenta sus objetivos primigenios, según todos los artífices del pacto de Olivos” (Ekmekdjian, 2002: 69). La verdad es que, la forclusión, es decir, el salteo de los pasos procesales en la justicia, se ejerció a nivel constitucional, ya que la Corte Suprema de Justicia convalidó tácitamente la violación al anterior art. 71 de la C.N., en la sanción de la ley 24.309 (que declaró la necesidad de la reforma), la cual fue la promulgada por el Ejecutivo Nacional. Sumada a esta característica del origen legislativa de la Reforma Constitucional, desde un punto de vista jurídico, el análisis se concibe como positivas la regulación relativa de los tratados de la integración económica (v. gr., Mercosur) que permite a nuestro país transferir atribuciones a organismos supranacionales, la autonomía municipal, la autonomía universitaria, la limitación de la facultad del poder ejecutivo para intervenir una provincia. Pero, es “negativa e incluso aberrante la facultad que se otorga al poder ejecutivo para

---

1 La Convención Americana de Derechos Humanos fue suscripta en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 y entró en vigor el 18 de julio de 1978. En la Argentina, la ratificación se inició por medio de un proyecto de ley del Poder Ejecutivo el 18 de julio de 1978. Fue sancionada el 1 de marzo de 1984, promulgada el 19 de marzo de 1984. El instrumento de ratificación del tratado fue recibido en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos el 5 de noviembre de 1984. En ese instrumento consta también la aceptación de la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “por tiempo indefinido y bajo condición de estricta reciprocidad”.

dictar leyes-decretos o “necesidad y urgencia”, la legislación delegada y el veto parcial de las leyes” (Ekmekdjian, 2002, 69, 79).

Retomando nuestro análisis, durante la década del ‘90 la línea de la pobreza pasó del 47,4%, después del brote inflacionario de 1989, a un 16,9% en 1993. Desde entonces este porcentaje ascendió llegando al 28% en 1996 y 26% en 1998. “En su Panorama social latinoamericano 1998, la Comisión Económica para América Latina (CEPAL) indicaba que, aunque entre 1990 y 1997 el ingreso per cápita se incrementó en un 37%, la distribución de ésta empeoró. La acentuación del carácter regresivo de la distribución de los ingresos durante la década de los ‘90 fue ratificada por el INDEC” (Rapoport, 2006, 824). “Según el informe de la Secretaria de Desarrollo Social, el 45,3% de los chicos del país menores de 5 años vivía en hogares pobres; en la misma situación se encontraba el 39,4% de los menores entre 6 y 14 años. Por lo tanto, sobre un poco más de 10 millones de menores de 14 años, había 4,5 millones que vivían en hogares pobres e incluían a casi 1,4 millones de indigentes. Tampoco los mayores de 60 años quedaron al margen de los efectos de la pobreza: el 20,3% estaba por debajo de esta línea” (Rapoport, 2006, 825). Otras de las consecuencias de las decisiones de la dirigencia política fue elevar la tasa de desocupación del país, oscilando entre un 4% y 7% hasta 1992 y llegando al 17,1% en 1996. En 1999 el INDEC informó que la desocupación había alcanzado el 13,8% y la subocupación representaba el 14,3% de la población activa, lo que significaba que 4 millones de personas tenían problemas de empleo. Aunque entre 1989 y 1999 la economía creció un 50% y la población activa un 30%, el número de desocupados creció un 146%.

Todo esto nos lleva a cuestionar sobre la posibilidad de poder cumplir con los estándares mínimos que proponen los tratados internacionales de derechos humanos y la conveniencia de firmar éstos bajo condición de generar responsabilidad internacional por no cumplirlos. Fue en el segundo mandato del presidente Menem que comenzó la tensión política en el interior de su gobierno. Conjuntamente con la Reforma Constitucional de 1994, en la que incluyó la reelección presidencial, desde fines de 1994 el contexto económico estuvo marcado por serias crisis del modelo económico.

Como referencia a este estallido social, “el cacerolazo”, protagonizado por la sociedad argentina que salió a la calle abruptamente en diciembre de 2001, como expresión del desamparo social en términos

de Estado de Bienestar, uno de los aspectos relevantes para nuestra tarea investigativa se centra en que, durante los enfrentamientos entre la policía, la gendarmería y los sectores sociales que salieron a la calle a protestar, se pusieron al desvelo -mediáticamente- las características represivas de la policía y la gendarmería en las tareas operativas y de inteligencia que se usaron para resguardar el bien común.

Entonces, queremos analizar las formas y las consecuencias del hecho de que habiendo aprobado, firmado y entrado en vigor tratados de derechos humanos en coyuntura con las políticas de ajustes estatales, la violencia socio-política se manifestó en demasía en el campo de lo jurídico. La amplia desigualdad económica y política, la alta tasa de marginalidad e indigencia, la banalidad mediática de lo político, la corrupción política explícita, las denuncias incansables por delitos de lesa humanidad, la violencia represiva, la precariedad de las instituciones de salud, educación y trabajo, todo esto se manifestó en los espacios públicos de manera creciente en intensidad y en constancia a partir de los años '90 y hasta 2007 aproximadamente. Y no se optó por otro camino de contención social ante el desorden, que el mismo iniciado años atrás con la entrada de este modelo económico y político de capital financiero: represión, persecución política, irresponsabilidad jurídica. La institución preventiva punitiva y represiva ha sido la única institución pública y estatal que se ha erguido cuando las demás instituciones democráticas han entrado en letargo.

Para Foucault, "el poder tiene que ser analizado como algo que circula, o más bien, como algo que no funciona sino en cadena. No está nunca localizado aquí o allí, no está nunca en las manos de unos, no es un atributo como la riqueza o un bien. El poder funciona, se ejercita a través de una organización reticular. Y en sus redes, no sólo circulan los individuos, sino que además están siempre en situación de sufrir o ejercitar ese poder, no son nunca el blanco inerte o consintiente del poder ni son siempre los elementos de conexión" (Foucault, 1992, 152). Por lo que es, en los tipos y características de las relaciones de fuerza dadas, repetitivamente, entre todos los actores implicados en la operatividad de los derechos humanos, lo que nos da indicio acerca de los procesos de la subjetividad argentina. Tanto en las instituciones punitivas como en las preventivas, de educación y de salud, y aún en las instituciones de la justicia. También en la relación entre las instituciones políticas; más en las nucleares de la sociedad como son

la familia y los grupos de íntimos afinidad social y por supuesto, las organizaciones no gubernamentales.

Lo que nos lleva a cuestionar si la cuestión jurídica, en muchos casos, ¿toma una dimensión más temporal que de interpretación axiológica de normas? Pues, cuando los derechos humanos son denunciados, o están implicados en diversas causas judiciales, se observa que el tiempo del proceso judicial, más que reparar daño, cronifica esperanzas y certifica la frustración de responsabilizar soberanamente al poder gubernamental.

Con respecto al poder judicial y a las fuerzas que lo rodean, Foucault considera que el poder no es lo mejor distribuido en el mundo y que no responde a una distribución anárquica ni democrática: “Se debe hacer un análisis ascendente del poder, arrancar los mecanismos infinitesimales, que tienen su propia historia, su propio trayecto, su propia técnica y táctica, y ver después cómo estos mecanismos de poder han sido y todavía están investidos, colonizados, utilizados, doblegados, transformados, desplazados, extendidos por mecanismos más generales y por formas de dominación global” (Foucault, 1992: 153). Se debe, por lo tanto, analizar las técnicas y procedimientos de los niveles más bajos y desplegar cómo estos mismos son desplazados a fenómenos más generales.

La negación y el silencio gestado a lo largo de los años no fue un fenómeno macro político propuesto desde las cúpulas del poder solamente, sino que se estableció a nivel micro político: entre las detenciones-desapariciones y las demandas de los familiares ante las oficinas policiales, estatales y eclesiásticas. A mayor demanda de esclarecimiento, las fuerzas dominantes reforzaron estas modalidades y las perpetraron como lógicas legítimas de ejercer el poder. Dentro de los mismos grupos sociales íntimos, como lo probaron Diana Kordon y Lucila Edelman (1986), y como también lo analizan Alejandro Vainer y Enrique Carpintero (1991), la negación y el silenciamiento de lo sucedido funcionó como motor de la culpa en muchos. Pero hubo quienes no se culpabilizaron, hubo los que se opusieron al silencio, en búsqueda de sus seres queridos frente a los funcionarios policiales y públicos. También fue esta relación, por medio de estos mecanismos, lo predominante. La movilización permanente se gestó a este mismo nivel, como lo demostraron las Madres y Abuelas de Plaza de Mayo en su cotidiana marcha de los jueves y el CELS y el SERPAJ, a través

de constantes presentaciones judiciales y de documentos públicos. Fueron en estos términos de relaciones de fuerzas en que el accionar de la justicia toma forma y forja subjetividades. La lógica global de la sujeción al poder fue y es ese equilibrio más o menos constante, más o menos repetitivo, de la modalidad de estas relaciones de fuerza.

De acuerdo con lo establecido en la Constitución Argentina reformada en 1994, la estructura del ordenamiento jurídico quedaría armada, por una parte, con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y por otra, con la Constitución que reconoce esta relación jerarquizada por debajo de ella misma. Aun cuando la supranacionalidad estuviera ya desde 1946, cuando fue ratificada la Carta de las Naciones Unidas; en 1980, al ratificarse la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en 1972 y entrada en vigor en 1980<sup>2</sup>; y con la ratificación de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que fue en 1984. Pero esta supranacionalidad no significa que sea obligatorio que este círculo de acción diferente intervenga para cada caso contencioso. Y además, este círculo se guía por las reglas del Derecho Internacional creadas por los tratados que no son un jurídico universal, sino que son sólo vinculatorios para aquellos Estados que los ratifican.

Ahora bien, la supranacionalidad también se refiere a prescribir la obligación del Gobierno Federal de afianzar las relaciones de paz y comercio con los Estados extranjeros por medio de tratados compatibles con el derecho público establecido. "De no impulsar la integración, el Gobierno Federal no afianzará las relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras. No obrar de esta manera, esto es, no afianzar las relaciones de paz y de comercio con los demás Estados, significa entre otras cosas, incurrir en responsabilidad internacional por violación de los tratados internacionales. Los tratados de integración tienen otra limitación de orden sustancial: respetar el orden democrático y los derechos humanos. En cierto modo se produciría una especie de recircularización de los derechos humanos" (Travieso, 2002, 54, 55). La situación por lo tanto, que dejó la década de los '90, fue de una clara separación e incongruencia entre lo discursivo de la responsabilidad internacional asumida por la sociedad argentina en la dimensión

---

2 La cual en su artículo 27 establece que los Estados no pueden alegar su derecho interno como causa para incumplir obligaciones internacionales, confiriéndole supremacía al Derechos Internacional convencional sobre el derecho interno.

jurídica y social, y la administración general de los recursos del Estado argentino.

Sin embargo, no ocurrió lo mismo entre los acuerdos de integración comercial al sistema financiero mundial y las reformas ejecutadas en las instituciones del Estado mediante los Planes de Ajuste Estructural. Cuestión que el estallido social de diciembre de 2001, comprobó sin rodeo alguno, que la tensión política social se remitió a: la inexistencia de sectores institucionales que articularan las necesidades que la sociedad básicas que demandaba y de trabajadores que ejecutaran las tareas administrativas y concretas para colmarlas; y no a la falta específicamente de eficacia y eficiencia económica que la sociedad argentina presentó años anteriores, es decir, a un problema de solvencia. Comprobamos que esta tarea articularia entre los recursos materiales, organizativos, administrativos y de control sobre lo nacional ha sido delegada desde hace años, a una sociedad no gubernamental, sin fines de lucro, privada y financiera; que provoca -imaginariamente- en la sociedad la fábula del que se auto-organiza para auto-controlarse. Y que, simbólicamente, se reconoce y se valoriza más aún si, desde el exterior del país, se las reconoce y mantienen relaciones interinstitucionales, pero que materialmente, no se auto subvenciona ni se auto industrializa.

Ahora bien, “el tema de la garantía de operatividad en los tratados de tipo pragmático motiva discusiones especialmente dentro de los tratados. Uno de los casos más evidentes es el caso de la convención de los Derechos del Niño en cuyas normas, se prescribe obligaciones de los Estados, a adoptar medidas eficaces, pero no hacen mención directa o concreta a producir la baja de índices de mortalidad infantil, ni programas que puedan abarcar obligaciones plurianuales de los estados ratificantes” (Travieso, 2002, 18). En el marco de esta Convención, el presidente argentino Carlos Menem, participó de la Cumbre a favor de la infancia en Nueva York en setiembre de 1990 y propuso la meta de reducir la tasa de mortalidad infantil de 26 mil a 20 mil para el año 2000. Entonces, si entre un Estado y sus pares internacionales media un convenio que obliga a un gobierno a regirse por compromisos internacionales, “cabe preguntarse si los particulares podrán exigir el cumplimiento de esta disposición o si la norma actúa como una especie de salvaguardia que asegura que el Estado no puede legislar contra esos principios” (Travieso, op. cit.). Es decir, qué tarea

le cabría al ciudadano, si demandar por las obligaciones que el Estado, un gobierno no cumple, un funcionario no cumple; o simplemente reasegurarse de que el mismo Estado no empeore la situación. Además, de despedirse de su posibilidad de buscar responsables por situaciones innecesarias o aberrantes. ¿Cómo puede describir la conducta de un funcionario público que fue responsable, como individuo cívico, de una falta internacional? Es decir, si una conducta que responsabiliza a un Estado a nivel internacional, ¿debería ser investigada y responsabilizada en determinados funcionarios por el círculo jurídico internacional o nacional?

Las cláusulas declarativas de derechos a veces no pueden sino ser pragmática, por los que asignarle en el lenguaje normativo la naturaleza operativa poco o nada soluciona, si verdaderamente el derecho anidado en ellas requiere ineludiblemente el desarrollo ulterior por una norma infra constitucional, o la concurrencia de condicionamientos socioeconómicos propicios que están ausentes” (Bidart Campos, 1991, 368). Es decir, la operatividad no es capaz de resolver la totalidad compleja de los problemas, pero es necesario que las normas declarativas tengan una claridad gramatical tal que permita que toda norma declarativa de derechos tenga posibilidad de ejecutarse inmediatamente.

Ahora bien, la gestión presidencial de Néstor Kirchner puso énfasis, a partir del 2003, en que la actuación de la Corte Suprema de Justicia estuviera también abocada a la investigación de delitos de lesa humanidad, por un lado, y que tuviera más independencia con respecto al Poder Ejecutivo, por otro. Si bien a esto último muchos sectores lo observan como una fachada política, sin embargo, la creación de la UNASUR para fortalecer la democracia en la región de Latinoamérica, es de innegable contribución para la democracia y por ende, a los derechos humanos. Además, también intentó en fortalecer al Estado como regulador y activo en políticas de índole económicas, y concretizó alianzas económicas con los países del Mercosur. Lo que significa una propuesta regional, es decir latinoamericana, sobre el manejo y planificación de la política y la economía. Esta política de fortalecimiento del Estado la continuó la actual presidenta Cristina Fernández de Kirchner, tanto a nivel de administración de los recursos del país. A partir del cambio de gobierno nacional y su giro en materia económica, social, política y jurídica, los procesos referidos a los



juicios por delitos de lesa humanidad han sufrido un enfriamiento y enlentecimiento. A tal punto que, hubieron jueces que dictaminaron aplicar una reducción de penas a los condenados por delitos de lesa humanidad, fundándose en una ley denominada peyorativamente 2 x 1 de los años '90, en la que establece que por cada año de un detenido aprehendido sin proceso o condena, se compute 2 años por cada año que pase en esta situación de situacionalidad jurídica.

Siguiendo con las precauciones de método foucaultiano de análisis del poder, él nos lleva a pensar que “en lugar de dirigir la investigación sobre el poder al edificio jurídico de la soberanía, a los aparatos de Estado y a las ideologías que conllevan, se la debe orientar hacia la dominación, hacia los operadores materiales, las formas de sometimiento, las conexiones y utilizaciones de los sistemas locales de dicho sometimiento, hacia los dispositivos de estrategia” (Foucault, 1992, 156). Lo que nos lleva a reafirmar nuestro análisis que considera al sistema judicial como una estrategia de dominación más, como una de las agencias del poder que tiene variadas tácticas y técnicas de dominación, entre las que podemos nombrar: la ejecución de un proceso penal mediante denuncia; secuencia y continuidad de los pasos procesales en su debido tiempo y forma y acatarse a ellos; la posibilidad o no de que exista una jurisprudencia sentada sobre el caso requerido o demandado, la negligencia en el procesamiento que lleva a que los tiempos legales se venzan en pos de una estrategia política y no de interpretación de normas (lo que conlleva muchas veces a una excarcelación o extinción de una causa); la existencia de errores por parte de los funcionarios de justicia, la probabilidad de falta de recursos técnicos y materiales para llevar las investigaciones a cabo, la no cooperación mediante información fehaciente de las fuerzas de seguridad, la ineficiencia de las instituciones estatales, la falta de voluntad política para ejecutar ciertas causas, la presencia de miedo por parte de funcionarios judiciales para mantener denuncias y procesos judiciales, el retroceso en materia de juicios por delitos de lesa humanidad y la victimización de los condenados en estos últimos dos años.

El tiempo judicial que procesa, prescribe, o pospone la sentencia es factor que subjetiviza en tanto que demora resarcimientos y resocialización frustrando psicológicamente, agotando fuerzas, aglutinando humanos como desechos, precarizando la vida cívica, adormeciendo el cuerpo colectivo, promoviendo la impotencia

colectiva. Dentro de esta lógica se juega la posibilidad de ser ciudadanos y hacer ejercer derechos en caso de ser violentados o excluidos: de acuerdo con un tiempo indefinido, interrumpido, con una lógica política, con ausencias, falencias y trampas de los operadores de las instituciones encargadas de soberanizar y disciplinar a los ciudadanos. La impunidad es en la justicia lo que el adormecimiento colectivo y desvalorización de lo público es en la identidad colectiva, son parientes contemporáneos en nuestros procesos subjetivos.

#### 4. LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL<sup>3</sup>

A la Corte Interamericana de Derechos Humanos no le es necesario citarse a sí misma como fuente para sus fallos, sino que es suficiente hacer alusión a lo que dictaminan los tratados explícitamente. Si bien no hace falta pronunciarse a través de fallos anteriores, no es tan fácil que la Corte Interamericana decida pronunciarse en opiniones consultivas, dictámenes o fallos. Esto también significa que, según las normas citadas, la jurisprudencia tiene valor como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho y que, en caso de dificultad para hallar tratados, costumbres o principios generales del derecho, la jurisprudencia y la doctrina serán los instrumentos idóneos para determinar las fuentes. “En verdad, la mayoría de los autores coinciden en que la jurisprudencia no es fuente de derecho internacional. Sin embargo, como veremos, las resoluciones de la Corte Interamericana de Justicia de Derechos Humanos estarían asumiendo carácter de fuentes del derecho, han formado un -ususfori-, del que los tribunales no quieren salir por la amenaza siempre latente de la responsabilidad internacional. En la Argentina, por ejemplo, esa interpretación ha constituido un nuevo paradigma de aplicación por los tribunales que ha superado el paradigma anterior al dualismo Derecho Internacional-Derecho Interno. El margen de penumbra que detentan las normas de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, se clarifica con la jurisprudencia” (Travieso, 1998, 20-21).

De todas maneras, “la cita de precedentes es habitual en la práctica de los tribunales nacionales e internacionales, especialmente en los

---

3 Jurisprudencia es el derecho judicial, cuando de él (en cuanto fuente del derecho constitucional) surge y entra en éste la norma no escrita de reconocimiento de los derechos. Es decir, mediante sentencia, establece norma a obedecer. Es la creación de derecho por los jueces.

fallos propios de cada órgano judicial constituyendo generalmente elementos de coherencia dentro de una serie. Un fallo es la consecuencia directa de otro u otros y cada fallo u opinión consultiva se basa en anteriores fallos, opiniones, consultivas o dictámenes. En todo sistema de derechos es imprescindible que haya un margen de predictibilidad” (Travieso, 1998, 18). Si bien fue con fallo del caso *Ekmekdjian c/ Sofovich*<sup>4</sup> en 1992 que, a partir de entonces los tribunales locales comienzan a tener en cuenta los elementos de las opiniones, consultivas y fallos de las Corte Interamericana de Derechos Humanos, además de la reforma constitucional de 1994, ya en 1983, en el caso *Cabrera Washington c/ Salto Grande* hubo referencia a la competencia de la Corte Suprema de la Nación de la responsabilidad internacional que puede incurrir un Estado en sus decisiones. Éste último es denominado “leading case”. Pero, como primeros pasos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desde las primeras Opiniones Consultivas<sup>5</sup>, ha ido generando interpretaciones de los tratados, como la Convención, de aplicación novedosa. Así, a través de estas opiniones comenzó a estructurar la interpretación jurisprudencial, acompañando de esta manera al desarrollo del Derecho Internacional.

La intención de coherencia en el tema de interpretación de los tratados también hace referencia a la estructura centralizante con que se construye la dirección de interpretación de los mismos y de la vinculación entre los Estados partes con respecto a un organismo. Esto es, el peso de forma de las “opiniones” que tienen las primeras aplicaciones de los tratados mediante opiniones y consultivas por parte

---

4 En junio de 1988 el extinto escritor Dalmiro Sáenz, en el programa televisivo de Gerardo Sofovich, se expresó verbalmente, pero en su discurso hubieron agravios hacia Jesucristo y la Virgen María. El constitucionalista Ekmekdjian interpuso una acción de amparo a fin de que se pudiera dar lectura, en el mismo programa, a un documento respondiendo a las ofensas de Sáenz, a modo de proteger el sentimiento religioso. La decisión del conductor del programa a no leer tal documento, provocó el inicio de juicio de amparo, por parte de Ekmekdjian, fundado en el derecho a réplica y basándose en el art. 33 de la C.N., y en el art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica.

5 Éstas implican la atribución de la Corte para conocer cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las normas de la Convención. En este sentido no está llamada a resolver cuestiones de hecho sino a emitir su opinión sobre la interpretación de una norma jurídica. Cumple una función asesora, por lo que significa que no tienen las opiniones consultivas el efecto vinculante que sí tienen sus dictámenes en materia contenciosa.

de los siete jueces que integran la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Bidart Campos (1989) rechaza la posición dualista que teoriza sobre la incomunicación entre un orden jurídico interno y uno internacional y, en cambio, adhiere al monismo que unifica a los dos órdenes jurídicos y predica la unidad de fuentes. Este criterio unifica a los dos órdenes jurídicos y predica una unidad de fuentes, de modo que “el derecho internacional penetra e ingresa automáticamente, directamente a partir de la ratificación del tratado por el Estado que se hace parte en él. No hace falta, después de la ratificación internacional que una fuente interna (ley) preste su filtro para que a través de él, el tratado entra a formar parte del derecho interno”. Se compone un plexo unitario. A partir de entonces la Corte Interamericana de Justicia ha dictaminado fallos en numerosos casos que conciernen a violaciones a los derechos humanos en toda América Latina, efectivizando el valor real de la ratificación de los tratados internacionales de derechos humanos y obligando a cada Estado parte a tomar medidas directas y concretas para resarcir los derechos violados. Así, el Estado pasó de tener sólo una responsabilidad constitucional a tener también una responsabilidad legal internacional con respecto a determinados ciudadanos, los cuales están amparados por “la voz de los silenciados”, es decir, la Corte Interamericana de Justicia en caso de que ésta se declare competente para emitir alguna opinión, consultiva o fallo. Esto, al decir de Bidart Campos, es una impronta más para que los derechos humanos comiencen a tener vigencia sociológica y no sólo normativa.

Es entre un derecho de soberanía y una mecánica de la disciplina que se juega el ejercicio de la dominación, como bien dice Foucault en capítulos anteriores. Es decir, entre saber demandar y el amedrentamiento judicial. El saber producido por una sociedad, es decir, el despliegue de las tecnologías políticas modernas que impacta sobre los sistemas jurídicos de la soberanía es lo que lo llevó a Foucault (1976, 1992c, 2002b), a observar este fenómeno de funcionamiento global de la sociedad y llamarla sociedad de normación.

## 5. EL ARGENTINO LABERINTO

Para avanzar sobre la jurisprudencia del derecho internacional nos parece necesario hacer una resumida narración sobre la administración y aplicación de la justicia argentina, que incluye, en

sus fallos a delitos de lesa humanidad perseguidos por la comunidad internacional aunque, al tiempo de dictamen de las sentencias, no hayan estado tipificados (estos delitos) ni ratificados los tratados que elevan a rango constitucional a los mismos.<sup>6</sup> En este intrínquilis judicial y político confluyen (y les competen la casi la totalidad de los sectores sociales), instituciones argentinas y componentes culturales. Además, constituyen los comienzos argentinos de la administración de la justicia cuando los delitos perseguidos son calificados de daños hacia la humanidad en sí y no a un bien privado o valor específico.

Fueron las leyes de Punto Final 23.049 sancionada en 1986 y de Obediencia Debida 23.521 sancionada en 1987 y los indultos de octubre de 1989 lo que hizo que la impunidad quedase impregnado en el imaginario de la sociedad argentina como un derecho de los poderosos, y no un fuerte esfuerzo de organizar la vida argentina de manera política y no judicial.<sup>7</sup> Entre sus primeras acciones como presidente, Alfonsín convocó al Congreso a sesiones extraordinarias para que tratase una serie de medidas que se resumieron en un proyecto de leyes, entre las cuales estaba la derogación de la auto amnistía; siendo ésta la primera ley que votaron los diputados después de ocho años de receso (Rapoport, 2006). Los otros proyectos hacían referencia a aumentar las penas para el delito de rebelión, reformar el Código Penal para reprimir el delito de tortura con la misma pena que homicidio (prisión perpetua) y liberalizando las normas de condena condicional y reincidencia, reformulación del Código de Procedimientos en lo Penal dirigida permitir la apelación ante la justicia de los civiles detenidos por militares y sobre la excarcelación limitando a dos años la duración de los procesos. Solicitó la ratificación parlamentaria de los pactos de Naciones Unidas sobre los Derechos Civiles, Políticos, y Derechos Económicos y Sociales, y del pacto de la OEA de San José (Verbitsky, 2003). También firmó el decreto 157 que ordenaba el enjuiciamiento a Firmenich, Vaca Narvaja, Obregón Cano, Galimberti, Perdía, Pardo y Gorriarán Merlo; y el decreto 158 que promovía la persecución penal a los miembros de las tres primeras juntas militares. De esta manera, se bautizaba a la doctrina de los dos demonios, al decir de Verbitsky (2003).

---

6 Recordemos además que sólo los países de Ruanda, Yugoslavia, Alemania e Italia han condenado a militares genocidas. El famoso juicio de Nüremberg condenó a civiles y militares después de la segunda guerra mundial.

7 Ver ítem 4 de este trabajo.

Pero hay que recordar que antes de las elecciones ya los organismos de derechos humanos conformados hasta entonces, emitieron un documento conjunto de exigencias y propuestas sobre derechos humanos, entre las cuales, propusieron una sanción de ley que tipificara el delito de desaparición forzada como crimen de lesa humanidad, imprescriptible, no amnistiable, extraditable e insusceptible de concesión de asilo político. Habiendo construido el sentido histórico de su acciones con un orden ético, con su orden ético, estos sectores sociales enumeraron reivindicaciones mediante un documento: nulidad de las leyes de excepción dictadas para dar apariencia jurídica a la represión y evitar consecuencias para sus responsables, desmantelamiento del aparato represivo, ratificación de los pactos de San José de Costa Rica y de la ONU; perfeccionamiento de la legislación sobre hábeas corpus y amparo; facilidades para el regreso de los exiliados; designación de nuevos jueces e investigaciones sobre las responsabilidades de los miembros del Poder Judicial durante la dictadura; investigación sobre los niños secuestrados y/o tenidos en cautiverio y anulación de las adopciones que se hubieran producido (Verbitsky, 2003). Del saber hacer a la soberanía, es decir, desde la metabolización psíquica y política por parte de las víctimas y familiares de la detención-desaparición forzada de personas hacia la consecución en el derecho de una nueva tipificación de delito. Del efecto de las estrategias y tácticas perversas de la implementación de las disciplinas políticas económicas, a la demanda por el derecho a obtener juicio alguno. Aquí también se juegan los procesos subjetivos como producto del contacto entre éstos dos campos heterogéneos.

La resistencia al poder no ha dejado de invocar el viejo derecho al soberano para disciplinar, para retomar posición de fuerza en la relación de poder. Para Foucault (1977) esta típica relación de fuerza, que implica en todo momento una relación de poder, reenvía “como a su efecto, pero también como a condición de posibilidad, a un campo político del cual forma parte. Decir que todo es político quiere decir esta omnipresencia de las relaciones de fuerza y su inmanencia en el campo político”. La posibilidad ahora de nombrarse, enumerarse, clasificarse, controlarse, narrarse y sentenciarse; es la condición para politizarse y entrar en la relación de fuerza resistiendo disciplinariamente.

Los mecanismos de negación y silencio, movilización y denuncia pública, propias de las relaciones de fuerza entre los argentinos cuando

el terror se aplicó desde el aparato estatal de manera ilegal y ultrajante, condicionaron a esta cuadrícula de relaciones cuando una de ellas se ennegueció y no reconoció al demandante. Si hubo un retraso en juzgar crímenes de lesa humanidad prolongado por 30 años y un retraso en condenas de personas privadas de libertad; serían por estas razones, por estos estilos de relaciones.

Y si bien la sentencia a los pocos militares se dio a conocer tan sólo pasado dos años desde que Alfonsín asumió la presidencia, y sí hizo él un gran esfuerzo en articular las fuerzas de poder de la argentina; políticamente se afianzaron los pactos de complicidad, es decir, subjetivamente la sociedad de normación argentina comenzó a repetir su saber hacer en el campo político (originado en su relación en las fuerzas de fuerza).

De todas maneras, en 1986, la Cámara Federal condenó a Camps a 25 años de prisión, al Comisario Etchecolatz a 23 años, al General Riccheri a 14 años, al médico policial Bergés a 6 años, al cabo Cozzani a 4 años, y absolvió a los comisarios Vides y Rousse. La misma Cámara declaró prescripta la acción contra Astiz, aunque dio por aprobado el secuestro de la adolescente argentino-sueca Dagmar Hagelin. Lo que significó en este particular caso que hubo un delito que se cometió, pero ningún responsable imputable. La negación de los hechos quedó plasmada en lo jurídico, es decir, fue el discurso ambiguo que proveyó de fuerza política a las demandas de verdades diferentes sobre los hechos acaecidos durante los últimos años.

Fue justamente el día después de estas condenas que el Presidente Alfonsín presentara su proyecto de Ley de Punto Final. Una jurisprudencia argentina con declaraciones de verdades y decisiones en sus fallos y opiniones que involucraron a los sectores que estuvieron en pugna. Como bien dice Verbitsky, “el presidente desarrolló la habilidad de plantear las cosas de modo tan ambiguo que cada uno las pudiera interpretar según sus deseos” (2003). Los jueces de entonces tampoco sortearon en sus decisiones la ambigüedad del discurso político.

Entonces es viable preguntarse: ¿Qué es el sistema de derecho sino la voluntad de dominio? No fue necesario negarle a un sector su verdad, como así tampoco negarle al sector perverso la suya: su voluntad bélica. Es decir, la Ley de Obediencia Debida, por su parte, estableció que el proceso se daría a quienes, por su importante ubicación en la cadena de

mando, estuvieron en condiciones de revisar las directivas recibidas, o tuvieron la capacidad de recibir la ejecución de operaciones ilegales, y de los ejecutores materiales de hechos atroces o aberrantes. “La declaración leída por Emilio Mignone recordó que, según el fallo de la Cámara Federal, la sanción a quienes dieron las órdenes no excluía la responsabilidad criminal de quienes las llevaron a cabo, de los que secuestraron, torturaron o asesinaron” (Verbitsky,2003).Así todo, esta ley no excluyó de la igualdad ante la ley para procesar a más de cuarenta generales de la elite que asaltó el poder en 1976: dos ex presidentes; dos ex comandantes en jefe del Ejército; tres jefes de su Estado Mayor; veintiún comandantes y segundos comandantes de los cuatro cuerpos del Ejército y el equivalente Comando de Institutos Militares. En la Armada a cinco vicealmirantes y tres contraalmirantes, y en la Fuerza Aérea a dos brigadieres y media docena de comodores; los cuales quedaron detenidos hasta que el siguiente presidente dictó las leyes de indulto en 1989 y 1990. En cuanto a la Ley de Punto Final, aprobada por el Congreso en diciembre de 1986, “Adriana Calvo de Laborde repetía en un pasillo de tribunales que la prescripción es el Punto Final. La solución está en manos de los legisladores, no de los jueces, le respondió el fallo de la Cámara, en un tramo que desnuda claramente la limitación del esquema jurídico aplicado: leyes convencionales para juzgar situaciones de excepción” (Verbitsky, 2003). Es decir, hubo un plazo dictaminado de 60 días en las que se realizaron las instrucciones según esta ley, y se llamó a prestar declaración indagatoria, elevándose a juicio los correspondientes acusados. Después de este plazo, se dictaminó el cese del estado de sospecha sobre los militares. Estrategia política y social de un gobierno ante la aberración jurídica que cometió un gobierno de facto pocos años atrás. La complicidad se concretizó en un pacto entre sectores, y no brindaron posibilidad alguna sobre la averiguación y producción necesaria de un conocimiento, que la justicia misma necesitó y a la cual ellos mismos invocaron.

Los tiempos formales del sistema de derecho funcionan como amedrentamiento del poder, como parte del juego entre la mecánica de la disciplina y el saber del derecho. “El derecho no es ni la verdad, ni la justificación del poder. Es un instrumento a la vez parcial y complejo. La forma de la ley y los efectos de prohibición que conlleva deben ser situados entre otros muchos mecanismos no jurídicos” (Foucault, 1992<sup>a</sup>, 169). Son los mecanismos de producción de conocimiento, de saber



hacer de la sociedad los que rellenan estos espacios de relaciones de fuerza. Y por mecanismos entendemos no las diversas configuraciones de sentido que pueden establecer los conocimientos de un grupo social, de un análisis sociológico, de una medicina aplicada, la información de una ONG; sino la lógica desplegada en toda esta relación. En la Argentina de los '80, parece ser que la extinción de las causas y la ausencia de sentencias en tiempo y forma, fue el equilibrio justo de las relaciones de fuerza. Y por justo no sólo entendemos el momento apropiado; sino también la propia ética, nuestro uso reflexivo de nuestra libertad. La justicia argentina administró su justicia haciendo uso político de su Constitución Nacional y de los códigos internacionales, penales y del tiempo procesal, quiere decir, que más que una cuestión de normas o falta de recursos y de interpretación de las mismas, fue una cuestión de tiempos políticos para aplicar determinadas normas. Es decir, se promovió -y se promueve todavía en muchos casos- a que prescriban las causas o se sentencia precozmente, y después se toma conciencia si fue decisión penal, política, o social.

Estas sentencias judiciales de corte político fueron la expresión de la complicidad que existió entre una sociedad excluyente de mercado y su pervertida fuerza militar. El silencio de los jueces, que encauzaron las causas sin guiarse por la ratificación de la Carta de las Naciones Unidas de 1948, ni por la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969<sup>8</sup>, también confirmó y avaló la voluntad de negar la realidad de una gran parte de la sociedad argentina por miedo, por terror, por culpa, por ambición, por identificación con el primer mundo, por frustración con este tercer mundo. Realidad que activó los fantasmas del desorden social mediante el terror de mercado, mediante el debilitamiento político de un gobierno. Los pactos políticos fueron y serán de alcurnia silenciosa.

Durante los años noventa, las consecuencias del Estado en retirada, de un mercado nacional que se integró al mercado financiero

---

8 Ni por las convenciones que contienen aspectos parciales como las de: Ginebra, sobre prisioneros de guerra, protección de civiles en tiempo de guerra, heridos y enfermos durante la guerra, todas de 1949; sobre genocidio, de 1948; esclavitud, de 1926-1953; tráfico de personas y explotación de la prostitución, de 1950; discriminación racial, de 1965; asilo, asilo político, asilo diplomático, asilo territorial, de 1928-1933-1954; derechos civiles de la mujer, de 1948, libertad sindical, de 1948; negociación colectiva de trabajo, de 1949; política de empleo, de 1964.

excluyendo y marginando a la mayoría de sus integrantes, una sociedad que necesitó auto-organizarse y se mercantilizó, y una justicia que acostumbró a sellar pactos de la realidad violenta; dio origen al discurso de una doctrina del miedo a la inseguridad. Ésta anuda la negación de la violencia ejercida; la legitimización de la complicidades entre actores que detentaban poder alguno (económico, político y/o judicial), y la realidad desamparada y concreta que enfrentaban más de 4 millones de ciudadanos.

Entre los pactos políticos de complicidad de los sectores de poder confluyeron la desocupación y el sistema represivo: la negación y el silencio en la dinámica social de aquellos que se movilizaban, producían conocimiento y denunciaban directa e indirectamente. Por otro lado, las alzas en las estadísticas de delitos incluían al sector marginado y al sector policial y militar, pero jamás al sector de funcionarios de sectores públicos, sectores privados o financieros.

## 6. LIBRE COMERCIO JUDICIAL

En 1989, la Cámara Federal de La Plata confirmó la sentencia y concedió la extradición de J. F. Schwmmberger, solicitada por la República Federal Alemana para ser juzgado por los delitos de asesinato reiterado. En 1990 el teniente de Navío Astiz fue juzgado en su ausencia por un tribunal de París que lo condenó por la desaparición y muerte de las monjas Alice Domon y Léonie Duquet nacidas en Francia, pero que habían elegido vivir en la Argentina. El gobierno francés reclamó su extradición, la cual no fue concedida. La situación jurídica de Astiz en Argentina, es decir, de inocencia, llevó a que no se concediera la extradición. Esto produjo una situación verdaderamente paradójica, ya que este hombre fue considerado inocente en el país donde cometió los delitos, pero si salía del mismo, sería detenido inmediatamente por estos mismos delitos por la Interpol. Por otro lado, recién en 1990, se dictaminó la extradición de E. Priebke por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, formulada por la República de Italia, por haber dado éste muerte a setenta y cinco judíos no prisioneros de guerra, calificado como delito de genocidio. En los considerando del fallo se encuentran las citas a los Convenios de Ginebra de 1949 aprobados por las leyes 23.379 y la importancia sobre la celebración de los tratados, es decir, la aplicación en el sistema de derecho interno de formar parte de la comunidad internacional que persigue y castiga

los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra. También el fallo cita a la Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Convención de Ginebra de 1949 para la protección de víctimas de guerra, el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio.

## 7. LIBERTAD DE EXPRESIÓN

El fallo Ekmekdjian c/ Sofovich de 1992 “tiene una base sobre la cual se ha construido una verdadera doctrina en materia de libertad de prensa, de expresión, de pensamiento y derecho de información y respuesta” (Travieso, 1998, 93). Dentro del campo del derecho a la libre expresión, antes, en 1984, la Corte Suprema de Justicia dictó el fallo del caso “Indalia Ponzetti de Balbín c. Editorial Atlántida”. Para Travieso, “desde este fallo en adelante, la jurisprudencia con mayor o menor decisión no dudó en aplicar los principios del Derechos Internacional” (Travieso, 1998, 93). Otro caso sobre el tema fue “Campilla y Julio César c/ La Razón, Crónica y Diario Popular” en 1986. Hubo otro que fue en 1987 con el fallo “Costa Héctor Rubén c/ Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires y Otros s/ Daños y perjuicios”, y también el fallo “Servini de Cubría M. R. c/ Mauricio Borensztein s/ Amparo” en 1992. Por parte de la Comisión Interamericana, uno de los primeros casos de su aplicación, fue el caso “Sarotto Aníbal José c/ Panadería Argentina s/ Amparo” en 1986. En 1987 se destaca el caso “Costa Héctor R. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires” y el caso “Sánchez Abelanda Raúl c/ Ediciones La Urraca” fallados por la Corte Suprema. Y también en 1989 la Corte Suprema emitió su fallo en el caso “Verbitsky, Horacio y otros.”

El ejercicio del derecho a informar debe hallarse en necesaria armonía con los restantes derechos constitucionales entre los que se encuentra la integridad moral y el honor de las personas: “El tema quizás más relevante en cuanto al derecho de expresión es el que se refiere a la posibilidad de ulterior responsabilidad. El principio clave es que no procede la censura previa, sin que ello obste la responsabilidad ulterior. La Corte Interamericana ha establecido los requisitos para el establecimiento de la responsabilidad: a) La existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas, b) La definición expresa y taxativa de esas causales por la ley, c) La legitimidad de los fines

perseguidos al establecerlas, y d) Que esas causales de responsabilidad sean necesarias para asegurar los mencionados fines” (Travieso, 1998, 105). Por lo que significa que la libertad de prensa no debe ser absoluta, a la vez que se prohíbe la censura previa. Así se resolvió este enfrentamiento entre dos derechos, entre dos fuerzas bajo la epistemología del soberano y de la disciplina. Controlar y legislar, enumerar y tipificar, procesar y sentenciar. Con respecto a este derecho, no hay prohibición, y a la vez hay sentencia. Sin embargo, “sin la existencia del derecho de réplica con el contenido amplio que pretendemos asignarle, la libertad de prensa para todos es un mito, un mero catálogo de ilusiones, una simple afirmación dogmática” (Ekmekdjian, 2002, 104). Fue justamente el caso “Ekmekdjian c/ Sofovich” a partir del cual la Corte Suprema de Justicia consagró expresamente el derecho a réplica como un efectivo ejercicio de la libertad de prensa, ya que aquel protege el derecho al honor, a la intimidad y a las convicciones fundamentales de las personas (religión, profesión, nacionalidad).

Ahora bien, la única manera de no limitar o censurar a los medios de expresión podría consistir en el establecimiento de un ombudsman para los medios de expresión, designado y promovido por el Parlamento, responsable ante éste, y auxiliado por un consejo asesor de Organizaciones No Gubernamentales, nacionales e internacionales de reconocido prestigio” (Travieso, 1998, 107). La importancia para nuestro análisis no es sólo la conclusión de que en cuanto a la libertad de expresión, las relaciones de fuerza tuvieron su batalla; sino también la posibilidad, todavía no obligatoria, de una figura civil que asesore la libertad de expresión. Comprobamos que las ONGs tienen un lugar para cumplir una función en relación con los derechos humanos, sin sustituir a la Justicia. La sociedad civil que se auto-organiza también comienza a auto-controlarse y a clasificarse, enumerarse y juzgarse. Y no sólo con respecto a este derecho en particular, sino también como los siguientes a investigar. Este camino de denuncia ya fue marcado por los organismos de derechos humanos nacidos a fines de los setenta.

## 8. LAS GARANTÍAS

También es a partir de esta Reforma Constitucional que las figuras de habeas corpus, amparo y habeas data se les confiere rango constitucional en el art. 43. Son recursos judiciales efectivos

a todas las personas que se hallen bajo la jurisdicción del país que haya ratificado los pactos internacionales de derechos humanos. Vale decir que las garantías son los medios idóneos para que los derechos y libertades se hagan efectivos. Algunas garantías previstas en el art. 18 de la C.N. son genéricas, es decir, que sirven de protección para todos los derechos. La tendencia es ir ampliando el ámbito de protección especial a otros derechos. La acción de amparo es la vía reservada para delicadas y extremas situaciones en las que pelagra la salvaguarda de derechos fundamentales como la vida, la salud, y la satisfacción de necesidades asistenciales básicas. (Cámara Federal de Corrientes, 2000/11/03.- Lavoletta, Justa J. y otros c/ PAMI). En realidad, el amparo surgió en 1957-1958 por fuente de derecho judicial emanado de la Corte Suprema, cuando aún no existía norma escrita que lo contuviera (Bidart Campos, 1991).

El habeas corpus ha sido previsto para corregir el agravamiento de las condiciones ilegítimas del modo y condiciones en que se cumple la detención, es decir, para evitar mortificaciones que excedan las precauciones exigidas por la seguridad, sin perjuicio de las facultades propias del juez del proceso si lo hubiere (Corte Suprema, 1999/11/01.- G., J. C.). Se trata de un mecanismo protector aplicable para cualquier tipo de privación de libertad, sin distinción alguna sobre la naturaleza y que procede para los demorados, arrestados, detenidos preventivamente en el proceso penal y condenados a penas privativas de libertad; convirtiéndose en un medio legal adicional, rápido y eficaz para resguardar el trato digno en prisión. Hasta antes de la reforma de 1994, la jurisprudencia y la doctrina, hacían derivar el habeas corpus directamente del art. 18 de la C.N. El fallo de la Corte Suprema de Justicia ejemplar que remarca la aplicación del derecho de defensa, corresponde al caso “Scilingo Adolfo Francisco s/su Presentación” en causa N° 6888 del año 1997. Otro caso del mismo año es “Carreras c/ Seijas, Ricardo Mario (su sucesión) y otros”.

Otros casos de jurisprudencia con respecto a las garantías procesales se dieron mucho antes, en 1984. Uno de ellos fue “Cuccaresi Ricardo D. s/Excarcelación” cuya defensa solicitó la aplicación de la CIDH y de la ley 23.054 que consagró el derecho a toda persona a ser juzgada en un plazo razonable o ser puesta en libertad. No se dio lugar a la operatividad de la CIDH, entre otras cosas, porque el imputado ya registraba condenas anteriores. También en el mismo año

se solicitó la excarcelación en “Molinari J. A.”, la cual fue rechazada porque la excarcelación no encuadraba en las normas vigentes y por los antecedentes personales del procesado. Sin embargo, el “leading case”<sup>9</sup> sobre esta materia, a partir del cual se concluyeron las diferentes interpretaciones sobre el plazo razonable de detención entre los tribunales federales y provinciales fue “Arana Juan Carlos s/ excarcelación”, en 1995. En sus considerandos se cita a la Convención Americana de los Derechos Humanos.

Para el 2001, el CELS interpuso ante el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires una acción de habeas corpus para todos los detenidos alojados en dependencias penitenciarias de la provincia, debido a la superpoblación existente, llegando a 6.364 alojados para una capacidad de 3.178. Este tribunal se declaró incompetente para tratar la acción y consideró que su aptitud es limitada y no prorrogable. En esta causa, ocho organismos nacionales e internacionales presentaron memoriales *amici curiae*. El Ministerio de Justicia de la provincia proveyó un informe en que declaraba que la población carcelaria subió de 23.264 en el 2001, a 30.414 en el 2004; reconoció la existencia del incremento de juicios en espera y el abuso de la utilización de prisión preventiva. Recién en el 2005 la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CELS, 2005a) emitió su sentencia haciendo lugar a la acción de hábeas corpus, y consideró que la situación presentada constituye una violación a las normas constitucionales y normas internacionales. Pero, en realidad el primer caso correctivo colectivo que se refiere a presos y fue resuelto por la Corte fue “Mignone”, en 1999. El organismo no gubernamental demandó por inconstitucional la norma del Código Electoral que prohibía votar a presos. La Corte acogió el amparo colectivo y dispuso que el Estado argentino dispusiese de los medios necesarios para hacer efectivo el voto a cerca de 5.000 penitenciarios.

Como se observa, en el edificio del derecho nacional y su relación con el internacional, poco a poco se afianzó una relación más recíproca para realizar sus interpretaciones de normas. Al decir de Travieso (2002), se entiende como retroalimentación a esta relación recíproca que se produce al incorporarse criterios de interpretación internacionales a los fallos nacionales. Esto es, al decir de Bidart Campos (1989), construcción de un plexo unitario. Sea con una metáfora desde un

---

9 “Leading case”: caso líder, o caso base, a partir del cual comienza la jurisprudencia.

punto de vista político económico o desde la física, al caracterizar de dependiente o de retro-alimentiva respectivamente, o de simpatizar con la discusión monismo-dualismo de esta relación entre el derecho interno e internacional, lo cierto es que la soberanía jurídica nacional en cierta forma, gana autonomía, vigencia sociológica, pero muchas veces pierde normatividad –según el juzgado o juez-. Ya que más que interpretación de normas, la posibilidad de pacto cómplice entre los sectores mencionados se ha legitimado y equilibra con mayor justeza las relaciones de dominación, es decir, la dimensión temporal en los procesos de instrucción e investigación judicial cobra relevancia en detrimento de acatarse a la norma escrita.

### **8.1. Doble instancia procesal**

Trata del derecho a recurrir a una instancia superior, es decir, incumbe a la garantía de la doble instancia penal. Por su parte, la CIDH llegó a abrir nueve casos sobre este tema, la mayoría pertenecientes a Costa Rica, pero sólo se pronunció sobre el primero de ellos, e instó a Costa Rica que dispusiera medidas adecuadas para resolver estos casos. Hasta entonces, la CIDH se abstuvo de opinar antes de que este país tuviera la obligación y la oportunidad de regirse él mismo por los tratados internacionales, evitando así la distorsión del sistema de la Convención.

Para Palacio de Caeiro (2001), la doctrina de la Corte Suprema sentada en este caso ha “reafirmado la tendencia monista que se ha impuesto en el sistema jurídico argentino a partir de la reforma del 94, ha reiterado que la doble instancia en el proceso penal, es una exigencia nacida del derecho de los tratados internacionales, ratificado la pertinencia de las cláusulas de los tratados internacionales al derecho federal, establecido el valor no vinculante y obligatorio que tienen los criterios interpretativos y recomendaciones de la CIDH”. Está presente el carácter monista que este comentario particular del fallo le otorga a la tendencia de la influencia del derecho internacional, es decir, una opinión distinta a la de Travieso en su concepción acerca de este tipo de influencia. Pero lo más importante a rescatar, para este trabajo, es la tendencia que existe, al menos en esta esfera de la vida social, a judicializar temas que tendrían que ser resueltos administrativamente.

## 8.2 Responsabilidad internacional

La situación de las cárceles argentinas muestra lo lejos que se está de cumplir con las normas de los Pactos Internacionales que establecen, entre otras cosas que: nadie será sometido a torturas ni penas crueles, inhumanas o degradantes; y que toda persona privada de libertad será tratada humanamente, teniendo derecho a la integridad física, psíquica y moral. La superpoblación carcelaria, las condiciones de deterioro y precaria de las cárceles, la violencia encubierta y silenciada entre presos y también de los carceleros, más una clase criminalizada por pobre, configuran un caldo de cultivo para que el Estado incurra en irresponsabilidad en varias de sus obligaciones. Además de las recién citadas, es cotidiano que en estas condiciones no se cumpla el derecho a la salud (las consecuencias severas de los casos de presos con sida que no reciben medicación); y el derecho a la educación. El sistema carcelario da cuenta de que es una institución estratégica de dominación que administra excluidos más que la re-socialización que deberían hacer y asegurar su reingreso a la vida cotidiana. Por ejemplo, en 1994 la causa "Internas U. P. VIII (Los Hornos) s/ acción de amparo", el juzgado en lo Criminal y Correccional de La Plata falló a favor de las internas en cuanto son portadoras del virus HIV porque fueron las condiciones de privación de libertad, más las sanciones disciplinarias y la carencia de atención médica lo que produjeron un pronunciado deterioro psíquico y físico en todas las internas infectadas. En sus considerandos citan a la Carta Internacional de los Derechos Humanos de 1948 y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966. En 1995 "Dessy, Gustavo G." interpuso un habeas corpus por haber sido agravado en sus condiciones de detención al violar su correspondencia y afectar sus derechos a la intimidad y privacidad, el cual fue denegado.<sup>10</sup>

Por su parte, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el 18 de diciembre de 2002 el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes. La ratificación de este Protocolo por parte de la

---

10 El Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes se aprobó en nuestro país, mediante la sanción de la ley 25.932. El objetivo de este instrumento es prevenir la tortura y los malos tratos mediante un sistema de visitas regulares a lugares de detención llevadas a cabo por órganos independientes de carácter internacional y nacional.



Argentina fue en el 2004, y se aprobó mediante la sanción de la ley 25.932. El objetivo es prevenir malos tratos y torturas mediante visitas regulares “in situ” a los lugares de detención por parte de organismos independientes de carácter nacional e internacional. Éste Protocolo impone deberes a los Estados firmantes para reforzar los mecanismos de control sobre las condiciones carcelarias.<sup>11</sup> En el 2001 y el 2002 se hicieron las presentaciones anuales por parte del CELS ante la Oficina del Alto Comisionado para los DDHH de la ONU; en el 2003 presentó un informe al secretario ejecutivo de la CIDH; en el 2004 ante el Comité Contra la Tortura de la ONU. También el 2004, pero esta vez abogados del Movimiento Ecuuménico por los DDHH presentaron medidas cautelares ante la Comisión IDH por la excesiva cantidad de muertes dudosas en los servicios penitenciarios de Mendoza. El Banco de datos de Casos de Tortura, creado en el 2000, registró 2.551 casos de torturas y malos tratos para el periodo entre marzo del 2000 y agosto del 2004; y 2.914 denuncias entre setiembre de 2000 y junio de 2004 en perjuicio de Menores Tutelados (CELS; 2005a). Es así que, la presentación de hábeas corpus individuales y colectivos, constituye la única herramienta de los defensores públicos para dar visitas regulares y no anunciadas a los establecimientos de detención para monitorear las condiciones de detención. Y también como modo de acceder el contacto con un juez, ya que prevé la realización de una audiencia judicial obligatoria.

### **8.3 Derecho a la salud**

A principios de 1996, y en los dos siguientes años, las ONGs Asociación Benghalensis, Fundación Descída, FEIM, Asociación Civil Intilla, Fundación R.E.D., Fundación CEDOSEX, Fundación Argentina pro Ayuda al niño con Sida y Asociación Civil S.I.G.L.A. promovieron una acción de amparo contra el Estado Nacional y el Ministerio de Salud y Acción Social. Esto, con el fin de que cumpliera con sus obligaciones de asistencia, tratamiento y rehabilitación y administración de medicamentos a las personas que padecen deterioros a causa del virus

---

11 Según información suministrada por la Procuración General de la Nación, entre enero de 2000 y junio de 2004 se iniciaron más de 4.000 investigaciones por los delitos de apremios ilegales y torturas en el ámbito de la Justicia Nacional Ordinaria de la Prov. De Bs. As. y de la Justicia Federal de todo el país. Se dictaron sólo catorce sentencias condenatorias, todas por delitos de apremios ilegales, y el 1,6% fue calificada como tortura. (CELS, 2005)

HIV, en todos los hospitales y efectores sanitarios del país. La Jueza Federal Rodríguez Vidal, hizo lugar a la medida cautelar peticionada en este caso, en consecuencia: “hágase saber al Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación que por intermedio de la Secretaría de Recursos y Programas de Salud de Lucha contra Retrovirus Humanos, deberá adquirir y entregar a cada uno de los efectos sanitarios del país, los reactivos y medicamentos incluidos en el vademécum Básico aprobado en 1994” (Travieso, 1998, 246).

Se percibe la función complementaria y no administrativa del sistema judicial a las políticas administrativas, promoviendo y estableciendo obligación legal al Estado. Pero no establece responsabilidades de funcionarios de haber hecho incurrir al Estado en irresponsabilidad internacional. A la vez, en la efectividad y necesidad del control y denuncia de las violaciones a derechos se comprueba que es la sociedad civil, reconocida simbólicamente y materialmente, la que porta la legitimidad y la fuerza de ejercer los medios idóneos del sistema del derecho. Por lo que también significa que, sin la movilización de este sector, los crímenes o delitos referidos a derechos humanos difícilmente sean denunciados si los demás ciudadanos no tienen los recursos (educativos, materiales y con fuerza política) necesarios para saber y poder actuar. Entre las disciplinas y la soberanía se juega el ejercicio del poder. Entre el disciplinamiento del mercado excluyente y el derecho a demandar, las fuerzas de los distintos sectores sociales, luchan dentro del sistema judicial.

Además de la falta de recursos del Estado y de la responsabilidad de los funcionarios de administrar a los mismos, la situación se ha visto opacada por la presencia de los niveles de precariedad y violencia en las cárceles, por el colapso del sistema de salud, por la ausencia de instituciones contenedoras de lo social como lo es la escuela y las municipalidades. Es decir, básicamente es el Estado el que está obligado a cumplir con los estándares, pero los funcionarios del Estado no son penalizados por malversación de los recursos administrativos, en caso que el detrimento del goce de los derechos sea denunciado, comprobado y sentenciado. Pareciera que la judicialización de los derechos humanos no permite visualizar las causas de la ineficiente administración de los recursos y definir: si es por faltas cometidas por funcionarios públicos, a los cuales les cabría una responsabilidad; o

por la escasez de recursos y de funcionarios públicos que lleven a cabo los medios idóneos y las medidas operativas eficaces.

#### 8.4 Otros casos de jurisprudencia

Los derechos en los que se sentaron jurisprudencia son variados y también novedosos, como lo pueden ser el derecho a la identidad sexual, o respecto del habeas data que se constituye como la nueva garantía.

Durante 1999 una mujer de 40 años, 10 hijos y situación económica mala, promovió una acción de amparo contra el Ministerio de la Salud Pública de Buenos Aires, ya que éste tenía la intención de proceder a aplicarle una ligadura de trompas.<sup>12</sup> En este caso, fallado en febrero de 2001, “ante la controversia entre la aplicación de normas de carácter y/o provincial, el juez procede correctamente y aplica normas internacionales” (Travieso, 2002, 706). Como dijimos anteriormente, el principio de la espacialidad también rige para la aplicación de los tratados internacionales y en consecuencia hay que analizar entre los jerarquizados y determinar cuál es el más aplicable. La Cámara declaró la deserción del recurso apelado y confirmó la sentencia de primera instancia de proceder con los medios pertinentes para efectuar la ligadura de trompas.

También en el 2001, el defensor de menores pidió autorización judicial para que permitiera donar material anatómico, a un menor afectado por atresia de las vías biliares, que no tenía parentesco requerido por la ley 24.193 que dictamina la obligación de ser pariente de un menor para realizar trasplante de órgano. El juez de primera instancia hizo lugar a la petición y aplicó el principio *Pro Homine* y protegió el derecho a la vida. Pero, para Travieso: “se perdió la oportunidad dados los hechos del caso, de permitir la auto ejecutoriedad al derecho internacional de los derechos humanos” (Travieso, 2002: 81). Esto es, haber citado a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, cuestión que la magistrada no hizo.

Con respecto al derecho a la salud en Santa Fe, el padre adoptivo de un menor sin cobertura médica pidió ante la Justicia Federal que el Estado Nacional le brindase los servicios básicos de rehabilitación

---

12 Teniendo como jurisprudencia vinculada casos en Mar del Plata en 1996, Trenque Lauquen en 1997, Río Cuarto en 1994 y General Roca en el 2000.

porque padecía de parálisis cerebral. El caso fue que, aun cuando en primera y segunda instancia se obligó a que se prestasen los servicios, no hubo operatividad por parte del órgano estatal<sup>13</sup>, por lo que el demandado concurrió por queja ante la Corte Suprema. La misma en el 2001 declaró que el órgano responsable no puede invocar insuficiencia presupuestaria para justificar la falta de acceso efectiva a la atención médica. Este caso tiene su jurisprudencia de dos fallos de la Corte Suprema en el 2000. Existe uno en 1987 en la que la Corte excluyó el derecho de exigirle al Estado que produzca o adquiera una droga específica para una ciudadana.

Como presencia de otra ONG vinculada con la defensa de los derechos humanos referidos al acceso de información pública, la Fundación Poder Ciudadano promovió un amparo en febrero del 2001 contra la Secretaría Administrativa del Senado de la Nación a fin de que se declare ilegítima la omisión en que ésta incurrió en presentar las declaraciones juradas patrimoniales de los senadores. En noviembre la juez en primera instancia dio lugar al amparo.

El CELS es querellante y representante, tanto ante tribunales nacionales como internacionales. Pero además ha intervenido, por ejemplo, como patrocinador de cuatro personas con HIV, y que la obra social IOMA, a la cual estaban afiliadas, no cumplió con la entrega de medicamentos. El CELS ha sido querrela por: la ejecución extrajudicial de un joven (Caso Riquelme-Witis), asesinado como rehén junto a su raptor en setiembre del 2000 en una persecución policial. En agosto de 2003 el TOF N°3 de San Isidro absolvió al responsable por la muerte del ladrón, mas fue condenado por la muerte del rehén. En 2005 se falló nuevamente anulando la primera instancia y condenándolo por mayoría. También querellante por la represión de manifestaciones públicas (Caso 20 de diciembre de 2001). Y también en 2005 (Caso Puente Pueyrredón del 2002) se condenó a ocho responsables. El CELS también ha sido *amici curiae*<sup>14</sup>: contra la criminalización de la protesta que ya lleva más de 5000 acusados e imputados de delitos de sedición

---

13 Servicio Nacional de Rehabilitación y de Promoción de la Persona con Discapacidad.

14 Los *amici curiae* ("amigos del tribunal") son presentaciones que pueden realizar terceros ajenos a una disputa judicial a fin de expresar sus opiniones. Es una herramienta que permite aportar nuevos argumentos jurídicos y representan un mecanismo de representación ciudadana que vuelve la búsqueda de justicia una actividad colectiva. (CELS, 2008)

e interrupción del tránsito en 1997 (Caso Shifrin) y que recién en 2005 la Corte Suprema elevó el expediente a la Cámara de Casación; y en reclamo en un derecho a la vivienda digna en 2001 (Caso Ramallo), teniendo fallo de 2º instancia en el 2002; sobre la protección de derechos laborales desprotegidos por recorte fiscal en 2001 (Caso ley Déficit Cero) y finalmente en agosto de 2002 la Corte Suprema falló la inconstitucionalidad de esta ley.<sup>15</sup>

En relación con los derechos sociales, o con el disciplinamiento del mercado excluyente, en 1999, un grupo de beneficiarios con el asesoramiento del CELS, denunció ante la Oficina Subregional del Banco Mundial en Buenos Aires, que hubo un recorte presupuestario aplicado al programa Pro-huerta y que, por lo tanto, constituyó un incumplimiento de la cláusula social mantenida con el acuerdo del organismo de crédito. Estas cláusulas fueron incorporadas durante los años '90 por los organismos de créditos como obligaciones de los Estados a prestar para el desembolso de créditos. Primero hubo reclamos sin éxitos por vías internas mediante la demanda, por el derecho alimentario. También hubo inacción por parte de la gerencia local del BM, por lo que se denunció ante el Panel de Inspección, organismo cuasi independiente del B.M., que controla regionalmente que las políticas se lleven a cabo. A partir de la denuncia del Panel, conjuntamente con la solicitud al BM de retención de desembolsos al Estado argentino, el gobierno garantizó los 4,5 millones hacia este programa.

Llama la atención que durante el 2011 han sucedido algunos sucesos que, por poca relevancia que han ocupado en los medios de comunicación, no por esto son menos esenciales si de discutir y analizar los derechos humanos se trata. El primero, la situación de integrantes del pueblo Mapuche, quienes en el 2002 comenzaron a tener conflicto legal con la multinacional Benetton. Fueron desalojados violentamente en ese año, procesados y absueltos. El tribunal decidió que las 535 hectáreas le pertenecían a la empresa. El fallo del juez Omar Magallanes ordenó, en marzo de 2011, el desalojo de la comunidad mapuche de sus tierras favoreciendo a la multinacional Benetton. A pesar de que se haya sancionado la ley 26.160 de Emergencia de Propiedad Comunitaria durante el 2006 y prorrogada hasta el 2013, se

---

15 En esta causa intervinieron además de *amicus curiae*: Abuelas de Plaza de Mayo, APDH, Familiares Detenidos-desaparecidos por razones Políticas, Madres de Plaza de mayo, MEDH y SERPAJ.

considera que el juez en este caso ha actuado aplicando el derecho civil y no el derecho internacional de los pueblos originarios. La justicia de Neuquén, por su parte y para la misma fecha, falló en contra de la empresa petrolera Piedra de Águila que pretendía impedir los reclamos de la comunidad mapuche WentrutrawelLeufu afectados por la invasión a su territorio ancestral. La sentencia que sienta jurisprudencia afirma que se transgredió la ley al no haber informado y obtenido el visto bueno de la comunidad para explotar los recursos naturales de la comunidad, remarcando la obligatoriedad de respetar legislación nacional e internacional que protege los derechos de los indígenas. Por suerte, el juzgado n° 2 de Cutral-Có negó una solicitud de amparo por parte de la empresa y priorizó el derecho indígena. Remarca el fallo la acción inconsulta de empresas y de gobiernos viola la C. N., la de Neuquén y los tratados internacionales sobre los derechos de indígenas y el Convenio 169 de la OIT.

El segundo suceso se refiere a las denuncias de trabajo esclavo por parte de la AFIP en las provincias de capital Federal, Catamarca, Neuquén, Santa Fe, Mendoza y La Rioja. El aspirante a la gobernación de la provincia de Salta, el diputado Alfredo Olmedo, ha sido indagado por la justicia en el marco de la investigación por causa de “reducción de servidumbre” a 400 empleados rurales de la finca AHO ubicada en la provincia de La Rioja. En Catamarca, 296 aceituneros trabajaban en condiciones infrahumanas, contratados por empresas que reciben distintos tipos de subsidios por parte del Estado. Los empleados manifestaron que provenían de las provincias de Tucumán, Salta y Jujuy; que dormían en cuchetas sólo con colchón, sin agua potable y con productos químicos, ya que era la que se utilizaba para el riego. No poseían ni indumentaria de seguridad adecuada de trabajo, ni horarios fijos, ni atención médica mínima y ni seguro obligatorio. En la Ciudad de Buenos Aires, la oficina de la AFIP en conjunto con la Dirección nacional de Migraciones y el Ministerio de Trabajo de la Nación, inspeccionó tres talleres textiles donde se cumplían 12 horas de trabajo, sin descansos, y en donde el 90% de los empleados no estaba registrado. Bajo estas condiciones, el secretario de Derechos Humanos, Eduardo Luis Duhalde, anunció que el organismo será querrelante en las causas judiciales por trabajo esclavo o trata de personas en empresas agropecuarias. Los casos de La Pampa y Mendoza se refieren a las explotaciones de trabajadores por parte de la empresa Nidera,

Southom Seed Production, Status Ager, entre otras. En los campos de Santiago del Estero los peones explotados eran contratados por la compañía de recursos humanos de Adecco.

Consideramos a estos casos enumerados y descriptos someramente como portadores de todos los factores que hemos venido desarrollando a lo largo de la presente investigación. Se encuentran, en primer plano, la tendencia de regirse por los tratados internacionales de derechos humanos, pero recién a partir de la reforma del 94. Esto indica lo determinante que son los órganos internacionales para nuestra organización ética, en términos de justicia penal nacional e internacional. La complicidad de los pactos políticos de los funcionarios mostró en la aprobación de tratados internacionales en el congreso, (para que el presidente los ratificara y que los jueces actuaran en consecuencia y el congreso aprobara) la característica de silencio infranqueable frente a ciertos conocimientos que la misma sociedad produce. La actuación de las ONGs emergió como muy influyentes para las subjetividades argentinas; determinada aquella por la voluntad de conocer el relato de lo sucedido y demandar la posterior consecuencia jurídica sobre los responsables a los diferentes niveles. El derecho a demandar se hizo con la producción histórica de un saber por parte de grupos organizados, que resistió a la fuerza disciplinante en su expresión totalitaria. La resistencia emergió frente al totalitarismo y no pudo ser sino solidaria, denunciante y constante. Coyunturalmente a este saber resistir, se sumó la situación crítica social resumida en estadísticas políticas económicas en cuanto a: la inequitativa distribución del ingreso, el crecimiento del mercado financiero especulativo, la criminalización de la clase social baja, la impunidad del sector de funcionarios públicos y empresarios, la ausencia de actores y recursos estatales, y el aumento de demandas en el sistema judicial de índole social más que de índole penal. Además, las subjetividades volcadas hacia la defensa de los derechos humanos condensaron también el conflicto clásico entre las normas del derecho nacional y en el derecho internacional. Para Travieso (2002) éste conflicto se subsana “aplicando los criterios relacionados con la temporalidad y la espacialidad. La última norma deroga la anterior y la regla especial prima sobre la general”. Lo que significa que la especialidad lo define la particularidad del caso, su región, por así decirlo; y a partir de entonces se puede enumerar y clasificar porque

hay un conocimiento previo, que es el derecho, que lo sugiere y que lo invoca.

Son los procesos de subjetivación que se dieron en este contexto el centro de nuestro interés. La cuestión del método de análisis corre por la vigilancia de “desembarazarse del sujeto constituyente, desembarazarse del sujeto mismo, es decir, llegar a un análisis que pueda dar cuenta de la constitución de los saberes, de los discursos, de los dominios de objeto, etc., sin tener que referirse a un sujeto que sea trascendente en relación al campo de los acontecimientos o que corre en su identidad vacía, a través de la historia” (Foucault, 1992b, 191, 192). Lo que se intenta por lo tanto, es de calificar y caracterizar lo que de justo tienen los ciudadanos argentinos de acuerdo con la producción de conocimiento disciplinar que tienen sobre sí. Entre sus soberanías y sus disciplinas, hay todo un despliegue discursivo que evidencia las luchas del poder, que determinan la hermenéutica de nuestra ética, que refieren al uso reflexivo de las propias libertades que elegimos establecer y componer.

## 8.5 Habeas data

Aunque el habeas data empezó a ser invocado y trabajado por los tribunales inferiores (con mucha proyección en el campo civil y comercial), faltaba ese pronunciamiento definitivo, esa palabra rectora, que sólo confiere a un instituto jurídico la voz de la Corte Suprema. En materia de habeas data, esa decisión es “Urteaga” (sentencia del 15 de octubre de 1998) (Carnota, 2002, 194-195).

El habeas data es una garantía de un derecho individual, personalísimo que sólo puede ser ejercido por el titular del derecho a interponer la acción, en defensa de aspectos de su personalidad, vinculados con su intimidad, que no puede encontrarse a disposición del público o ser utilizados sin derecho. No es una situación como el habeas corpus, cuya función es la defensa de la libertad física, sino una garantía a controlar los propios datos almacenados en registros públicos, o privados, destinados a proveer informes. Y se contempla la posibilidad de exigir supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de los datos, sean verdaderos o falsos. No se afecta el secreto de las fuentes de información periodística, ya que como establece el art. 43, con el ejercicio de esta garantía “no podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística”. Este caso,



“Urteaga, Facundo Raúl c/ Estado Nacional, Estado Mayor Conjunto de las FFAA, s/ amparo ley 16.986” de 1998, es considerado el leading case. Pero en el 2000 fue reafirmada la operatividad de esta garantía mediante el fallo de la Corte Suprema, “Ganora”, en el cual “en el considerando 13 del voto mayoritario concluye que el habeas data incluso es procedente en principio contra los bancos de datos existentes en organismos y fuerzas de seguridad, las relaciones exteriores o una investigación criminal” (Carnota, 2002, 196). De esta manera, el derecho fundamental a la libre determinación personal y la competencia de cada uno de disponer sobre la revelación y uso de sus datos personales que, a partir de 1998 constituyen un bien jurídico tutelado. Por lo tanto, es ineludible la relación entre el saber y el poder en este estilo de pleitos. La información, cierta forma del saber, ha cobrado más importancia aún en las relaciones de poder, y se manifiesta en el campo jurídico, a veces denunciándola y puesta al desnudo y a veces justificándolo.

## 8.6 Un derecho personalísimo<sup>16</sup>

“Hay una norma expresa en materia de derecho a la identidad. Se trata de la convención sobre los Derechos Humanos de los Niños” (Travieso, 2002, 231). El derecho a la identidad condensa varios factores del desarrollo humano en sus dimensiones culturales, indicando la singularidad en la biodiversidad del ser humano, que plantea las circunstancias de las diferencias. “No se trata solamente de respetar la alteridad, que implica una simple tolerancia, término que esconde una cierta forma limitativa de la coexistencia, sino que es lo que se

---

16 A fines didácticos, Ekmekdjian (2002) ordena los derechos consagrados en la C. N. de la siguiente manera: 1) derechos a la dignidad humana y sus derivados (libertad de conciencia, intimidad, a no ser sometido a humillaciones, servidumbres, vejámenes o torturas, etc.); 2) derecho a la vida y sus derivados (derecho a la salud, a la integridad física y psicológica, etc.); 3) derecho a la libertad física; 4) los restantes derechos personalísimos (propia identidad, nombre, imagen, domicilio, etc.); 5) derecho a la información; derecho a la asociación; 7) los restantes derechos personales, primero los derechos fines y luego los derechos medios; 8) los derechos patrimoniales. “Los efectos e implicancias de este orden jerárquico de los derechos civiles son fecundísimos en la hermenéutica jurídica. El principio del índice de restringibilidad relativo puede dar un contenido concreto al art. 28 de la C. N., facilitando el control de razonabilidad. 1) una ley no puede restringir un derecho de rango superior más intensamente que uno de rango inferior. 2) De lo anterior se deduce también que el índice de garantización de un derecho determinado es el límite mínimo del margen de garantización que tiene todo derecho de rango superior al primero”.

denomina la presencia de una otredad, es decir, la existencia de sujetos sociales contruidos por otras experiencias humanas” (Travieso; 2002, 234). De tal manera que refugiar este derecho no es sólo limitativo el reconocimiento de la diferencia, sino la obligación estatal de proponer y promover acciones para que determinados sujetos puedan construir su identidad, otra identidad que por ser minoritaria muchas veces no se le otorga posibilidad de ser.

En 1999, la Corte falló en un caso no haciendo lugar a la impugnación de la paternidad de un menor por parte de una madre en octubre de 1998, esto es, que la madre no pudo comprobar la falta de mérito del padre para ser tutor legal. Sí reconoció la Corte la esencia jurídica del vínculo social de una mujer con su hijo. Aun cuando se consideró que lo biológico acompañó a lo jurídico en este caso, “se afirma la identidad de la madre que establece un vínculo social con su hijo. En consecuencia, se puede afirmar que la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, también agrega un plus en cuanto a la identidad de la mujer en la creación de vínculos de la familias” (Travieso, 2002, 232). Sobre este controvertido fallo algunos opinan que aún no se promovieron cambios hermenéuticos, ya que “si la presunción de identidad se establece en función de superadas concepciones patriarcales, entonces, en ese contexto, contrario a los tratados de derechos humanos, no es casual que la madre carezca de legitimidad para impugnar la paternidad del marido” (Spaventa, 2002, 237). Lo controvertido está en el debate que, como bien cita la autora, estuvieron entre quienes negaron la posibilidad a la mujer, como el Juez Belluscio, quien entendió que: “sólo el marido puede valorar la conducta infiel de su esposa, Méndez Costa alegó la supremacía de la paz familiar y social y Zannoni fundamentó la negación en el principio en virtud del cual nadie puede alegar su propia torpeza, es decir, la madre no puede reconocer el adulterio” (Spaventa, 2002, 237). La otra parte, Bidart Campos (2000), Gil Domínguez (2000), Costa y Harari (2000), se basó en el derecho a conocer la realidad biológica y en la igualdad entre varones y mujeres. La mayoría de la Corte en este caso apeló a preservar el valor de “la familia legítima construida como realidad indispensable al bien personal y bien común”.<sup>17</sup> De tal manera, se percibe en este caso un menoscabo en el derecho a la

---

17 Considerando 15 del voto de mayoría. Causa CS, 1999/11/01,- D. de P. V., A. c/ o., C. H. (Travieso, 2002, p. 236)

igualdad o una notable discriminación entre varones y mujeres, en lo que atañe al derecho a la identidad.

Otro derecho personalísimo es el referido a la identidad sexual. En este tema la jurisprudencia argentina tiene antecedentes de la jurisprudencia europea. “El caso que adquiere el carácter de leading case es Renee X de 1992, estableciendo el criterio que el Registro Civil debía tener en cuenta ante las peticiones de cambio de sexo de los que hubieran sido sometidos a un tratamiento médico quirúrgico con un objetivo terapéutico, abandonando todos los caracteres de su sexo original. Por otra parte, la exigencia de transformación natural posterior a la operación quirúrgica se abandona a partir de las condiciones siguientes: 1. Condición psíquica. 2. Tratamiento quirúrgico terapéutico. 3. Apariencia física y 4. Comportamiento social. El cumplimiento de estas condiciones consagran la existencia del transexualismo en el derecho actual” (Travieso, 1998). En Argentina, el caso de San Nicolás en 1994 y el caso de Quilmes en 1997, tratan sobre la relación de las posibles interferencias del Estado en decisiones individuales. En el primer caso se trataba de una patología de pseudohermafroditismo, esto es, una malformación que se presenta desde el nacimiento de una persona; en el segundo era una persona nacida hombre que se ha comportado como mujer acreditado esto por numerosas pericias y para completar su acción, se sometió a una intervención quirúrgica fuera de la Argentina. En ambos casos, según Travieso, se analizaron los antecedentes sociológicos, y de distintas fuentes y luego se hizo lugar a las pericias que acreditaron el comportamiento como mujer del accionante. Es decir, haber colocado la generalidad de un derecho por sobre la especialidad en la interpretación de la norma en estos casos, confirma la fuerte estructura patriarcal de la sociedad. La consideración de la puesta en peligro del derecho a la familia por sobre lo que la realidad individual, social y científica muestra, colocó en zonas oscuras aspectos de la vida cultural en el sistema jurídico. No se permitió –accesiblemente– la existencia de nuevas dinámicas sociales que emergen, esta vez, en la configuración de la identidad a través del género.

Más allá de que si se legisla a favor o en contra del posible cambio de identidad sexual, de averiguación de la identidad, del matrimonio entre personas del mismo género, del aborto, de la expresión; lo cierto es que siempre está el juego intrínseco de lo que se entiende por verdad,

y por lo tanto crea determinados valores sociales, más no tanto en cómo se construye la misma. En algún grupo que germina un conocimiento y demanda por establecerlo, por hacerse reconocer, siempre está ubicado en relación con otro discurso: “Cada sociedad tiene su régimen de verdad, su política general de la verdad: es decir, los tipos de discursos que ella acoge y hace funcionar como verdaderos; los mecanismos y las instancias que permiten distinguir los enunciados verdaderos o falsos, la manera de sancionar unos y a otros; las técnicas y procedimientos que son valorizados para la obtención de la verdad; el estatuto de aquellos encargados de decir qué es lo que funciona como verdadero” (Foucault, 1992b, 192). La verdad sobre el derecho a la identidad, sexual o de la identidad propiamente dicha (o ambos a la vez) en estos casos, es que ha habido múltiples investigaciones científicas que convalidan varios saberes. En relación con el matrimonio entre personas del mismo sexo, en Argentina se vivió un arduo debate acerca de si convertir en ley esta posibilidad civil, en el que los sectores en pugna, tuvieron que desplegar toda su fundamentación de convicciones religiosas, sociológicas, morales, y hasta biológicas. Estos conocimientos han estado en relación directa con la incitación económica y política de una sociedad (la identidad sexual, o el de matrimonio homosexual como problema en una sociedad patriarcal, es un ejemplo de ello). También han sido y son objeto de inmensa difusión y consumo (lo sexual y la identidad) bajo formas diversas, tanto en los medios de comunicación como en las instituciones educativas y también artísticas. De esta manera, regular las verdades sobre estos dos objetos, sobre estas dos temáticas, han sido y es tarea de los aparatos políticos o económicos; mediante las instituciones de prevención y control. Por lo tanto, se reflexiona sobre estas verdades a partir de las lógicas de los enfrentamientos sociales y no sobre el sentido hermenéutico de la verdad por establecer. No queriendo significar con esto que, la verdad de la identidad sexual argentina y el matrimonio heterosexual, carezca de sentido político y social.

Foucault habla del juego de la verdad con rasgos históricos, analizando una economía política de la verdad. Por ejemplo, tanto los que demandan el cambio de identidad sexual, los que acogen e investigan las demandas, los que demandan como objeto de consumo tal configuración; los que criminalizan y sentencian a estas configuraciones de sujeción; los que apresan y controlan, y aquellos opositores que clasifican a una verdad diferente adjetivándola como peligrosa frente a valores como la

familia, todos se posicionan desde una política económica de la verdad y no desde una axiología o un conocimiento bien fundamentado. En nuestro caso argentino, los mecanismos de negación y silencio, denuncia y movilización, son condición para muchas de las operaciones de que lo verdadero se establezca. Sin embargo, la sociedad civil, y/o agrupación reconocida simbólicamente, también es un procedimiento necesario, casi obligatorio: es una cuestión de configuración en redes a través de grupos organizacionales con pretensión de verdad. A través de todos estos factores, la economía política de la verdad en los derechos humanos tiene su tiempo, las distintas fuerzas acerca de las concepciones de la identidad, la sexualidad, la identidad sexual, o sobre la familia, se han enfrentado.

### **8.7 Delitos de lesa humanidad en Argentina. Más de 30 años después**

El trabajo mancomunado de los organismos de derechos humanos en Argentina fue y es para nuestro entender la causa principal de que la acción de la justicia haya respondido con sus obligaciones. Si bien las coyunturas internacionales, como los continuos pedidos de extradición desde España, Italia, Suecia, Francia y Alemania a imputados y procesados por delitos de lesa humanidad, más una discutible ratificación de la mayoría de los pactos internacionales de derechos humanos por parte del Ejecutivo Nacional, y la voluntad de una parte mínima de los magistrados; lo cierto es que se necesitó una denuncia pública constante y una gran producción de conocimiento histórico, científico y no científico, jurídico, en fin, un gran saber hacer. Una producción de conocimiento para que la cuestión jurídica se codifique en términos de narración de un pasado y el destino de muchos ciudadanos, es decir, una construcción de la identidad, una epistemología de una verdad. Por lo tanto, la producción de un conocimiento jurídico y otro disciplinador son invocados a que reconozca verdades y las tipifique. Ahora bien, en relación con la identidad, no como proceso subjetivo, sino como objeto de verdad, la historia demuestra su tránsito originado en la época de los detenidos-desaparecidos. Ya que, “desde 1995, la mayoría de las Cámaras Federales del país han dado lugar a los reclamos de las víctimas y sus familiares y han declarado su competencia para realizar investigaciones”; (CELS, 2001, 11). Uno de los tribunales que más

avanzó para esta época en las investigaciones fue la Cámara Federal de Bahía Blanca, provincia de Buenos Aires, donde se esclarecieron las violaciones a los derechos humanos cometidas por el V Cuerpo del Ejército. Para finales del siglo ya las investigaciones estaban avanzadas sobre el plan sistemático para el robo de niños durante la dictadura. Ante estas investigaciones y llamadas a indagatorias, la estrategia militar fue siempre plantear al Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas (CONSUGA) la incompetencia de los tribunales civiles para juzgar esos delitos, correspondiéndole a los tribunales militares, aun cuando ya para estas fechas existían pronunciamientos sobre la competencia de las Cámaras Federales sobre estos delitos (CELS, 2001).

En 1999, la Cámara Federal y Correccional porteña se pronunció en las causas por apropiación de menores y sustitución de la identidad seguidas contra Massera y Videla. Comenzaron a partir de entonces los llamados juicios por la verdad. En el mes de mayo de 2000 la sala II de Cámara Federal porteña ordenó la reapertura de una causa judicial contra el ex almirante Emilio Eduardo Massera y el ex capitán de fragata Alfredo Astiz, entre otros militares, afirmando que se le imputaban por delitos de lesa humanidad, por lo tanto imprescriptibles, según la resolución del tribunal. El Estado argentino asumió así la obligación internacional de investigar estos delitos y garantizar así el derecho a la verdad de las víctimas. La Cámara consideró que las leyes de Punto Final y Obediencia Debida no eran aplicables automáticamente a todos los militares acusados de violaciones a los derechos humanos, sino que se debían analizar caso por caso. Cuestión que llevó a que se reabrieran varias causas (CELS, 2001).

En noviembre del 2000, la justicia argentina condenó a reclusión perpetua al ex agente Clavel, de la Dirección de Inteligencia Nacional chilena por el asesinato del general Prats, ex funcionario del gobierno de Allende. Fueron justamente las hijas de Prats quienes pidieron la extradición del ex dictador Pinochet, obteniéndola por parte del juez federal Galeano. Otro ejemplo más de la jurisprudencia internacional, que también sumó esfuerzos a las demás coyunturas. En el Uruguay ya hacía años que venía siendo investigado y finalmente esclarecido un caso de apropiación de menores: la nieta del poeta Juan Gelman. El hallazgo del cuerpo de su hijo Marcelo Gelman llevó a la justicia al lugar que fue trasladado y asesinado junto con su esposa embarazada

al Hospital Militar del Uruguay. El resultado fue que encontraron a la nieta de Gelman, en Montevideo, en el 2000.

En cuanto a los militares argentinos, “el 6 de marzo de 2001 el juez Gabriel Cavallo declaró inválidas, inconstitucionales y nulas las leyes de Punto Final y Obediencia Debida y resolvió citar a prestar declaración indagatoria a Julio Simón y Juan Antonio Del Cerro” (CELS, 2001). Citó la incompatibilidad de estas leyes con los tratados internacionales. A partir de entonces se pudo volver a investigar responsabilidades del terrorismo de Estado y sus delitos cometidos. En junio de 2005, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró la invalidez e inconstitucionalidad de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida (leyes 23.492 y 23.521), habilitando definitivamente el avance de las causas judiciales por crímenes de la dictadura. Sostuvo que las leyes son contrarias a normas internacionales que actualmente tienen jerarquía constitucional y tuvo en cuenta los lineamientos fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se pronunció sobre la validez de la ley 25.779, sancionada por el Congreso de la Nación en 2003, que declara nulas aquellas otras dos leyes.

A partir de entonces, víctimas, familiares de desaparecidos y organismos de derechos humanos han presentado querellas que han sido admitidas por gran cantidad de jueces en todo el país y comenzaron a reabrirse varias causas. “En julio de 2005 el Equipo Argentino de Antropología Forense (EAAF), las Madres de Plaza de Mayo Línea Fundadora y un grupo de familiares de víctimas de la dictadura anunciaron que se había conocido la identidad de tres cuerpos. Se trataba de la identificación de los restos de tres fundadoras de las Madres de Plaza de Mayo: Esther Ballestrino de Careaga, María Ponce de Bianco y Azucena Villaflor de DeVincenti” (CELS, 2005, 31). Todas estas mujeres pertenecían al grupo de doce personas secuestradas y desaparecidas entre los días 8 y 10 de diciembre de 1977, que se reunían en torno a la iglesia Santa Cruz, entre las que se encontraban las monjas francesas Domon y Duquet. Para el secuestro de estas personas en esta iglesia se infiltró el teniente de la marina Astiz.

Entonces, los tribunales de justicia internacionales también fueron dando sus pasos en adjudicarse competencia para juzgar a delitos. “Desde el año 1996, el Juzgado Central de Instrucción Nº5 de la Audiencia Nacional de Madrid, instruye el sumario 19/97, contra militares argentinos por los delitos de terrorismo y genocidio, para

los cuales la legislación española habilita el ejercicio de la jurisdicción universal. El 2 de noviembre de 1999 el Juzgado dictó un auto de procesamiento contra 98 militares argentinos involucrados en los delitos de genocidio y terrorismo. El 30 de diciembre del mismo año se dictó un auto de procesamiento, prisión y ratificación de la prisión contra 48 militares argentinos y se ordenó cursar una orden internacional de detención a los efectos de proceder a la extradición” (CELS, 2001, 21). Entre ellos estaban denunciados Jorge Rafael Videla y Ricardo Miguel Cavallo o Miguel Ángel Cavallo, miembro de la Marina que actuó en el centro clandestino de la ESMA. El juez de España, “Garzón acusó al marino de haber participado en 110 casos de personas detenidas ilegalmente, 227 secuestros de personas ahora desaparecidas y por haber participado en el secuestro de 16 mujeres detenidas embarazadas que tuvieron sus hijos en la ESMA. También lo acusó de haber tomado parte, personalmente, en 21 casos de torturas, secuestros y desapariciones. Garzón solicitó la extradición del militar argentino” (CELS, 2001, 23). Es un caso que presenta gran interés para los especialistas de derecho internacional por el análisis de los jueces nacionales hacen de las diferentes categorías que este caso involucra, constituyendo un eslabón en el afianzamiento de la institución de jurisdicción universal. La extradición a España fue autorizada en el 2001 por el juez mexicano Jesús Guadalupe Luna por los delitos de terrorismo y genocidio, pero no por tortura porque en México éste delito prescribió. En junio de 2003 se aprobó la extradición a España fue juzgado allí, convirtiéndose en el primer latinoamericano juzgado fuera de su país. En el 2006 el juez argentino Sergio Torres pide a España su extradición, en el 2007 España la autoriza y Cavallo acepta ser extraditado a Argentina. Surge la pregunta sobre porqué estuvo tantos años en España sin condena. Recién en el 2010 fue a juicio junto a Astiz, Otero, Vigo, Rodríguez, García, Capdevila, Palet, Binotti, Franco, Gírlin, todos compañeros del centro clandestino de la E.S.M.A. En abril de 2005 la Audiencia Nacional (España) condenó al ex represor Adolfo Scilingo a 640 años de cárcel por delitos cometidos contra la humanidad. La justicia española consideró al ex represor como autor responsable del delito de lesa humanidad, por treinta muertes, una detención ilegal y torturas. Fue el mismo que relató en la Argentina abiertamente en un medio de comunicación sobre los vuelos, relato



que reconstruye Vertbisky en su libro “vuelos de la muerte”. También en el 2010 la causa de la ESMA quedó en manos del Tribunal Oral Federal N°5, donde se juzgan a Ricardo Cavallo, Alfredo Astiz, “El Tigre” Acosta, junto a otros 20 ex militares más.

Retomando lo analizado a partir de las relaciones de fuerza se hace evidente un poder político de estirpe militar disminuido. No es un cambio de ética, de ciencia, ideología; es un juego de verdad en donde el tiempo procesal de extinción de causas impregnó la subjetividad. La sensación de impunidad es la relación con un desmedido esfuerzo entre lo que se sabe y los procesos y los estatutos necesario para que esto funcione como verdadero. El esfuerzo desmedido, por un lado, se puede observar entre el tiempo transcurrido entre los delitos denunciados y las respuestas judiciales, tan lentas en muchos casos característicos. Además, los efectos en un sector de los fallos se obtienen a través de represalias de tipo corte militar argentino: desapariciones de testigos claves, amenazas a funcionarios y ciudadanos, prisiones llamadas “bip”, salidas de prestigio, postergación del juicio oral por el mal estado de salud, procesamiento y luego excarcelación. Ahora bien, el papel activo por parte del Estado Nacional en hacer oídos a las demandas presentadas no es un dato menor.

Por otro lado, y es el que remarcamos en opinión conjunta con los organismos de derechos humanos, es gracias únicamente a un irrenunciable esfuerzo de los grupos sociales organizados dedicados a la protección de derechos humanos, más un pequeño puñado de jueces en conjunto con la voluntad política, que se pudo avanzar en la investigación de estos delitos: “En fin, la especificidad de la política de verdad en nuestras sociedades. Funciona o lucha a nivel general de éste régimen de verdad tan esencial a las estructuras y al funcionamiento de nuestra sociedad. Existe un combate por la verdad, o al menos alrededor de la verdad –por verdad no quiero decir el conjunto de cosas verdaderas que hay que descubrir o hacer aceptar, sino el conjunto de reglas según las cuales se discrimina como verdadero de lo falso y se ligan a lo verdadero efectos políticos de poder” (Foucault, 1992b, 199). No fue fortaleza de la justicia, ni ética de la sociedad que recién para el 2006 se obtuvo la primera condena luego de la reapertura de los juicios.

Como fundamento de la conjunción de todos los factores que venimos analizando está el accionar, desde sus orígenes, de

denunciantes de las Abuelas de Plaza de Mayo<sup>18</sup> en búsqueda de sus nietos y nietas nacidos en cautiverio. Ya desde noviembre de 1977 presentaron reclamos ante la OEA y la CIDH. Ésta última en 1978 se pronunció en el caso 2553 sobre la desaparición de la nieta de Chicha Mariani obligando a que el Estado argentino investigara. En 1980, las Abuelas localizaron a dos nietas. En 1984 lograron la restitución de la primera nieta con quien la justicia aceptó la validez de una prueba de filiación por medio del índice de abuelidad a través de análisis de ADN. Fue recién en 1997 que iniciaron causas penales sosteniendo que el robo de bebés fue parte de un plan sistemático, investigándose la apropiación de 194 niños. En 1998 fue condenado Miara a doce años de prisión por la apropiación de los hijos mellizos de Reggiardo y Tolosa, ambos detenidos-desaparecidos en 1977. En 1998 se incorporó en la Convención sobre los Derechos del Niño el derecho a la identidad establecido en los artículos 7, 8 y 11. A partir de 1997, con la decisión de la C.I.D.H., también se impulsaron iniciativas con los juicios por la verdad, instando al Estado argentino a seguir investigando. Hasta agosto del 2011 Abuelas recuperó 105 nietos. Así es que la defensa por los derechos humanos, lejos de buscar responsables penales únicamente, construye identidades y encuentra personas que fueron ilegítima y perversamente sustraídas de su familia. La producción de este saber hacer por parte de este grupo de mujeres, no sólo se distingue por la cuantiosa información disponible, sino que fueron capaces de hacer trabajar a los argentinos interdisciplinariamente, ya que han logrado aportes desde la biología, la antropología forense, la psicología, el derecho, la sociología, la historia, y la política. La fuerza de lucha y de la resistencia, sin embargo, se encuentra en las convicciones de estas mujeres con su registro: la realidad vivida; capaz de elevarlas al estatuto de verdad ineludible e innegable.

---

18 Para comienzos de los '90 tenían apoyo financiero y organizativo de: Consejo Mundial de iglesias, Organización Católica Canadiense para el Desarrollo y la Paz, el Entraide Protestante Suisse, la organización Terre de Hommes, el FolkeKirken de Dinamarca, el Comité Catholique contre la Faim et pour le Développement de Francia, el Räddebarnen de Estocolmo, de iglesias protestantes noruegas y alemanas (<http://www.abuelas.org.ar>).

## 8.8 Régimen político de la verdad

Las desapariciones y muertes de civiles implicados durante la ejecución de los juicios de lesa humanidad (caso Julio López) hacen evidente la reiteración de las modalidades de intercambio entre diferentes sectores sociales: expropiación de recursos humanos y posterior negación de los hechos. “El avance de los juicios puso en evidencia la cantidad de obstáculos que entorpecen muchas de las jurisdicciones del país: la precariedad de las justicias federales provinciales, la resistencia de la Cámara Nacional de Casación Penal, los problemas de planificación, la deficiencia de los sistemas de investigación criminal para procesar casos complejos, la necesidad de pensar en la protección y contención de víctimas y testigo” (CELS, 2007, 20). Hasta noviembre de 2006 existían cerca de 700 personas imputadas de crímenes de lesa humanidad durante la dictadura; 243 se encontraban procesadas, 48 estaban prófugas, a 44 se les dictó falta de mérito, 99 fallecieron, 5 fueron declaradas incapaces de estar sometidos a juicio y 6 fueron condenadas (CELS, 2007).

El 2008, culminó con 30 condenas y dos absoluciones de delitos de lesa humanidad. Si bien ese año dejó un saldo elevado de juicios con condenas por delitos de lesa humanidad, también las dificultades que se presentaron hasta el momento son mayores. Por ejemplo, en cuanto a la información, es comprobable la continuidad explícita de la negación como mecanismo predominante del sector militar cuando tiene que relacionarse con los demás sectores de la sociedad<sup>19</sup>. Otro ejemplo que demuestra la complicidad como otro mecanismo predominante es la elevada cantidad de prófugos de la ley, que al 31 de diciembre de 2008 eran 46 procesados (CELS, 2009). Debido a la denuncia de los organismos de derechos humanos y de la prensa, el Gobierno Nacional impulsó la Ley Nacional 26.375, sancionada por el

---

19 El Ejército argentino siempre adujo que toda la documentación que permitiese ubicar a los detenidos desaparecidos fue incinerada en 1983 por el teniente general Nicolaides. El mismo CELS dice en su informe del 2007 que “*evasivas militares con complicidad judicial son prácticas de vieja data*”. Esto fue producto de que la transición desde la dictadura hacia la democracia fue lerda. El poder político debió haber exigido que los militares entregaran el poder en 1982, una vez finalizada la Guerra de Malvinas. Pero los militares recién entregaron el poder a fines de 1983, lo que les dio tiempo de eliminar la documentación de lo que sucedió en la represión, e incluso dictar la Auto amnistía, que luego fue derogada por el gobierno de Alfonsín.

Congreso y promulgada por el Ejecutivo en mayo de 2008, que creó la Unidad Especial para la Búsqueda de Personas Ordenadas por la Justicia con el objetivo de investigar el paradero de los procesados por delitos de lesa humanidad. Este análisis crítico del organismo se refiere a que las intervenciones de esta unidad son limitadas y no cumplen con los demás tribunales en proveer de personal, equipamiento y adecuación de espacios y elementos. Si ya un Estado no puede aducir falta de recursos para investigar, entonces los procesos son enfocados desde la posibilidad de prolongarlos lo más posible en el tiempo. La complicidad es visible por cuanto no se avanzó en sentencias o absoluciones proporcionalmente en relación con la cantidad de imputados. Recién hasta diciembre de 2008 el CELS registró 182 causas en movimiento en todo el país, la mayoría por privación ilegal de la libertad, tormentos y apropiación de menores. Únicamente en 12 causas se dictaron condenas, y de éstas sólo está confirmado por la CSJN el fallo del ex policía federal Héctor Simón del 2006. De las 20 provincias que registraron causas en movimiento, se celebraron debate en siete de ellas: La Plata, Córdoba, Corrientes, Misiones, Neuquén, Tucumán y San Luis. De las 30 elevadas a juicio, 9 son causas parciales y correspondieron a la ESMA y Primer Cuerpo del Ejército. Del resto fueron de Capital Federal y Provincia de Buenos Aires, Santa Fe, Rosario, Mendoza, Corrientes, Córdoba y Formosa.

Como dice el CELS, el avance sobre los delitos de lesa humanidad y el proceso de verdad y justicia ha mostrado dos caras. Una de ellas se evidenció en la puesta en marcha del aparato judicial que se consolidó en firmes condenas y confirmaciones de tales; la otra, se denunció a través de la acción de funcionarios judiciales que impusieron diferentes trabas a los procesos de las causas, que demoraron ciertas decisiones, tuvieron dificultades de logística para la investigación y en la protección de testigos y vigilancia de detenidos<sup>20</sup>, en la fragmentación y/o acumulación de causas, la escases de espacios físicos para llevar a cabo los juicios. Otro problema que se presentó es la falta de registro audiovisual de las audiencias. A diciembre de 2009 apenas 6% de los 1179 imputados habilitados para llegar a juicio había obtenido sentencia (68 condenas y 7 absoluciones) y sólo dos sentencias están

---

20 Julio López, desaparecido en el 2006; Iván Torres, detenido en Comodoro Rivadavia y desaparecido en el 2003; Luciano Arruga, detenido en provincia de Buenos Aires y desaparecido en el 2009. (CELS, 2010)

confirmadas" (CELS, 2010). El número de imputados fue de 1422 hasta diciembre del 2009, de los cuales 1179 estuvieron en condiciones de enfrentar juicio y los restantes 243 fallecieron o fueron declarados incapaces. Los procesados llegaron a 628, los cuales 410 se encontraron cumpliendo prisión preventiva, más 50 sentenciados (47 condenados y 3 absueltos). Los prófugos se mantuvieron en 40.

En el 2009, se abrieron juicios en San Martín y Mar del Plata, de la Provincia de Buenos Aires, y Formosa, Salta, Santa Fe y Rosario. Por el contrario, las causas de Neuquén, La Plata y Tucumán no celebraron debates orales. Y las causas de las provincias de Mendoza, La Rioja, Jujuy, Santiago del Estero y Santa Cruz, si bien están en movimiento. "Salvo contadas excepciones no agilizan las investigaciones, jueces de tribunal oral que tardan años en disponer la celebración de los debates, jueces de las instancias superiores que continúan sin confirmar sentencias y sin resolver maniobras dilatorias de las defensas. Jueces que durante mucho tiempo no han permitido el ingreso de los medios para que estos procesos históricos puedan ser pensados y discutidos. Jueces que cajonean denuncias durante meses y años, jueces que interpretan las convenciones de derechos humanos y excarcelan a imputados que cometieron crímenes contra la humanidad - y que cuentan con los medios para entorpecer el proceso-, pero que no actúan de igual manera cuando se trata de imputados por delitos comunes" (CELS, 2010, 107). Para muchos el 2010 fue el año de mayor importancia para los juicios por estos tipos de delitos. Se dictaron 107 condenas a represores, la mayor parte a Prisión Perpetua o a 25 años de prisión, en juicios celebrados en la Ciudad de Buenos Aires y en las provincias de Córdoba, Santa Fe, Tucumán, Santiago del Estero, Buenos Aires, Chaco, La Rioja, La Pampa; Mendoza y Chaco. Sólo en las provincias de San Juan, Jujuy, Catamarca, Entre Ríos, Santa Cruz, Chubut, Río Negro y Ushuaia no hubo condenas. Durante el 2011 se iniciaron los juicios por delitos de lesa humanidad en el T.O.F. de Tucumán. En el T.O.F. n°6 de la Capital Federal de iniciaron audiencias contra Jorge Rafael Videla, Reynaldo Bignone, Cristino Nicolaides y otros imputados, por 33 casos de apropiación de menores. En el mismo se enjuicia a Alfredo Astiz, por la sustracción de la menor María Victoria Donda. El T.O.F. de Salta también juzgará a Menéndez, por la desaparición del ex gobernador de esa provincia Ragone y por el homicidio de Arrendes. Está previsto para agosto de 2011 el comienzo otro juicio de Delitos

de Lesa Humanidad en el TOF n° 2 de Rosario contra el ex coronel Manuel Fernando Saint Amant.

A pesar del aumento de ejecución de causas en estos últimos años señalados, el transcurso del tiempo y la no unificación de causas, evidencian una falta de voluntad jurídica en muchos juzgados, y en otros no tanto. Los vínculos de complicidad entre la violencia ejercida por el sistema represor y los funcionarios de la justicia se comprueban por la falta de ejecución de las debidas etapas del proceso judicial y la ausencia de una investigación comprometida y radical que se necesita para avanzar. De todas maneras, se caracteriza de heterogéneo al sistema judicial en su conjunto, y no se puede hablar de “un” sistema judicial como si se tratara de una institución monolítica; si se enfoca como análisis el comportamiento judicial en sus diferentes ámbitos de intervención, ya que muchos tribunales avanzaron en tiempo y forma. Quizás lo homogéneo del sistema judicial es a por la falta de recursos materiales, logísticos y de articulación para desplegar sus funciones; muestra de que el Estado de Bienestar también se había retirado en la esfera judicial.

Para el CELS, la intervención de los órganos interamericanos -C.I.D.H.- resultó central y tuvo impacto para realizar reformas institucionales. Pero esta interacción “se produce cuando las víctimas o sus familiares, luego de haber tramitado los casos en el nivel internacional, pretenden que esas decisiones se ejecuten por las autoridades domésticas. Por lo que evidencia y se comprueba, al estudiar todas las investigaciones e involucraciones de este centro de estudios en la realidad argentina, la necesidad social de fortalecer los mecanismos políticos de control a través de la creación de instituciones protectoras de derechos. Y más específicamente de control sobre aquellas instituciones destinadas a mantener el orden y la distribución de recursos. Así lo está demandando también un gran sector de la sociedad civil: que el esfuerzo debe estar en la conformación de un sistema integral de instituciones para tales fines.

La acción de los organismos de derechos humanos es tan certera (el sentido de sus conocimientos es acompañado con el sentido del recorrido de sus historias que se negaron y se silenciaron y con las propuestas a nivel político que elevan), que sienta jurisprudencia internacional y nacional, disciplinando a la sociedad argentina, gubernamentalizando su población. Para nuestro análisis, “no se trata de un combate a favor

de la verdad sino en torno al estatuto de verdad y al papel económico político que juega. Por verdad, entender un conjunto de procedimientos reglamentados por la producción, la ley, la repartición, la puesta en circulación, y el funcionamiento de los enunciados. La verdad está ligada circularmente a los sistemas de poder que la producen y la mantienen, y a los efectos de poder que las induce y que la acompañan. Régimen de la verdad” (Foucault, 1977b, 199).

Si la dictadura militar y las cúpulas del poder civil produjeron un deterioro irreversible de la dignidad de la vida y de su aspecto material y simbólico, no es menos cierto que hizo nacer una multiplicidad de grupos organizados con verdades irrefutables acerca de la vida cultural argentina. Hizo aparecer otros relatos con otros objetivos, distintos al oficial nacionalista, también emparentados con todos los demás sectores sociales. Grupos que hoy en día subjetivizan, enumeran, regulan, registran, controlan, asientan, disciplinan a otros grupos, a través de su saber ejercido y de su conocimiento producido. Gubernamentalizan a la población, porque también subjetiviza ciudadanos a partir de técnicas sobre uno mismo y sobre los otros en respuesta a la violencia sistemática o continua. Por su parte, el sector represivo militar y policial se encargó de auto amnistiarse, hacerse perseguir y procesar, vigilar y castigarse por estos ciudadanos que profesionalizaron su conocimiento, que supieron subjetivizarse y posibilitaron subjetivar a cuantos otros. Durante los últimos 30 años, el contenido de la información estadística en materia criminal, comprueba la relación directa entre el aumento de los delitos, las instituciones de orden y seguridad, la criminalización indiscriminada de la clase social baja, y la mortalidad. Los relatos que narraron y ahora cuentan ciertas organizaciones no gubernamentales se refieren a la economía política de la vida y de la muerte argentina, cuanto que éstas son las contabilizadas y analizadas. Es decir, vislumbran lo político y lo económicamente útil desde una perspectiva de historias de vida y no desde una ideología alienante.

En todo caso, son las instituciones de seguridad encargadas en denunciar y perseguir delitos, demandando por más recursos humanos y materiales para disminuir la cantidad de los mismos. Más, los hijos políticos y jurídicos de las fuerzas represivas dominantes que negaron y niegan los hechos de ultraje, que también denuncian y persiguen delitos, son los organismos de derechos humanos o agrupaciones civiles con fines sociales. Son éstos, hijos políticos, de un legítimo -

en tanto fuerzas de seguridad, no en tanto que gobierno de facto- e ilegal-en tanto delitos cometidos- poder estatal. La desocupación, la precarización del trabajo, la criminalización de la pobreza e inmigración, judicialización de la protesta social, la desnutrición y abuso infantil, la violencia policial, militar institucional y los pactos políticos fueron, y en muchos aspectos lo son, la estrategia política de aquellos sectores que dominaron y dominan mediante la imposición. La sociedad civil se resguardó en sus conocimientos históricos para protegerse del brazo armado, no sólo del Estado, sino también de los sectores de poder, de aquellos que se impusieron con violencia material y simbólica. Esta misma sociedad auto organizada que se controla y se resguarda logró y actualmente estar reconocida simbólica y materialmente a nivel internacional. Es decir, se construyeron técnicas de gobernarse a uno mismo y a los demás cuando la violencia entró en juego en las relaciones sociales: negación, silencio, complicidad, culpa, desvalorización, solidaridad, denuncia pública, movilización, judicialización, persecución, insistencia. También en cierto sentido, la esfera pública ha cobrado importancia. Nuestra sociedad de normación, soberaniza y disciplina, regula las relaciones de fuerza existentes mediante la sociedad civil y el sistema judicial en tanto relato llamados delitos de lesa humanidad, criminalización de la pobreza, violencia de género, discriminación, mortalidad maternal, mortalidad infantil, violencia institucional. Es decir, se han institucionalizado nuevas técnicas de gobierno sobre nosotros cuando los ápices de la vida y la muerte mostraron sus índices. Régimen argentino de la verdad.

Creemos, por nuestra parte, que la sobrevaloración del sistema de derechos para resguardarnos y perseguir los delitos comunes, hace perder el ímpetu, en la conciencia social, lo que de convicción ética -de los grupos organizados de derechos humanos- tienen de fuerza para politizar su verdad, y tienen como potencia para expandirla a la sociedad. La justicia argentina ha demostrado trabajar mucho con la especulación temporal de los procesos penales y no tanto con la conducta ética e interpretación de normas a seguir, transmitido por su sistema axiológico.

Una consecuencia es que no logramos reconocer en nuestra capacidad civil una capacidad organizativa en la política, ya que mucho que debió ser materia administrativa terminó por dirimirse en el campo de la justicia. La exigencia de control de gestión por parte de



los grupos civiles es proporcional a la complicidad de los funcionarios públicos -policiales, judiciales, políticos-, empresarios y comerciantes, sindicalistas, profesionales privados, con los grupos sociales que especulan en la legalidad del sistema financiero.

Seremos modernamente libres de acuerdo con las características que adquiera el proceso de comprender lo que sabemos, proyectar lo que se puede hacer en relación con este conocimiento producido, y querer hacer a partir de lo condicionado por el conocimiento mismo. Si los derechos humanos constituyen ocasión más que para hacer justicia, establecer los estándares sobre nuestro uso de la libertad, todo el saber producido por los organismos civiles en defensa de los mismos debiera ser puesto en la agenda política, en la agenda educativa, de salud, de seguridad, comunicacional. Saber decir, saber hacer; son dos expresiones de la relación entre saber y poder. Mientras esté aplicado al campo de los derechos humanos del sistema judicial, será una justicia con complicidad de una aplicación perversa de la estructura del sistema financiero en relación con el discurso universal de los derechos humanos.

Nuestra ética argentina es este resultado de nuestro uso reflexivo que estamos haciendo de nuestra libertad como cultura occidental. Y si nuestras libertades fundamentales se dirimieron y dirimen en el campo judicial, si nuestra condición ontológica la dirigimos al campo de la justicia, nuestra ética está impregnada, teñida, influida mayormente por la estructura, forma y lógica del sistema judicial, y no tanto por la predominancia de la interacción entre las otras instituciones culturales.

## **BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA**

BIDART CAMPOS, G. J. (2000), *“Las realidades biológicas y las normas jurídicas”*, El Derecho. Bs As.

BIDART CAMPOS, G. J. (1989), *“Teoría general de los derechos humanos”*. Editorial Astrea. Ciudad de Buenos Aires, 2006.

CARNOTA, W. (2002), *“Enfoques sobre habeas data, operatividad de tratados y retroalimentación internacional. El fallo Urteaga”*, en TRAVIESO, J. A. (2002), *“Colección de Análisis Jurisprudencial. Derechos Humanos y Garantías”*. La Ley S. A. Bs. As. Argentina. 2002.

CELS (2001), *"Derechos Humanos en Argentina. Informe 2001"*. Siglo XXI Editores S. A., Bs. As. Argentina.

CELS (2005), *"Derechos Humanos en Argentina. Informe 2005"*. Siglo XXI Editores S. A., Bs. As. Argentina.

CELS (2005a), *"Colapso del Sistema Carcelario. Temas para pensar la crisis"*. Siglo XXI Editores Argentina, Buenos Aires.

CELS (2007), *"Derechos Humanos en Argentina. Informe 2007"*. Siglo XXI Editores S. A., Bs. As. Argentina.

CELS (2008), *"Derechos Humanos en Argentina. Informe 2008"*. Siglo XXI Editores S. A., Bs. As. Argentina.

CELS (2009), *"Derechos Humanos en Argentina. Informe 2009"*. Siglo XXI Editores S. A., Bs. As. Argentina.

CELS (2010), *"Derechos Humanos en Argentina. Informe 2010"*. Siglo XXI Editores S. A., Bs. As. Argentina.

COSTA, P. M. y HARARI, S. (2000), *"Las normas del derechos de familia y la discriminación en razón del género"* en *"El Derechos en el Género y el Género en el Derecho"*, Editorial Biblos, Bs. As.

EKMEKDJIAN, M. A., (2002), *"MANUAL DE LA Constitución Argentina"*. Ediciones Depalma Buenos Aires.

FOUCAULT, M., (1966), *"Las palabras y las cosas. Una arqueología de las Ciencias Humanas"*. Siglo XXI Editores Argentina, S. A. 2002.

FOUCAULT, M., (1976), *"Curso del 14 de enero de 1976"*, en *Microfísica del Poder*. Las Ediciones de La Piqueta, Tercera Edición, 1992. Madrid, España.

FOUCAULT, M. (1977), *"Las relaciones de poder penetran en los cuerpos"*, en *Microfísica del Poder*. Las Ediciones de La Piqueta, Tercera Edición, 1992. Madrid, España.

FOUCAULT, M. (1977a), *"Verdad y poder"*, en *Microfísica del Poder*. Las Ediciones de La Piqueta, Tercera Edición, 1992. Madrid, España.

GIL DOMINGUEZ, A. (2000), "*¿Existe una familia basada en la hipocresía?: la discriminación prevista en el art. 259 del Código Civil y un fallo de la Corte Suprema que llama a la reflexión*". La Ley, Suplemento de Derechos Constitucional. Bs. As.

PALACIO DE CAEIRO, S. B. (2001), "*La garantía de la doble instancia y el valor de las recomendaciones de los tribunales internacionales en el proceso penal. El caso Roberto Felicetti –La Tablada*", en TRAVIESO, J. A. (2002): "*Colección de Análisis Jurisprudencial. Derechos Humanos y Garantías*". La Ley S. A. Bs. As. Argentina. 2002.

PAVLOVSKY, E. (1989), "*Las identidades fragmentadas. La mayoría silenciosa es sensible al discurso del poder.*" Revista Crisis. Número 87, Julio 1989. Impresión La Prensa Médica Argentina, S. R. L. Publicación de COPEL.

RAPOPORT, M. (2003), "*Historia económica, política y social de la Argentina (1880-2003)*" 1ª Edición, Buenos Aires, Ariel, 2006.

SPAVENTA, V. (2002), "*Notas sobre igualdad de derechos a la identidad y a la igualdad de la mujer*", en TRAVIESO, J. A. (2002): "*Colección de Análisis Jurisprudencial. Derechos Humanos y Garantías*". La Ley S. A. Bs. As. Argentina. 2002.

TRAVIESO, J. A. (1996), "*Los Derechos Humanos en la Constitución de la República Argentina. Tratados Leyes – Doctrina – Jurisprudencia*". Editorial Eudeba, 2000. Bs. As. Argentina.

TRAVIESO, J. A. (1998), "*Derechos Humanos y Jurisprudencia. Doctrina y legislación argentina e internacional*". Eudeba, Bs. As., Argentina.

TRAVIESO, J. A. (2002): "*Colección de Análisis Jurisprudencial. Derechos Humanos y Garantías*". La Ley S. A. Bs. As. Argentina.

VERBITSKY, H. (2003), "*Civiles y militares. Memoria secreta de la transición*". Editorial Sudamericana. Bs. As., Argentina.



# UN ACERCAMIENTO SOBRE EL NUEVO SISTEMA ACUSATORIO PENAL EN MÉXICO

**Antonio Sánchez Galindo**

De la Academia Nacional de Ciencias Penales.

## 1. PRESENTACIÓN Y ANTECEDENTES

La evolución delictiva exige la transformación inmediata (y si se pudiera) adelantada del Derecho Penal. Ésta debe imponerse por lo menos, en forma paralela e inmediata. México así lo ha hecho desde el siglo XIX. De la Legislación Colonial al Código Juárez o Martínez de Castro, pasó más de medio siglo para que nuestro país tuviera el despegue de nuestro derecho penal que no se ha detenido hasta nuestros días, como tampoco lo ha hecho la delincuencia. Desde “El Chalequero” (por sólo citar un hecho notable) durante el “Porfiriato” hasta “El Chapo Guzmán”, en nuestros días: del crimen muscular y atávico, como lo denominaría Cesar Lombroso (a quien le atribuyen algunos la paternidad de la Ciencia Criminológica) hasta Lola Aniyar de Castro y Rosa del Olmo (dos de las representantes más notables de la Criminología Crítica en el medio americano). (Rosal del Olmo, Ruptura Criminológica, Universidad Central de Venezuela. 1979. Venezuela). (Márquez Piñero Rafael, Edit. Trillas, Reimpresión, 2010. México).

Sin embargo, México tiene prosapia y tradición. Éstas arrancan, a nuestro modo de ver las cosas –y, por supuesto a partir del movimiento revolucionario de independencia– de la promulgación de la Constitución de Cádiz que vio la luz en esa ciudad de España el 19 de marzo de 1812, cuando ya nuestro movimiento independentista se había iniciado, y jurada en nuestro propio país, el 8 de septiembre del propio año, aunque después suspendida por Calleja y en España por Fernando VII. Sin embargo, el mismo monarca se vio en la necesidad de reinstaurarla en virtud del levantamiento de Riego. En este cuerpo de leyes, en el Capítulo I del Título IV, artículo 71, se habla de algo que

nos atañe: los delincuentes, cuando se refiere a una figura que nosotros debíamos de haber superado y que es el indulto, porque éste es un regalo que se le da al delincuente, en vez de que éste conquiste su libertad por medio de su propio esfuerzo. Por otra parte, la misma Constitución se refiere (Artículo 297) a las condiciones que deberán poseer las propias cárceles (situación que aún no hemos superado en muchos aspectos, tanto en los de mínima, como media y máxima seguridad) para asegurar y no molestar a los presos; como el alcalde tendrá éstos en buena custodia y separados los que el juez mande en comunicación, pero nunca en calabozos y lugares malsanos”.

El artículo 298 ordena la frecuencia con la cual deberán hacerse las visitas a las cárceles sin que ninguno de los presos se encuentre ausente y el artículo siguiente manifiesta la sanción que se deberá imponer a los jueces y alcaides que no cumplan con esta orden. Asimismo, artículos abajo (303) se prohíben el tormento, los apremios y las penas trascendentales (Artículo 303).

Oscar Cruz Barney, en su estudio sobre la “Codificación en México 1821–1917”, manifiesta que “en materia de presiones se reglamentaron las cárceles de la Ciudad de México. Y se reformó su reglamento en 1820 y 1826. Se emitieron disposiciones sobre la materia el 24 de marzo de 1824, el 11 de abril y el 6 de mayo de 1833”. (Sergio García Ramírez y Olga Islas de González Mariscal, Coordinadores)

Rastreando en otros textos constitucionales, desde la Constitución de 1824 hasta la 1857, encontramos muy pocos antecedentes de que ahora con creces se supera con las reformas de 2008 y 2011 y las que se encuentren por llegar y que también son necesarias para establecer la unificación de nuestra justicia penal (largamente esperada por muchos de nosotros, pero todavía rechazada por algunos jurisperitos conservadores).

Un parteaguas importante, corresponde al de nuestra Constitución de 1857, la cual estuvo presidida por el Acta Constitutiva y reformas de ese mismo año, y las Bases para la Administración de la República de la propia Constitución, que contiene, por primera vez, en forma clara y concisa –emanada de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano–, una serie de principios que protegen al ser humano –hasta ahora insertos en nuestra Carta Magna–. (Sánchez Galindo Antonio, *El Derecho Penitenciario Mexicano (La Constitución de Cádiz) El Derecho en México: (dos siglos 1810–2010)*

De esta suerte, en el artículo 15 de esta excelente Constitución, se ordena que no se celebrará la extradición de los reos políticos. Ni los reos del orden común cuando hayan tenido la condición de esclavos ni cuando se alteren las garantías individuales.

El artículo 18 –antecedente del actual– se refiere a que sólo habrá prisión por delito que merezca pena corporal, se pondrá en libertad bajo fianza y establece que la pena de prisión o detención no se podrá prolongar por falta de pago de honorarios o de cualquiera otra ministración de dinero.

El artículo 19 establece que ninguna detención excederá del término de tres días, sin auto motivado de prisión. Y agrega que el “sólo el lapso de este término constituye responsable a la autoridad que lo ordena o consiente, y a los agentes, ministros, alcaldes o carceleros que la ejecuten. Por otra parte, hace hincapié en que todo maltratamiento en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución en las cárceles es un abuso que deben corregir las leyes y castigar severamente las autoridades”.

El artículo 23, desde nuestro punto de mira, abre la posibilidad de existencia del Derecho Penitenciario en el momento en que manifiesta: “Para la abolición de la pena de muerte queda a cargo del poder administrativo, así como establecer a la mayor brevedad posible el régimen penitenciario. (Ídem, Felipe Tena Ramírez)

La Constitución de 1857 perduró hasta que el régimen dictatorial de don Porfirio Díaz subsistió y la Revolución de 1910 se hizo de jure con Venustiano Carranza y convocó al Constituyente que culminó con el documento el 5 de febrero de 1917 y cuya vigencia, con las múltiples reformas que ha sufrido, aún guía los destinos del país, una de las cuales y más trascendentes (a las que nos referiremos con posterioridad y que son el objeto y culminación de nuestro presente estudio) son las que se han realizado el 18 de junio del 2008 y el 10 de junio del 2011.

El artículo 18 Constitucional –que ha sido ampliamente debatido por que se deseaba, por un grupo de constitucionalistas, federalizar el sistema– merece una consideración especial, ya que en él –aunque aquí incipientemente, no así en sus reformas posteriores – se creó un sistema penitenciario mexicano. Y decimos esto porque, expresamente, se marca cómo debe ser la forma de la expresión: preventiva y penitenciaria; que el sitio donde se compurgue la sentencia sea

completamente distinto al de los procesados; que los gobiernos de la Federación y los Estados organizarán en sus respectivos territorios el sistema penal –colonias, penitenciarías o presidios– sobre la base del trabajo como medio de regeneración. Es de resaltarse que ya se deseaba la unificación penitenciaria al discutirse la federalización, lo que ahora, tímida y tenuemente queremos hacer unificando nuestra Legislación.

Sobre el artículo 19, las discusiones del Constituyente de 17 llegaron a la conclusión de que debía prohibirse maltrato en las prisiones, situación que aún en nuestras prisiones federales no se ha logrado plenamente. También se prohibió toda molestia que se infiriera, sin motivo legal, toda gabela o contribución en las cárceles, considerados como abusos que tenían que ser corregido por las leyes y reprimidos por las autoridades, como también lo ordenó, en su momento, la Constitución de 1857. (Ídem. Felipe Tena Ramírez).

El artículo 20 también hizo hincapié, como en el 57, en que la pena de prisión no podía ser prolongada por falta de paga de honorarios a los defensores o por cualquier otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo.

A través de los años el artículo 18 Constitucional (como muchos otros) ha sufrido múltiples cambios y adenda. En primer término, el decreto que reforma y adiciona el propio artículo Constitucional, de 28 de diciembre de 1964, publicado el 23 de febrero de 1965. Esta reforma propició la creación, por primera vez en nuestro país, de un Derecho Penitenciario positivo, en toda su extensión, ya que dentro de esta reforma se sientan las bases para un sistema penitenciario –por decirlo de alguna manera,– integral. Esto dio pauta para que el Estado de México promulgará una ley de ejecución de penas privativas y restrictivas de libertad y que planificará un sistema penitenciario cuya culminación fue el Centro Penitenciario del Estado de México (1966), cuya organización correspondió, totalmente, al Dr. Sergio García Ramírez a partir de 1967. Su labor fue conocida y elogiada por propios y extraños a nivel mundial.

Transcribiremos la parte esencial del artículo 18, en su reforma de 1965, haciendo con posterioridad la comparación de la reforma del 2008: “ Artículo 18. Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva: El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados. Los gobiernos de la Federación y los estados organizarán



el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente. –Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.– Los gobernadores de los estados, sujetándose a lo establecido en las leyes locales respectivas, podrán celebrar con la Federación convenios de carácter general para que los reos sentenciados por delitos del orden común extingan su condena en establecimientos dependientes del Ejecutivo Federal”. (Ídem. Felipe Tena Ramírez.)

El 29 de diciembre de 1976 apareció una reforma al párrafo quinto del Artículo 18 Constitucional, relativa a la posibilidad de que los reos que se encuentren en el extranjero compurgando penas, podrán ser trasladados a la República para que cumplan sus condenas, con base en los sistemas de readaptación social que imperaban en aquel momento y, por otra parte, los reos extranjeros que hubieren sido sentenciados por delitos del fuero común o del fuero federal dentro de nuestro territorio, a su vez podrán ser trasladados a su país de origen, sujetos a los tratados que se hubieren celebrado con esos países. Por otra parte, los gobernadores de los Estados podrán solicitar al Ejecutivo Federal, con apoyo en las leyes locales, la inclusión de reos del orden común en dichos tratados. Se debería contar con la voluntad expresa del reo en cada caso.

Como se desprende de la reforma anterior, la política criminal de aquellos días tomaba en cuenta los fines de la pena que la Constitución y la Doctrina preconizaban: la readaptación social y el reconocimiento de todos los derechos emanados de las Naciones Unidas que México había asignado. Era toda una política de humanización que ahora se ha olvidado a pesar del desarrollo virtual que han tenido los derechos humanos.

El 12 de diciembre de 2005 se llevó a cabo la reforma del propio artículo 18 de nuestra Constitución Federal en torno a la justicia de adolescentes, que también cae en el análisis que debemos hacer dentro de este ensayo, sobre todo porque se ha colocado a los menores infractores como antes se les llamaba (ahora adolescentes) en calidad de seres humanos imputables merecedores de pena, transformando en forma total el sentido de la justicia de este sector humano al que antes se había sacado totalmente del Derecho Penal y que teóricos del derecho, de nuevo cuño, han considerado como seres humanos imputables a

plenitud y no en formación como antes se les consideraba, en lo que para nosotros significa una violación a sus derechos humanos, por más que hayan cometido los más graves delitos, ya que en estos casos la responsabilidad, a nuestro juicio, cae más en los padres que en los propios adolescentes infractores.

Y llegamos, ahora a la reforma del 18 de julio del 2008 que consideramos trascendental para el Derecho Penitenciario Mexicano y, además, para la nueva ejecución de la pena, ya que se ha transformado el sentido de la justicia de nuestro país, por muchos años inquisitiva-mixta, en oral acusatoria, lo que significa un cambio de 180 grados, por más que desde la promulgación de la Constitución de 1917 se daba pauta para la justicia acusatoria, independientemente de que los juicios orales privaron hasta finales de la década de los años veinte. Empero, estos siguieron prevaleciendo para el delito de peculado, prácticamente hasta nuestros días. (Ídem. Sergio García Ramírez y Olga Islas de González Mariscal).

Por las razones anteriores –el cambio de sentido y la justicia penal y de la ejecución y la pena– la ejecución pretende cambiar totalmente de sentido, sobre todo porque la misma se ha judicializado.

Lo anterior advierte un cambio total del principio de legalidad, tanto por lo que hace al Código Sustantivo Penal, como los que se refieren al de Procedimientos y el de Ejecución, todos ellos federales, los cuales, por otra parte, pretenden unificar la legislación sobre la materia a nivel nacional.

Así mismo, se desea la judicialización del sistema de ejecución penal, para los efectos de evitar los caprichos que se habían presentado hasta la fecha en la ejecución penal por medio de las autoridades administrativas, que habían obrado, con mucha frecuencia, equivocando el sentido de la sentencia pronunciada por la autoridad judicial, planteamiento que se espera superar, por medio de la transformación del sistema penal acusatorio y de la judicialización de la propia ejecución penal por medio de los Jueces de Ejecución. Así se ha logrado que, en varias entidades federativas, esta figura ya se encuentre en marcha, aunque con deficiencias por falta de presupuesto.

El cambio definitivo operará hasta que se logren integrar las reformas del artículo 18 Constitucional y el primero de nuestra propia Carta Magna, de 1o. de junio del 2011.

La aspiración de la unificación judicial, a nivel nacional, es un noble propósito que esperamos se logre, ya que existen diversas oposiciones regionales, porque se piensa, entre otras cosas, que se afecta la soberanía de cada entidad federativas y las particularidades específicas de cada región, planteamiento que no es del todo real porque la forma en que se pretende realizar la unificación no agredirá ninguna de las dos grandes objeciones.

Desde luego se espera la reforma Constitucional que dará pauta para la unificación de nuestra justicia penal y que tengan validez las innovaciones de los artículos 1o.; 16, párrafos segundo y décimo tercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 18, 19, 20 y 21, párrafo séptimo, de la Constitución Federal, término que se cumplirá en el 2016. Para esa fecha la Federación, los Estados y el Distrito Federal en sus correspondientes competencias deberán haber expedido y puesto en vigor las modificaciones y ordenamientos legales que sean necesarios para que el sistema penal acusatorio funcione a plenitud.

Lo anterior partirá de la unificación penal, con objeto de que no haya una disparidad de criterios en la aplicación del nuevo sistema penal oral acusatorio, como ha sucedido con las entidades que ya lo tienen en funcionamiento, muchas de ellas han padecido serios problemas como sucede en Chihuahua y el Estado de México.

Otro problema que ha surgido en el nombramiento de los Jueces de Ejecución es que no existe suficiente presupuesto y, como consecuencia, por ejemplo, para el Distrito Federal cuya población rebasa los 20,000 sentenciados, solamente se tienen dos Jueces de Ejecución, careciendo de elementos propios para dictaminar sobre los beneficios que a muchos internos ya les corresponde.

Por las razones anteriores es conveniente apresurar la formación total del Sistema Federal Penal oral acusatorio, para los efectos de lograr la unificación legislativa y, por otra parte, poner a funcionar el propio complejo preventivo y de ejecución penal federal para ejemplificar todas las entidades federativas en que se tiene que llevar a cabo este cambio trascendental e histórico, que es uno de los cuidados especiales del programa 2013–2018 del Presidente de la República. De esto depende en mucho la seguridad social del país que, desde luego aboga para el desarrollo de todos los demás sectores del Programa Nacional.

Desde luego que, con el cambio del principio de legalidad penal integral, se espera como resultado la transformación de las policías, los ministerios públicos, los impartidores de justicia, los defensores públicos, tanto oficiales como privados, y sobre todo, en nuestro caso, los involucrados en la ejecución de justicia en el ámbito de la detención preventiva.

Todo lo anterior implica tener en pleno funcionamiento un principio de legalidad integral (desde la Constitución hasta los Reglamentos e Instructivos correspondientes); el personal idóneo, debidamente profesionalizado y certificado, en sus diversos niveles (ejecutivo, técnico, administrativo, de vigilancia y custodia y judicial); instalaciones idóneas; presupuesto suficiente, la justicia de adolescentes infractores despenalizada e instituciones de ayuda pospenitenciaria.

## **2. DIAGNÓSTICO DEL SISTEMA DE PRISIÓN PREVENTIVA Y EJECUCIÓN PENAL FEDERAL**

Henke –allá por 1809– cuando se iniciaba la creación de la *kriminal Politik*, afirmaba que ésta debía tener cinco capítulos básicos:

1. Análisis de las leyes del país para observar su funcionamiento.
2. Análisis de las leyes de otros países y establecer la eficacia y resultados de las mismas.
3. Nuevas iniciativas de ley dentro del propio país y promulgación de las mismas.
4. Preparación de la comunidad y aplicación de las nuevas leyes
5. Análisis de los resultados a 6 años de funcionamiento para su ratificación (o cambio) de la misma.

Esto sucedía cuando la política criminal se contemplaba únicamente en forma legiferante. Más tarde, cuando ésta se nutrió de nuevos conceptos, su contenido varió, como sucede con la definición que de la misma ha realizado a últimas fechas el Dr. Enrique Díaz Aranda, cuando afirmaba que “La política criminológica es el funcionamiento de la norma penal en la realidad con el fin de realizar propuestas de reforma al derecho penal vigente. Al efecto la política (anti)criminal se apoya en los datos aportados por la criminología y los ideales jurídicos penales, como son el fundamento y los fines de la pena; principio de legalidad, principio de culpabilidad, resocialización

y humanización del derecho penal...” O bien como dice el Dr. Moisés Moreno Hernández: “la política que el Estado adopta frente al problema de la delincuencia y tiene como objeto primordial la lucha contra el delito para lograr la vida ordenada en la comunidad, lo que realiza previniéndolo por medio de una serie de medidas o estrategias que, por ello, son consideradas político criminales (...) se fija en las causas del delito, intenta comprobar la eficacia de las sanciones empleadas por el derecho, pondera los límites donde puede el legislador del derecho penal para coartar lo menos posible el ámbito de libertad de los ciudadanos, discute como pueden configurarse correctamente los elementos de los tipos para corresponder a la realidad del delito y comprueba si el derecho penal material se haya configurado de tal forma que pueda ser verificado y realizado el proceso penal”. (Sánchez Galindo Antonio. Coordinador del libro “La Transformación del Sistema Penitenciario Federal: Una visión de Estado. Diagnóstico de Sistema Penitenciario Mexicano. Zepeda Lecuona Guillermo. SSP, CIES. ITESO. ITAM. 1a. edic. 2012. México”.

Todas estas definiciones son verdaderamente importantes para la ejecución del derecho penal, sobre todo con las Reformas a nuestra Constitución Federal del 2008 y 2011 que marca un nuevo sendero para nuestra propia ejecución penal en sí misma y para la unificación de todo el sistema penal a nivel nacional.

Los norteamericanos señalan que para que exista una buena ejecución penal deben existir cuatro elementos fundamentales: un principio de legalidad bien establecido y que llene los objetivos que pretende la política criminológico-penitenciario; un personal adecuado; instalaciones idóneas, suficientes y que no atenten contra la salud de los internos y un presupuesto que satisfaga todas las necesidades que se requieren para el buen funcionamiento de las instituciones.

### **3. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD**

El sistema penitenciario mexicano parte de la base del artículo 18 Constitucional que establece que “Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados. El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación

para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando, los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres.” En esta parte de nuestro artículo 18 Constitucional mencionado se establece el espíritu que se tiene para organizar el sistema penitenciario nacional a partir de la reforma del 8 de junio del 2008 y en la correspondiente (por lo que se refiere a los derechos humanos del 10 de junio del 2011, que incorporó los derechos humanos al tratamiento de los reos, tanto en la institución preventiva como en la penitenciaria.

Dentro del nuevo procedimiento se utilizarán los sustitutivos penales y se dejará, exclusivamente la prisión preventiva para los presuntos responsables de la comisión de delitos graves, respetando, hasta donde es posible, la presunción de inocencia (apartado B, fracción I del artículo 20 Constitucional). Esto nos hace plantear un punto de mira distinto del que tradicionalmente hemos tenido respecto de la prisión preventiva porque, a pesar de que desde la promulgación de la Constitución de 1917 se establecieron las garantías individuales, el iniciado y el procesado ya se marcaban como delincuentes sentenciados ejecutoriados. Con este cambio México da un paso adelante y pone su legislación a la par de las más adelantadas del mundo.

El espíritu del propio artículo 18 Constitucional y del 1o. marcan los derroteros por los cuales debe transcurrir el caudal de la ejecución penal: los derechos humanos de todo aquel que tenga la desgracia de caer dentro del ámbito del derecho penal. De igual manera, las otras vías de la atención al recluso sentenciado son el trabajo y la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte. El objetivo (y quizá fin de la pena) es la reinserción social.

Para el cuidado y fidelidad del cumplimiento de la sentencia impuesta por el juez correspondiente se ha creado la figura del Juez de Ejecución, que tendrá por cuidado el control judicial de la propia ejecución, la supervisión de los derechos humanos de los procesados y sentenciados; el cuidado en el cumplimiento de los cuatro ejes de la reinserción: el trabajo y la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte; la vigilancia puntual para que las víctimas y los ofendidos reciban lo que les corresponde: especialmente la reparación del daño económica, moral y psicológica; la separación de procesados

sentenciados, hombres y mujeres; la realización de los trámites para que los sentenciados cumplan su condena en lugares cercanos a su domicilio, ya que la reintegración será al mismo, y no en donde se encuentre ubicado el reclusorio; que en el cómputo total de la condena se considere el tiempo en que se estuvo recluso durante la fase preventiva; que los beneficios de modificación de la pena fundamentados en la ley se cumplan a tiempo, ya sea a petición de la autoridad administrativa, del interno o de oficio; y, los demás a que se refieren los artículos 18, 20 y 21 Constitucionales. (Ídem. Sánchez Galindo Antonio).

#### **4. LA CONSTITUCIÓN FEDERAL Y LA REINSERCIÓN SOCIAL**

Este rubro es de suma importancia, ya que sustituye al reingreso a la libertad del sentenciado, por medio del sistema correspondiente, que debe estar perfectamente tasado y medido, en los reglamentos de la institución, así en la ley orgánica del juez de ejecución. Decimos esto porque con objeto de lograr una de las preocupaciones marcadas por el artículo 18 Constitucional (procurar evitar la reincidencia), se debe cumplimentar con la alianza (o ayuda) de las instituciones pos-carcelarias, las cuales deberán entrar en contacto antes de la libertad del interno a fin de planificar, para evitar problemas, los principales escollos que presente, individualmente cada uno de los sentenciados: generalmente el trabajo y la familia. Aliviando estos dos problemas se coadyuvará perfectamente a evitar en mucho la reincidencia.

La reinserción social implica una nueva forma de ver lo que en el Constituyente del 17 se denominó regeneración, en 1954-1955 readaptación social y como en el 2008 reinserción social. La readaptación social fue rechazada porque llevaba un concepto –al decir de ciertos estudiosos– de curación, lo que implicaba un subjetivismo que atentaba contra los derechos humanos del interno, ya que se prestaba al “capricho” de las autoridades técnicas (psiquiatría, psicología, trabajo social, criminología clínica) y, por ende, se privaba de la certeza jurídica, independientemente de que el concepto de readaptación social nunca tuvo vigencia plena porque de hecho era un mito. A este concepto se opone el Dr. Sergio García Ramírez en su libro “La Reforma Constitucional 2007–2008”: ¿democracia o autoritarismo? Para él la reinserción es un concepto sin valor que implica una restricción a las

dimensiones del artículo 18 Constitucional porque, anteriormente, el concepto de readaptación social comprendía a todo el sistema penal y ahora el concepto reinserción social se reduce al sistema penitenciario. Lo que era un amplio concepto ético se ha transformado en sólo una palabra mecánica que prácticamente anula los deberes del Estado.

Sea una cosa u otra, ya estamos en el camino de los resultados. Como siempre, quienes sustentan el poder son los que deciden el camino a seguir y en él debemos encontrar, los que deambulamos por estos senderos, lo mejor posible para favorecer a quienes servimos.

No obstante lo mencionado anteriormente, las críticas de la prensa ya se empiezan de dejar sentir. Por ejemplo, el periódico "Reforma", en su edición del miércoles 28 de agosto del año en curso, manifiesta, en pluma de Pedro Terán, que la reincidencia revela el fracaso penitenciario y, líneas abajo, agrega que "El modelo penitenciario mexicano fracasó en su objetivo primordial: la reinserción de los internos, y muestra de ello son los niveles de reincidencia que presentan entidades como el Distrito Federal, líder en este rubro. El estudio "La cárcel en México, ¿Para qué? que este miércoles presenta México Evalúa señala que mientras a nivel nacional el porcentaje de reincidencia es de 15.5 por ciento, en el DF alcanza el 35,2 por ciento. El nivel de reincidencia delictiva es el resultado de la baja efectividad en los programas de reinserción social puesto que muestran que la cárcel no cumplió con la misión de evitar que los internos cometieran más delitos en el futuro. Los mayores índices de la reincidencia de conductas delictivas del fuero común están en ilícitos como el robo de auto con un porcentaje del 33.3 por ciento o los robos en general con el 1.4. En el fuero federal los principales son la explotación sexual de menores con el 20 por ciento y el narcotráfico con 13.4." Cabe mencionar que los investigadores que realizaron esta evaluación fueron Leslie Solís, Néstor de Buen y Sandra Ley.

Estimamos que los investigadores, a pesar de la seriedad con la cual se encuentran investidos por su prestigio, no tomaron en consideración los factores fundamentales que, en pasado y ahora en el presente, impidieron e impiden todo esfuerzo por realizar los fines de la pena impuestos, tanto por la Constitución, como por las leyes secundarias y que son la sobrepoblación y la corrupción, independientemente de la política general de endurecimiento penal (No sólo el abuso de la privación de la libertad por medio de la pena de prisión) por medio de una política criminal mal enfocada que agranda las penas



(planteamiento que carece de objeto y base de fondo; la creación de nuevos tipos de pena (penalización desmedida) y la estigmatización que cierra las puertas socialmente a todos aquellos que, en alguna forma, han tenido algún roce con derecho penal.

Es preciso, por consiguiente, cambiar de mentalidad para realizar verdaderamente un nuevo derecho penal con el sistema penal oral acusatorio, ya que de otra manera el problema seguirá subsistiendo en los tres niveles de la administración de la justicia penal: la procuración, la impartición y la ejecución.

Hasta la fecha la reina de las penas en nuestro medio es la privación de libertad (antes lo era la pena capital: la de muerte). (Beccaria, César. Tratado de los Delitos y las Penas, pp. 117 y sigs. 6a. Edic. Facsimilar. Edit. Porrúa. México. 1995. Esta situación ha hecho que nuestras cárceles se desborden y los tratamientos que aconsejaba el 18 Constitucional de 1964-1965 no se hayan podido cumplir, sobre todo porque, además, la política criminal que se ha llevado a cabo ha sido la de endurecer el derecho penal retipificando, recriminalizando y repenalizando. Ésta es la causa por la que las prisiones del fuero común se han sobrepoblado, incluso las federales, a pesar del cuidado que inicialmente se tuvo. Además, las prisiones federales no son, en modo alguno, perfectas y violan muchos de los derechos humanos, porque de la misma manera que se cuidó que no estuvieran sobrepobladas, la dureza con la que se trata a los internos es propia de otras épocas y no de la nuestra que se encuentra tutelada por los derechos humanos insertos, ahora, en la propia Constitución Federal en su artículo 1o. Una de las preocupaciones que surgen es el trato que se les da a las mujeres que se encuentran en Islas Marías. Ellas deberían estar en el Continente y cerca de su domicilio, independientemente de que se les dé un trato adecuado y se les deje tener a sus hijos cerca en guarderías en que puedan verlos cotidianamente.

La población de las propias Islas Marías es impropia y excesiva porque no existe suficiente agua ni energía eléctrica para atender todas las necesidades que se requieren. Además, desde nuestro punto de vista, son vulnerables a ataques de comandos de la delincuencia organizada que posee múltiples recursos en la actualidad, ya que poseen submarinos, aviones y helicópteros.

Alguno de los reclusorios de máxima seguridad, ya funcionando y con más de mil internos, carece de agua suficiente y esto puede

provocar epidemias, independientemente de la falta de higiene general que surge por la ausencia del líquido vital.

De lo anterior se desprende que, si bien se tuvo el cuidado, originalmente, de que las instituciones fuesen un ejemplo a seguir, quizá por la premura, o tal vez por la falta de previsión, se han venido produciendo fallas lamentables que, durante el proceso de desarrollo para lograr un sistema integral de institutos federales perfectos, éstos no llegaron al fin que se deseaba con la mejor de las intenciones. Se llegó, incluso, a querer imitar los modelos norteamericanos –planteamiento que, desde luego, en mucho no podemos alcanzar– porque nuestro presupuesto siempre es limitado.

Una de las cosas que en el libro que se coordinó fue que iba a ser un modelo de seguridad súper-máxima, lo que es verdaderamente una exageración, ya que el superlativo máximo no admite una mayor dimensión.

Como se ve, a pesar de las buenas intenciones y los buenos conceptos que teníamos hace algún tiempo, es necesario que en materia de instalaciones llevemos a cabo una reestructuración integral que abata la sobrepoblación, que deje de violar los derechos humanos, que garantice el bienestar de los internos que habitan nuestras instituciones penales, especialmente las mujeres y que puedan contemplar no solamente la paz presente, a la que añoramos, sino además la proyección futura, con objeto de que la delincuencia no rebase los límites de nuestra organización de la justicia penal, en este caso específico, de la ejecución penal. (Sánchez Galindo, Antonio. *Ibidem*.)

En este aspecto –y sólo por lo que hace al sector de las instalaciones– podríamos afirmar que la política criminológico-penitenciaria que se ha llevado hasta la fecha, lo que ha logrado en exclusividad es el desarrollo punitivo que lacera las garantías individuales y los derechos humanos, lo que, a pesar de lo que exigen las leyes, revela un subterráneo autoritarismo que hay que reblandecer, disminuyendo la pena de prisión y aumentando la posibilidad de los sustitutivos penales, la conciliación y la justicia restaurativa, atendiendo más a la víctima y dando oportunidad al victimario de reinsertarse a la sociedad por medios que sustituya la privación de libertad.

## 5. LA LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL

En relación con el principio de legalidad, nos habíamos quedado en el análisis de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pero es también necesario hacer referencia a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, que tiene marcada referencia expresa a nuestra materia, marca a nuestro modo de ver el camino a seguir, en muchos aspectos, de los lineamientos fundamentales de la ejecución penal, como son los que se refieren en sus artículo 14, 16, 17, 18 y 27. En ellos se marca, sí no con exceso, con puntualidad, la política general, que nuestro gobierno establece en materia de ejecución pena, aun cuando, algunas de las se refieran al ámbito policial y no exclusivamente al de ejecución penal que, por lo que hace a su personal, quedó, por decirlo así, un poco olvidado, ya que para el punto de mira de la Secretaría de Seguridad del sexenio anterior el personal penitenciario (nos referimos expresamente al de vigilancia y custodia) éste caía dentro de la seguridad policial, planteamiento que desde la antigüedad (recordemos a don Constancio Bernaldo de Quirós, en su libro “Lecciones de Derecho Penitenciario”, publicado por la Universidad Nacional Autónoma de México en 1953, mencionaba que “*mutatis mutandis*”, el personal penitenciario había sufrido los mismos cambios que el policial) por lo que se infiere que el personal penitenciario era, y es, distinto del policial, aunque hubiese pasado por las etapas iguales: la primera en la cual los mismos prisioneros fungían como personal carcelario, al igual que el policial cuyos policías eran extraídos de la propia delincuencia; la segunda etapa que fue la empírica, en la cual el personal de vigilancia dejaba de ser el propio delincuente, pero no se capacitaba; la tercera etapa, que se denominó técnica, ya seleccionó y capacitó al personal y la última, y cuarta, fue la de la profesionalización, que es la que nosotros empezamos a realizar en múltiples lugares, pero que aún no logramos la cobertura nacional.

Es verdaderamente una innovación la actual modificación de la política penitenciaria insertada en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, que en mucho supera la del gobierno anterior y sirve de base para la implantación del sistema de justicia penal acusatoria y oral.

## 6. REGLAMENTO INTERIOR DE LA SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN

Otro cuerpo de leyes es el Reglamento Interior de la Secretaría de Gobernación, el cual marca prácticamente la política criminológico-penitenciaria que debe seguir el país, la cual se encontraba trazada en el artículo 12 del Reglamento a comentario que manifestaba generar políticas, estrategias y programas que garantizarán el sistema penitenciario y el tratamiento a los menores que, desafortunadamente, ahora han sido penalizados y comparados con los propios delincuentes adultos, en forma deshumanizado y que, por ende, dañan sus derechos humanos: los adolescentes infractores deben permanecer en instituciones especiales, distintas de los adultos, con tratamiento y atención diversa a ellos y, aun cuando sean imputables, porque tienen la capacidad de comprender qué es el delito; sin embargo, son seres humanos en formación y, por consecuencia, deben ser sacados del Derecho Penal de adultos, del cual habían salido hace algún tiempo, pero que erróneamente y sin ver las consecuencias, en que iban a caer al ser comparados con los delincuentes adultos, el trato que han recibido ha sido: pudiéramos decir tildarlos de víctimas del Derecho Penal.

Sin seguridad, una prisión, sea preventiva o de ejecución, provoca el desorden y termina en el autogobierno, lo que sólo produce el caos que culmina con los disturbios, pero esta seguridad no debe alterar los derechos humanos de procesados ni sentenciados.

Uno de los problemas básicos, debido a la sobrepoblación, que se presenta en casi todas las instituciones penales –ya preventivas, ya de ejecución penal– es el de la falta de clasificación. Esto impide que se cumpla con el 18 en sus cuatro ejes principales y que la reinserción social sea un mito y que, por ende, el juez de ejecución penal reciba informes falsos para la concesión de los beneficios concedidos por la ley, situación que sólo aboga en favor de la reincidencia, a la cual el propio artículo 18 que nuestra Constitución Federal exige como fin de la pena.

Otra de las consecuencias de la sobrepoblación es la corrupción, la cual contamina de tal forma todas las acciones que el principio de legalidad que el Ejecutivo Penal exige, que no hay manera de llevar a cabo la reinserción y favorece la reincidencia: a mayor sobrepoblación mayor corrupción. Esto también atenta en relación a la suficiencia y calidad de los servicios, tanto en la institución preventiva como en

la ejecutivo penal. El derecho a la visita familiar, especial, íntima, a la salud, al trabajo, el deporte, la educación, la recreación y aún la religión, que dentro de la institución puede ser fuente de valores que coadyuven a la reinserción.

Otra parte fundamental del principio de legalidad es la Ley de Ejecución, que aún no ha podido ver la luz superando a la Ley que establece las Normas Mínimas sobre la Readaptación Social de Sentenciados, cuya vigencia ocurre desde la reforma penal de 1971, con una serie de reformas que la han ajustado al tiempo y evolución de la criminalidad de este país (1984, 1992, 1999, 2004 y 2009). Es preciso hacer un elogio de este cuerpo de leyes que creó, en definitiva, el Derecho Penitenciario de la República y que ha ayudado, desde el punto de vista de la legalidad, a marchar –quizá con menos errores que los que la realidad ha impuesto– durante cuarenta y dos años. No obstante sus bondades ya urge sobre todo por las reformas del 2008 y del 2011 la promulgación de una nueva Ley Ejecutivo Penal que considere el cambio absoluto del sentido que posee la justicia acusatoria y oral, de la cual nuestra Ley de Normas Mínimas se encuentra sumamente alejada.

Desde luego ya existe una iniciativa por la que se pretende expedir la Ley de Ejecución de Sanciones Penales única para toda la República suscrita por María del Pilar Ortega Martínez y Adriana Dávila Fernández, Senadoras de la República en la LXII Legislatura del Congreso de la Unión, integrante del Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional que, de ser aprobada, sustituirá a la Ley de Normas Mínimas de Readaptación Social de Sentenciados. Un capítulo importante que contiene dicho proyecto es superar la tradición en la cual la autoridad administrativa encargada de resolver la modificación de las sentencias impuestas por el juez del conocimiento, lo cual ocasionaba, como ya hemos apuntado líneas arriba, múltiples problemas como pudieran ser el capricho de la propia autoridad administrativa, la corrupción la impunidad y una “evidente invasión de la autoridad jurisdiccional, en la medida en que las autoridades administrativas modificaban sustancialmente, y en algunos casos sin fundamento jurídico, la duración de las penas.

Con el nuevo proyecto se pretende garantizar el adecuado respeto a los derechos de las personas sujetas a reclusión, mediante la creación y regulación del Juez de Ejecución, que se encargará de cumplir con la

legalidad de la ejecución de la sentencia dictada por el juez competente, a raíz del proceso acusatorio oral.

Con lo anterior se llega a una aspiración –que si no fue larga, por lo menos fue intensa, durante la última década– para judicializar la ejecución de las sanciones penales y hacer responsable al ámbito de impartición de justicia y a cumplimentar las sentencias individualizadas e impuestas por sus propias autoridades, lo que consideramos un avance positivo que, ojalá, redunde en resultados que concluyan con los vicios que hasta la fecha se habían dado en la ejecución penal por medio de la exclusiva intervención de la autoridad administrativa: tutelar los derechos humanos de los internos, cumplimentar, estrictamente con el contenido de la condena impuesta por la propia autoridad judicial, la concesión de los beneficios y modificaciones que la propia ley autoriza, el cuidado de la prelibertad, el cumplimiento de los ejes de la reinserción social y algo que antaño se tenía olvidado: la atención a la víctima del delito. Todo esto posee un sentido garantista que resaltaría la postura filosófica de Luigi Ferrajoli, en su “Derecho y Razón” –Teoría del Garantismo Penal.

La parte anterior del principio de legalidad general del Sistema de Detención Preventiva y Ejecución Penal debe estar precedida actualmente por la Ley Orgánica de la Secretaría de Gobernación y su propio Reglamento, que son el sostén de Seguridad Pública que pertenece ahora al ámbito de la aludida Secretaría de Gobernación.

## **7. EL COMPLEJO PENITENCIARIO DE ISLAS MARÍAS**

La Colonia Penitenciaria de Islas Marías (denominada Complejo Penitenciario) tuvo un estatuto desde el tiempo del General Mújica, que se denominó “Estatuto”, el cual se ha ido modificando, con el paso del tiempo. No está por demás decir que, en la actualidad, las Islas como penal han sido superadas como prisión y desde luego esto se debe a que en ellas no se puede establecer ni la regeneración ni la readaptación ni la reinserción social, en virtud a que se encuentran desligadas de la sociedad y de los lugares a los que el interno, cuando queda en libertad, se encontrará totalmente desubicado y no hay que olvidar que, dentro de la técnica penitenciaria (y ahora dentro de la propia legislación), se aboga por que el sujeto a privación de libertad se encuentre cerca del domicilio al que retornará en el momento en que quede libre.

Las últimas reformas que modificaron la Legislación al Estatuto de las Islas fueron realizadas en el 2012, durante la última etapa del Gobierno anterior, situación que ya es obsoleta porque quedaban dentro del ámbito de la Secretaría de Seguridad Federal, ya desaparecida, por lo que se requieren los cambios y modificación correspondientes, sino es que la sustitución total del propio cuerpo de leyes que ya es obsoleto y que debe ser modificado, a la par de todos los ejes de la reinserción social y, si es posible –y desde nuestro punto de mira– desaparecer o transformarse plenamente, cambiando el perfil de los internos que ahí se envían y, desde luego evitando que las mujeres sufran la separación de su familia y se les otorgue la atención que la mujer requiere dado su género. Ahora bien el personal ha provocado, por su trato que no es el adecuado por ser educados como policías y no como personal de prisión que debe educar y no comportarse autoritariamente – un motín que trascendió nuestras fronteras. Esto debe ser superado por un nuevo estatuto que atienda a las reformas del sistema acusatorio penal y a las reformas de la Constitución Federal, especialmente en sus artículos 1o. y 18.

## **8. EL REGLAMENTO EN LOS CENTROS DE READAPTACIÓN SOCIAL**

Este Reglamento, que es especial, porque los “Ceferesos” tienen un contexto diferente a los centros de reinserción social del fuero común, también debe ser revisado y reestructurado, en algunos casos a ser independiente, porque los de “supermáxima seguridad poseen características específicas y distintas de las demás, de mínima, media y máxima seguridad. Pensamos que, por lo menos la palabra supermáxima, como por absurda, debe ser extirpada de nuestro lenguaje de ejecución penal en el que jamás se utilizó y que, por otra parte carece de sentido. En el Reglamento no deben olvidarse ninguno de los derechos humanos de los internos. Por supuesto, en primer término, los que se refieren al artículo 18 Constitucional: el trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud, y el deporte. No obstante, y para que se complemente como verdaderamente lo exige el resultado que se apetece (la reinserción –que existe una contradicción con el Reglamento de la Secretaría de Gobernación, en el cual aún se habla de readaptación–) la visita familiar, la íntima y la especial, la recreación, la religión, la alimentación suficiente y adecuada. Cabe

también evitar la sobrepoblación y dar la atención, cuando haya necesidad, y lo solicite, al personal técnico, como es el psiquiátrico, el psicológico, el del trabajo social y el criminológico, que pueden coadyuvar el otorgamiento de valores que, al alcanzar los beneficios concedidos por la ley y la libertad absoluta, provean a que se elimine la reincidencia. No hay que olvidar que el tratamiento que se otorgue al interno debe ser individualizado y para esto requiere de una atención específica, cada uno de ellos, anotando el resultado de su conducta en su expediente para proporcionar los resultados (o el expediente mismo) al Juez de Ejecución en el momento que lo requiera para la concesión de los beneficios. Tampoco hay que olvidar (siempre y cuando la política criminal se reblandezca y flexibilice un poco) que los sustitutivos de prisión –desde luego otorgados por el Juez de Ejecución–, coadyuven al desahogo de la población ahora existente y que como prácticamente, ya es insostenible y daña todo buen tratamiento a los internos a fin de que se reinserten socialmente en forma adecuada y se evite la reincidencia.

Un extracto del Reglamento, específicamente son los derechos y obligaciones del interno, tal como lo recomiendan las Naciones Unidas, además del régimen al que será sometido –siempre cuidando que estén siempre presentes sus derechos humanos– deberá ser entregado a aquél en el momento de su ingreso al reclusorio. Este reglamento tiene que ser cambiado de inmediato de conformidad a la nueva concepción que el Gobierno de nuestra gestión contempla, ya que, también es nuestro punto de vista, ésta debe ser con un sentido profundamente ejecutivo penal y no policial como sucedió anteriormente.

#### Manuales Penitenciarios

Mucho se ha escrito respecto a los manuales en torno a los centros penitenciarios, sin embargo, en esta ocasión, en la cual va a haber el partaguas por el cambio drástico de nuestra justicia penal, estos deben ser sustituidos y acondicionados al nuevo espíritu que imperará a plenitud a partir del 2016. El principio de legalidad de Ejecución Penal no podía estar completo sin estos manuales que mucho ayudarán a la cumplimentación legal de la sentencia por medio del Juez de Ejecución, acotando y señalando los estrictos derroteros que deberá tomar la autoridad administrativa y protegerá de acciones y corruptelas que se dan con frecuencia en el funcionamiento de las prisiones, tanto en el aspecto funcional como el estructural y el instrumental, pero



especialmente el volitivo, el cual se traduce en la acción del personal de custodia y vigilancia, tanto en los registros, revisiones, inspección de vehículos y en los traslados y en la seguridad en general.

Paralelamente, no hay que olvidar los manuales de visita, de tratamiento a los internos y de higiene, entre otros. Todos ellos son reforzantes del trato dentro de los derechos humanos que se le deberá dar a todo el personal, incluyendo, desde luego, a los internos y, sirven además para la buena organización de cada uno de los Institutos Penales Federales, evitando toda serie de disturbios, como pueden ser los delitos, las resistencias organizadas, las fugas y los motines. Esos hechos, que es preciso prever, planificar y controlar son los que echan a perder, además de la buena imagen del sistema, los elementos fundamentales de la reinserción social. Ahora bien desde junio de 1911, con toda fortuna y amplia visión, se incluyeron los derechos humanos y los principios de los documentos internacionales dentro de nuestra Constitución, muchos de los cuales hacen referencia directa en nuestro sistema penal, especialmente por lo que a nosotros corresponde, en la ejecución penal. Baste recordar algunos de ellos:

1. Declaración Universal de los Derechos Humanos.
2. Declaración sobre la Protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.
3. Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes para prevenir y sancionar la tortura.
4. Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura
5. Reglas Mínimas para el Tratamiento de los reclusos
6. Principios básicos para el tratamiento de los reclusos.
7. Conjunto de principio para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión.
8. Código de conducta para los funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley.
9. Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego para los funcionarios y encargados de hacer cumplir la Ley.
10. Principios básicos para la función de los Abogados.

11. Directrices sobre la función de los Fiscales (tomados directamente de los documentos de las Naciones Unidas).
12. Proyecto de Reglas Mínimas para las Naciones Unidas para el procedimiento Penal.

Desde luego, nosotros comentaremos exclusivamente dos documentos que son los que nos atañen directamente en la ejecución penal. En primer término las Reglas Mínimas para el tratamiento de internos de las Naciones Unidas y la Declaración sobre los principios básicos para el Tratamiento de los reclusos. Posteriormente, en capítulo separado sobre la justicia de menores y los documentos internacionales signados por México a su favor.

No está por demás destacar que tanto los Jueces de Ejecución como el personal administrativo de las instituciones penales, así los legisladores sobre la materia, deben conocer a fondo los documentos internacionales, tanto como los nacionales, ya que de otra manera los sentenciados tendrán que sufrir las deficiencias que se queden en el olvido...

## **9. LAS REGLAS MÍNIMAS PARA EL TRATAMIENTO DE LOS RECLUSOS**

Las Reglas Mínimas que tienen antecedentes históricos de verdadera profundidad, como la Carta de Neuchâtel de 1214, son verdaderos fundamentos de los derechos humanos. "Éstas, de conformidad a lo asentado en su introducción, parten de la idea original de formular reglas universales para el tratamiento de los reclusos y fue concebida por la Comisión Internacional Penal y Penitenciaria, que preparó una serie de reglas que la Sociedad de Naciones hizo suyas en 1934". Se marca, por otro lado, que el objeto de las reglas no es describir, en forma detallada, un sistema penitenciario modelo, sino únicamente establecer, inspirándose en los conceptos admitidos en nuestro tiempo y en los elementos esenciales de los sistemas contemporáneos (se está hablando de 1955), los más adecuados de los principios y reglas de una buena organización penitenciaria y de la práctica relativa al tratamiento de los reclusos.

En primer término, se protege la discriminación, tal como sucede con La Declaración Universal de los Derechos Humanos y hace hincapié

en que importa respetar las creencias religiosas y los preceptos morales del grupo al que pertenezca el recluso.

Capítulo importante es el que señala que es necesario llevar un registro adecuados (decimos nosotros adecuado porque en el tiempo en que fueron publicadas las Reglas no existía la tecnología ahora existente y que facilita y mejora el registro de los internos en el momento de su ingreso a las instituciones penales). “Ninguna persona podrá ser admitida en establecimiento sin una orden válida de detención...”

Ninguna autoridad –y ahora mucho menos que nuestra Justicia pretende dar el giro total y evitar los errores que se fueron acumulando con la inquisitivo–mixta–debe olvidar – y mucho menos los Jueces de Ejecución, que dignifican esta etapa–que es preciso establecer la clasificación correspondiente, por lo menos la mínima que marca el artículo 18 de nuestra Constitución Federal . Y que las Reglas Mínimas subrayan la separación de hombres de mujeres, de menores de adultos, de procesados y sentenciados.

En la actualidad, ya ni siquiera nuestros “CEFRESOS” pueden presumir que se encuentran plenamente desahogados y dentro del cupo para el que fueron construidos, ni que tienen celdas unitarias y que han evitado las binarias, como marcan las Reglas Mínimas. Originalmente y durante el esfuerzo que se realizó en 1971, con la Reforma (que en cierto modo conmemoró los cien años del Código Martínez de Castro –se logró que nuestros internos, en renovadas instituciones, a imagen de los que se había logrado en el Centro Penitenciario del Estado de México, con la reforma integral que logró realizar el Dr. Sergio García Ramírez– habitaran en celdas trinarias, evitando los siniestros galerones que aún existen en muchos de nuestros municipios. Ahora, en alguno de nuestros reclusorios, que poseen celdas que fueron construidas para tres por diez o más reclusos, los cuales viven en completa promiscuidad. ¿Cómo logrará la autoridad judicial ahora que la ejecución de la pena se encuentra en sus manos hacer para que se consiga, por medio del Ejecutivo Federal el presupuesto necesario para que se logre recuperar la privacidad que dan las celdas unitarias que son las que prescriben las Reglas Mínimas? Cabe decir que sólo de esta manera se podrá controlar adecuadamente a la población de internos, tanto Federales como del fuero común, según sea el caso, porque, de otra manera se ve la concesión de los beneficios concedidos por la ley y fundamentados en los cuatro ejes señalados por el artículo

18 Constitucional: la educación, el trabajo y la capacitación para el mismo, la salud y el deporte. Porque de otra manera –como ya empiezan a decir las críticas– el cambio de leyes no es el problema. El verdadero problema es la cumplimentación, a plenitud, de las mismas en la realidad y nuestras prisiones seguirán siendo lugares de detención, hacinamiento, corrupción y perfeccionamiento en el delito. Independientemente de lo anterior, los locales deberán satisfacer las exigencias de higiene, habida cuenta del clima, particularmente en lo que concierne al volumen de aire, superficie mínima, alumbrado, calefacción y ventilación.

Obviamente los lugares –que son las sedes en las cuales se desarrollarán los elementos por medio de los cuales se podrá lograr la reinserción social sin posibilidades de reincidencia– deben de mantenerse en los mismos términos a que se refieren las Reglas Mínimas: con higiene y en un ámbito grato y sometidos a una vigilancia en la cual los derechos humanos brillen por su presencia. A los internos se les debe proveer de artículos para su aseo personal, ropas personales y de cama individual, la cual debe lavarse con frecuencia para que se mantenga su higiene. De conformidad a su estado físico todo ser humano privado de su libertad deberá también, si el tiempo lo permite disfrutar, cuando menos de una hora de ejercicios físicos

Todo establecimiento cuando menos dispondrá de los servicios de un médico calificado que posea conocimientos psiquiátricos. Los servicios médicos deberán organizarse íntimamente vinculados con la administración general del servicio sanitario de la comunidad.

Aquí quisiéramos subrayar los hechos que acontecen casi cotidianamente en nuestras instituciones preventivas y penitenciarias: los servicios médicos de nuestras instituciones penales deben pertenecer a la propia secretaría de gobernación y a la subsecretaría de seguridad, porque, en mi experiencia personal, el hecho de que pertenezcan a la secretaría de salubridad produce en nuestras instituciones dos tipos de autoridad y se rompe el principio de autoridad institucional y los elementos pertenecientes a la autoridad mencionada en último término (salubridad) no obedecen a la administrativa y no obedecerán las disposiciones y órdenes del ámbito judicial. Todo esto en detrimento del sistema de reinserción. Por lo mismo sugiero que la secretaría de gobernación intervenga para que el sector médico de los reclusorios de ejecución penal y los preventivos tengan su propio servicio médico

independiente. Ya que, como penitenciarista de muchos años, hemos tenido que padecer la insolencia e irresponsabilidad de muchos médicos que no cumplen con su trabajo y sólo van a leer, a dormir, a hacerse cómplices de los internos, facilitándoles droga o introduciéndoles objetos prohibidos por el reglamento, con la simple excusa de que su jefe son los servicios médicos de salubridad y no nosotros.

Caben, dentro de esta misma línea, muchos de los maestros que pertenecen administrativamente a la secretaria de educación.

Mientras no exista una unidad de autoridad en nuestras penitenciarías y prisiones preventivas tendremos, con frecuencia conflictos que entorpecerán el sistema de reinserción social e incluso podrán violar con impunidad los derechos humanos de los internos.

Cautos, pero firmes, debemos ser en nuestro sistema de disciplina y sanciones (sobre todo ahora que nuestra Constitución Federal ha absorbido dentro de su contenido a los Derechos Humanos) para que una y otras mantengan adecuadamente el orden dentro de nuestras prisiones, porque sin él simplemente no se podrán obtener las bondades del sistema de reinserción social al que aspiramos, por lo que la imposición de restricciones no podrán exceder los límites que implica una buena organización para realizar la vida en común.

Naciones Unidas sugiere que puede permitirse el autogobierno. Esto mal usado y planificado –tal como ha sucedido en nuestro país– sólo ha conducido al fracaso porque es necesario saber organizar un autogobierno que, en nuestra experiencia, únicamente nos ha funcionado con pequeños grupos de internos, muy bien seleccionado y dentro de una institución abierta, cuando los internos ya se encuentran aptos para la reinserción social (antes para la readaptación) porque han demostrado que su asimilación de los valores sociales y el cumplimiento de los ejes de la propia reinserción social han sido plenamente satisfechos con la conducta del interno y su cambio de actitud frente a la sociedad es completamente positivo. Esta situación se encuentra muy lejana de que pueda ser una realidad, actualmente, con la política criminal que se ha llevado a cabo y que sólo ha dado pauta para la sobrepoblación, la corrupción y el fingimiento –o cuando mucho maquillaje– de datos triunfalistas que no revelan la realidad que, esperamos, que con el cambio de sistema acusatorio oral se logre.

Dejamos por sentado que para el establecimiento de la disciplina quedaron totalmente en el pasado el uso de esposas, cadenas grilletes y camisas de fuerza que ya jamás deberán usarse como sanciones. Cabe mencionar que hace tan sólo diez años hemos vivido un terrible espectáculo en una prisión de San Diego en Estados Unidos de Norteamérica en donde un interno de raza negra lo vimos encadenado a la pared, desnudo y “conectado” a tubos para que realizara sus necesidades. Ojalá que eso ya nunca suceda aquí. Antes, en el caso de internos sumamente difíciles se debía llamar al médico para que aconsejar la forma de control medicamentoso del interno solicitado por la autoridad administrativa. Ahora él que tendrá que decidirlo –y desde luego si está previsto legalmente en la Ley orgánica correspondiente o en el Reglamento interior del reclusorio– será el Juez de Ejecución.

Ya líneas arriba nos hemos referido, de paso, a que es necesario darle al interno un instructivo con sus derechos y obligaciones y con el régimen bajo el cual quedará sujeto mientras se encuentre privado de su libertad en esa institución: ya sea preventiva o penitenciaria. Esto es un mandato de las Reglas Mínimas que están signadas por México y aprobadas por el Senado. Cada institución debe contar con espacios para el contacto con el mundo exterior, como son la visita familiar, la íntima y la especial. Los reclusos de nacionalidad extranjera gozarán de facilidades adecuadas para comunicarse con sus representantes diplomáticos y consulares y lo mismo sucederá con los reclusos que sean nacionales de Estados que no tengan representantes consulares o diplomáticos, así como los refugiados y apátridas. Los reclusos deberán ser informados periódicamente de los acontecimientos más importantes, sea por medio de la lectura de los diarios, revistas o publicaciones penitenciarias especiales, sea por medio de emisiones de radio, conferencias o cualquier otro medio similar, autorizado o fiscalizado por la administración.

Cada institución, dentro del sector educativo, deberá poseer su biblioteca y habrá una iglesia ecuménica para que los internos de cada religión practiquen la que profesen.

En el momento de ingreso los internos deberán dejar todos los objetos y pertenencias que no estén permitidos en un lugar de depósito, del cual podrán recogerlos, en el momento en que queden en libertad, o bien cuando sean entregados a sus familiares.

En nuestra experiencia personal hemos sufrido, en muchas ocasiones, junto con los internos, las defunciones de sus familiares –aun de los más cercanos y queridos por ellos– por lo que, con fundamento en estas reglas –y su reflejo en el Reglamento respectivo– los hemos tenido que llevar con todo cuidado al lugar en el que se encuentra la persona fallecida. En algunos casos, cuando el interno es sumamente problemático, o pertenece al crimen organizado, hemos permitido que el cuerpo se traslade, por unos momentos al “mortuorio” del servicio médico de la prisión. En el caso de los enfermos mentales, se ha acostumbrado solicitar el permiso del Juez correspondiente para su traslado a una institución de tratamiento. Todo esto lo tendrá que revisar en la actualidad el Juez de Ejecución después de un examen minucioso del informe que le otorgue el personal técnico de la institución, en el supuesto de que él carezca del propio. Dentro de la nueva Legislación (Ley Orgánica de la Ejecución Penal Judicial y Reglamento de los Reclusorios) se debe asentar todo este capítulo que antes quedaba en las manos exclusivas de la autoridad administrativa.

Cuando un recluso sea trasladado de un reclusorio a otro establecimiento, esto se hará con la mayor discreción, impidiendo cualquier agresión a los internos. Deberá prohibirse el transporte de los reclusos en las mejores condiciones posibles, a fin de que esto no implique un sufrimiento sin que padezca el principio de seguridad.

## **10. EL PERSONAL PENITENCIARIO**

La administración penitenciaria deberá escoger con cuidado el personal de las instituciones penales en cada uno de sus niveles: el ejecutivo y el administrativo, el técnico y el de custodia, con objeto de no neutralizar los fines del sistema de reinserción social prescrito en el artículo 18 Constitucional. Desde luego, se desechará, desde el inicio de la selección, a todo aquel que, por su condición biopsicosocial, presente problemas de violencia, o bien cualquier otro que pueda dañar las relaciones entre sus compañeros y los propios internos.

La motivación debe ser constante y llevar a la convicción de que la función penitenciaria constituye en servicio social de gran importancia y, al efecto, constantemente, procederá a actualizar los conocimientos y las disposiciones de cada miembro de este cuerpo, sobre todo el de custodia y vigilancia que, con frecuencia, es el más vulnerable. Su

permanencia en el servicio dependerá de su buena conducta, eficacia dentro del trabajo y actitud física.

Uno de los problemas con los cuales siempre nos hemos enfrentado es el de los bajos salarios y escasos estímulos que se le conceden al personal penitenciario, sobre todo ahora que pretendemos que nuestro sistema penal termine con todos los vicios que engendró en el pasado el sistema inquisitivo mixto que sólo ha conducido a situaciones violatorias de los derechos humanos y garantías individuales en el subsistema de ejecución penal. El salario que devengue el personal del sistema ejecutivo penal y preventivo deberá ser suficiente para que se evite la posibilidad de que busque, en sus horas libres, otro empleo.

Es preciso recordar y subrayar, aun cuando se haya manifestado anteriormente, que nos encontramos para la capacitación, dentro del ámbito científico, es decir, hemos superado el improvisado, el empírico y el técnico. Ahora hemos citado al de la profesionalización y certificación que ya se realiza en algunos de los sectores gubernamentales, como la policía. No sucede así con el personal penitenciario que debe ser capacitado y profesionalizado en forma continua, pero distinta de la policial, porque su fin es diverso. Baste sostener este dicho con la propia Constitución Federal que, en su artículo 18, no habla en ningún momento de policía. Ésta tiene por objeto investigar el delito y detener al delincuente, ahora dentro de los derechos humanos, en tanto que el personal penitenciario tiene por objeto coadyuvar, en distintas formas, para lograr la reinserción social del delincuente y evitar la reincidencia.

Destaquemos que los miembros de este personal deberán conducirse y cumplir sus funciones en toda circunstancia, de manera que su ejemplo inspire respeto y ejerza una influencia beneficiosa en los reclusos. De acuerdo con estas reglas deberá añadirse al personal un número de especialistas, tales como psiquiatras, psicólogos, trabajadores sociales, maestros e instructores técnicos en forma permanente, sin que ello excluya servicios auxiliares a tiempo limitado o voluntarios. Aquí es preciso hacer acopio de nuestra experiencia: Los auxiliares y voluntarios también serán seleccionados y capacitados en la misma forma que el personal, en forma previa al desempeño de la actividad que pretendan realizar en el interior de la institución penal (ya sea ésta preventiva o penitenciaria), porque los internos fácilmente se aprovechan de su vulnerabilidad para explotarlos y hacer servicios a su favor al margen del reglamento y la propia seguridad institucional.



Las autoridades ejecutivas especialmente el director del establecimiento, deberán hallarse debidamente calificados para la función que desempeñan, con una formación adecuada y experiencia en la materia. Consagrará todo su tiempo a la función penitenciaria y no podrá desempeñarla como algo circunscrito a un horario determinado. Recibirá en el establecimiento o en la cercanía inmediata. El mismo hablará la lengua de la mayor parte de los reclusos y recurrirá a un intérprete cuando sea necesario. Lo mismo sucederá con los médicos y, por lo menos, habrá uno constantemente de guardia.

Los funcionarios penitenciarios recibirán un entrenamiento especial que les permitan dominar a los reclusos violentos y, salvo circunstancias especiales, los que desempeñan un servicio en contacto directo con los presos no estarán armados, por lo cual no se les deberá dar en ningún momento un arma.

Los funcionarios –y el personal en general– no deberán, en sus relaciones con los internos, recurrir a la fuerza, salvo en el caso de la legítima defensa, tentativa de evasión o de resistencia por la fuerza o por la inercia física de una orden basada en la Ley o los Reglamentos. Los funcionarios que recurran a la fuerza se limitarán a emplearla en la medida estrictamente necesaria e informarán inmediatamente al director del establecimiento sobre el incidente. Los Jueces de Ejecución deberán revisar, con la frecuencia posible, las instituciones a su cargo. (Sánchez Galindo, Antonio, “Penitenciarismo: La Prisión y su Manejo”, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1991, México).

## 11. LAS MUJERES EN PRISIÓN

Algo que generalmente se nos olvida a todos los penitenciaristas hombres, cuando hacemos las leyes, o diseñamos los establecimientos femeninos, es que las mujeres son distintas de nosotros y requieren de otro tratamiento y atención y, en la práctica, cuando ya se encuentran funcionando las instituciones femeninas, se presentan muchos problemas que, quizá, en la actualidad y con el cambio del sistema penal, atenten en forma grave contra el principio de la reinserción social. Naciones Unidas marca que la vigilancia de las reclusas será ejercida principalmente por funcionarios femeninos. Sin embargo, esto no excluirá a los funcionarios del sexo masculinos, especialmente los médicos y el personal de enseñanza, para que desempeñen las funciones profesionales en establecimiento o secciones reservadas para mujeres.

No obstante, esto es opinión nuestra, siempre debe estar presente un elemento femenino de la vigilancia en donde se encuentren los técnicos masculinos. Lo mismo sucederá con el personal de mantenimiento, aun cuando, ahora en muchos rubros, ya se cuenta también, en este sector con personal femenino.

Todos los principios anteriores deben estar consagrados en los reglamentos de nuestras instituciones penales (ya preventivas o ejecutivas) y en las Leyes Orgánicas que regirán las acciones y competencia de los Jueces de Ejecución.

## **12. CATEGORÍAS ESPECIALES**

También todo personal, ya judicial o administrativo, deberá conocer la segunda parte de estas reglas que aplican a categorías especiales, sobre todo en el ámbito en de una pena o medida privativa de libertad. Para esto será de mayor eficacia la intervención del Juez de Ejecución, quien debe conocer cómo implementar a la perfección la ejecutoria pronunciada por el Juez de Sentencia del proceso oral: Orientarlos sobre el objeto que debe tener la pena, la duración de la misma, inculcarles la voluntad de vivir conforme a la Ley, mantenerse con el producto de su trabajo, asistir a la escuela para educarse, fomentar en ellos el respeto a sí mismos y desarrollar el sentido de responsabilidad. Para lograr este fin podrán que ocurrir en particular al personal técnico de la institución administrativa, incluyendo la asistencia religiosa, si es que así lo estima pertinente. Se deberá tener en cuenta su pasado social y criminal, su capacidad y actitud físicas y mentales, sus disposiciones personales, maduración de su condena y las perspectivas después de su liberación. Esto no sólo cabe prescribirlo para las categorías especiales de internos sino para todos.

## **13. BREVE HISTORIA DE LA CAPACITACIÓN**

Si la autoridad administrativa, por medio de su personal técnico tiene la posibilidad de obtener los resultados a que se refiere el párrafo anterior deberá comunicarlo de inmediato al Juez de Ejecución para los efectos correspondientes. Éste deberá supervisar que exista una clasificación adecuada que no atente contra los derechos humanos ni discrimine y que la atención que se les otorgue sea individual; que no existan privilegios que puedan conducir a errores en los resultados

que le sean enviados para la concesión de los beneficios; que asista al trabajo, a la educación escolar, a la recreación y el deporte, que tenga relaciones sociales y que llegue a tiempo la ayuda postpenitenciaria.

Con lo mencionado con anterioridad, pensamos que en líneas generales ha quedado satisfecho el principio de legalidad, del que tendrá que partir, como fundamento, a partir de la fecha en que entre en vigor el nuevo Subsistema de Ejecución Penal dentro de los lineamientos y parámetros de Sistema Penal Acusatorio Oral con el cual pensamos resolver todos los vicios que por años hemos arrastrado con el Sistema Inquisitivo Mixto que, como culminación, sólo ha provocado la sobrepoblación de las prisiones, la corrupción y el fracaso de los fines de la pena que se había ordenado en las reformas del 1964-1965: la readaptación social.

De igual manera ha sido considerado el capítulo del personal, aunque es preciso agregar en el mismo los esfuerzos que se han hecho a través del tiempo tales como son (desde luego los más importantes):

1. La que organizó Victoria Kent, en 1952, para capacitar al personal que se habría de ocupar de la administración de la recién inaugurada prisión de Rehabilitación femenina del Distrito Federal, en unión de la Universidad Nacional Autónoma de México. (Sánchez Galindo, Antonio. Victoria Kent. Edit. Lerner, Córdoba, Argentina, 2001)
2. El que se realizó en Almoloya de Juárez, en 1967, cuando se llevó a cabo la planeación integral del sistema penitenciario del Estado de México, por medio de los esfuerzos del Dr. Sergio García Ramírez, ya mencionado de paso, y que culminó con la creación del Centro Penitenciario del Estado de México que, por primera vez logró separar, procesados de sentenciados, hombres de mujeres, menores de adultos;; integrar un principio de legalidad integral, con la primera Ley de Ejecución de Penas Privativas y Restrictivas de la Libertad, un Reglamento interior de los reclusorios, trabajo, capacitación para el mismo, educación, deporte, recreación y tratamiento. desde luego tenía como fin de la pena la readaptación social. Sus resultados recibieron el elogio de la organización de las Naciones Unidas y sirvieron de base para la Reforma de 1971.

3. La escuela de Selección y Capacitación Penitenciaria del Distrito Federal cuyo primer director y organizador fue el maestro Javier Piña y Palacios en Unión del Dr. Alfonso Quiroz Cuarón, que seleccionó de entre más de diecisiete mil aspirantes de los cuales quedaron seleccionados tres mil para que se ocuparan de administrar los nuevos reclusorios preventivos de la capital del país, con objeto de que ya no se mezclaran procesados con sentenciados y con lo cual se cerró la vieja prisión del tiempo del “Porfiriato” y que el pueblo le impuso el sobrenombre de “El Palacio Negro de Lecumberri” por su negro historial al que había sido en su tiempo un modelo del sistema pensilvánico del silencio. Los tres mil custodios seleccionados fueron capacitados “in situ” en los reclusorios y en el edificio de Violeta 8 de la Colonia Guerrero, perteneciente originalmente a oficinas del “Metro”.
4. Ahora bien, es preciso hablar de los esfuerzos que realizó la Secretaría de Seguridad Pública en sexenio anterior al nuestro, aunque –desde nuestro particular punto de vista– en forma equivocada porque prepararon al personal penitenciario como si éste fuera policial, lo que técnicamente debe ser cambiado, esencia que parte, como hemos afirmado, en párrafos superiores, de los propósitos fundamentales que surgen de nuestro artículo 18 Constitucional, cuyos fines últimos son la reinserción social y la anulación de la posibilidad de la reincidencia por parte de los internos liberados. (En todos y cada uno de los momentos de organización y funcionamiento el que esto escribe tuvo el privilegio de participar activamente)
5. Durante el sexenio anterior se luchó por la profesionalización del personal penitenciario (ya dijimos que con un sentido policial) mediante el programa sectorial de seguridad pública, que lamentó en aquel entonces la ausencia de una carrera y profesionalización del personal de las prisiones, por lo que se propuso, como una de sus estrategias para integrar totalmente el sistema, profesionalizar a la “fuerza” de seguridad penitenciaria a fin de que se condujera éticamente con la formación especializada y de calidad basada en los estándares internacionales de actuación a fin de dignificar la

actuación penitenciaria. José Luis Velazco Cruz, manifiesta que ante este problema la estrategia penitenciaria propuso tres acciones concretas: crear la Academia Nacional de Administración Penitenciaria (ANAP), establecer el servicio de carrera penitenciario y retabular (es decir modificar los puestos y percepciones) al personal penitenciario.

La base legal para esas acciones aún es endeble. La principal norma que podría ser aplicable es, por supuesto, la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública (LGSNSP). Esta ley sólo ordena la profesionalización del personal de las instituciones policiales y la procuración de justicia de todos los niveles de gobierno, mediante tres principales mecanismos: la elaboración de programas rectores de profesionalización, el establecimiento de academias e institutos encargados de aplicarlos y los servicios profesionales de carrera. En particular, para las instituciones de policía, la LGSNSP ordena que se establezca la carrera policial como parte de un conjunto denominado desarrollo policial. Sin embargo, la LGSNSP no dice nada expresamente sobre la profesionalización de los servidores públicos de los sistemas penitenciarios. A pesar de este vacío legal, las autoridades penitenciarias federales fueron realizando varias acciones importantes en materia de profesionalización, muchas veces procediendo por analogía, es decir, imitando lo que la LGSNSP establece para las policías y las procuradurías. Una de las acciones más importantes fue la creación de la ANAP, en mayo del 2009, concebida como la instancia rectora en materia de profesionalización penitenciaria; también se le concibe como instancia ejecutora pues puede impartir cursos directamente al personal penitenciario o formar al personal que imparta dichos cursos. Igualmente es vista como una instancia de planeación encargada de elaborar planes de estudio. Finalmente se prevé la posibilidad de que sea una instancia de investigación sobre temas penitenciarios.

Otra fue la elaboración del proyecto Programa Rector de Profesionalización Penitenciaria, que fue presentado en la Quinta Sesión Plenaria de la CNSP (en mayo del 2011). En sus propias palabras el programa se propone: “promover la profesionalización del personal penitenciario del país, a través del establecimiento de un modelo educativo” que incluya desde la formación inicial de los reclutas hasta la especialización de los mandos. Entre los principales contenidos de este programa están la definición de perfiles básicos (seguridad,

técnico, jurídico y administrativo), y la definición de los vertientes de formación (para aspirantes y para personal en activo).

Todo lo anterior lo manifiesta, en forma textual José Luis Velasco Cruz, “ La Transformación del sistema penitenciario federal: Una Visión de Estado, que nos correspondió coordinar.

El autor de este capítulo pondera los beneficios de la CNSP que se reflejan en el personal de la ANAP y que no tiene comparación con las otras elecciones y capacitaciones que se han dado a lo largo de nuestra historia del personal penitenciario. No obstante baste ver la fotografía que aparece en el propio libro en donde aparece un guardia de seguridad penitenciaria en el que se refiere al servicio profesional de carrera, para darse cuenta de que se le ha dado un tono típicamente policial, cargado de cadenas, esposas y medios mecánicos de represión que ya con sólo contemplarlos nos están diciendo que con ellos se violan los derechos humanos de los internos.

Sin embargo, hay adelantos importantes sobre todo en cuanto a la información penitenciaria, que se debe de hacer (a modo de inteligencia) para los efectos de tener un mejor control y prevenir los disturbios penitenciarios. Desde luego esta vigilancia (pudiéramos decir represiva) ha servido en los nuevos reclusorios de alta seguridad, en un porcentaje importante. Empero, ya se dejan sentir las reacciones violentas como sucedió en el motín que aconteció en lo que ahora se llama Complejo Penitenciario de Islas Marías.

El autor al que hemos venido siguiendo, en este aspecto, manifiesta: “pero también es necesario señalar las deficiencias de la CNSP. Dos de ellas merecen mención especial. Una, el escaso número de acuerdos (por lo menos de las Asambleas Plenarias), directamente referidos a la relación con actores sociales que podían participar activamente en la preparación de los internos para su futura reinserción social. Una interacción más activa con los actores sociales le permitiría a la CNSP aprovechar una de las mayores fortalezas de los sistemas de gobernanza en niveles múltiples: la facilidad para trascender la línea fronteriza entre el Estado y la sociedad en la realización de las tareas para las que los recursos oficiales son insuficientes. Obviamente, la reinserción social es una de sus metas.

La segunda carencia es la exclusión del eslabón más débil del Sistema Penitenciario, precisamente el nivel que menos voz y recursos

tiene, el que administra los centros penitenciarios más precarios, el que es más vulnerable al efecto corruptor de la delincuencia: el nivel municipal. No hay que olvidar que los gobiernos municipales administran el 21% de los centros penitenciarios del país. Ni la LGSNSP ni los Estatutos de la CNSP dan un lugar explícito a las autoridades municipales; por lo tanto, sería conveniente una reforma legal para cambiar de fondo esta situación. Pero, incluso, con la legislación actual la CNSP podría esforzarse por involucrar más a representantes directos de los centros penitenciarios municipales.

Lo anterior nos muestra lo complicado del Sistema Penitenciario y la poca comprensión que se ha tenido, a través del tiempo, para atender de fondo a sus necesidades. Decimos esto porque, con lo anterior, hemos concluido los comentarios correspondientes al principio de legalidad integral y al personal que debe ocuparse en sus niveles ejecutivo, administrativo, técnico y de custodia, en cumplimiento de lo manifestado por el artículo 18 de nuestra Constitución para los efectos de la reinserción social y la anulación de la posibilidad de la reincidencia delictiva. Ahora nos corresponde referirnos a las instalaciones adecuadas sin las cuales no puede funcionar, de manera adecuada, ningún sistema penitenciario, máxime ahora que estamos en vías de la transformación total. (Ibíd. La Transformación del Sistema Penitenciario.)

#### **14. INSTALACIONES ADECUADAS**

En el artículo que nos correspondió escribir en el libro ya mencionado, durante el año 2012, para la Secretaría de Seguridad Pública Federal, manifestamos que se heredaron de las gestiones gubernamentales anteriores y que sirvieron de modelo para la constitución de todo el sistema carcelario federal que luchó por liberar de la reclusión de los institutos penales del fuero común a los internos del fuero federal. Nos tocó conocer, prácticamente, desde los inicios de su construcción a dos de ellos: el Centro Penitenciario Federal número 1 “Altiplano”, en Almoloya de Juárez, Estado de México y el Centro Federal Núm. 2 “Occidente” en el Salto, Jalisco.

## **15. ENUMERAREMOS A CADA UNO DE ELLOS DE CONFORMIDAD A SU FUNCIONAMIENTO ACTUAL:**

1. Centro Federal Núm. 1 “Altiplano”, en Almoloya de Juárez, en el Estado de México, con capacidad para reclusión de internos de perfil de alta peligrosidad. Este centro tiene un cupo para 816 internos, cuyo delito sea grave, que se ostenten como dirigentes o integrantes de grupos de delincuencia organizada, financiadores o promotores de autogobierno, motines o dispositivos de evasión.
2. Centro Federal Núm. 2, “Occidente”, en el Salto, Jalisco, con capacidad para reclusión de internos de perfil de alta peligrosidad. Éste posee un cupo de 836 internos y recibe delincuentes dirigentes de bandas internas dedicadas al narcotráfico que hayan cometido homicidios intramuros o que hubieren planeado y organizado actividades delictivas desde el interior de un centro para ejecutarse en el exterior.
3. Centro Federal Núm. 3, “Noreste”, en Matamoros, Tamaulipas, para internos de perfil de alta peligrosidad y con capacidad instalada de 724; acepta a internos con las mismas características que el anterior.
4. Centro Federal Núm. 4, “Noroeste”, localizado en Tepic, Nayarit, tiene capacidad para 1360 internos procesados, que sean primodelincuentes o reincidentes en primera ocasión, líderes emergentes, candidatos a obtener un beneficio de libertad participada, que no se consideren líderes de grupos de delincuencia organizada o promotores de autogobierno. Este centro penitenciarios federal fue traspasado a la Federación por el Gobierno de Nayarit y remozado por la Secretaría de Seguridad Pública Federal. Actualmente considerado Complejo Penitenciario. Esta denominación se debe a que, en su conjunto, al igual que el Complejo Penitenciario Federal de Islas Marías, será integrado por centros penitenciarios de diversos niveles. Como parte del complejo penitenciario núm. 4, se tiene al Centro Federal Femenil Noroeste, con una población actual de 92 reclusas y con una capacidad instalada de 96. Su inicio



de operación fue en marzo de 2011 (no hay que olvidar que hablamos del año próximo pasado).

5. El Centro Penitenciario Federal Núm. 5, “Oriente”, en Villa Aldama, Veracruz. Podrá albergar 2,500 internos y tiene las mismas características que el anterior, pero es sólo para sentenciados. Este Centro también fue adaptado por la Secretaría de Seguridad Pública Federal, puesto que originalmente estaba siendo construido por el Gobierno del gobierno de Veracruz.
6. Centro Penitenciario Federal Núm. 6 “Sureste”. Este Centro se encuentra ubicado en el municipio de Huimanguillo, Tabasco, Posee una población de 344 internos y una capacidad instalada de 648.
7. Centro Penitenciario Federal Núm. 7 “Nornoroeste”, ubicado en el Municipio de Guadalupe Victoria, Durango. Este Centro contiene en la actualidad a 436 internos y su capacidad instalada es de 480. Su funcionamiento se inició el 29 de septiembre del 2010.
8. Centro Penitenciario Federal Núm. 8. “Norponiente”. Se encuentra ubicado en el Municipio de Guasave, Sinaloa. Su capacidad instalada es de 600 personas. Inició operaciones en junio del 2011.
9. Centro Penitenciario Federal Núm. 9 “Norte”, denominado Centro de Reinserción Social de Ciudad Juárez, Chihuahua, construido en la Reserva el Cantón, municipio de Juárez, Chihuahua, posee una población instalada de 900 internos. Inició operaciones el 28 de septiembre del 2011.

El Centro Federal de Rehabilitación Psicosocial “CEFEREPSI”. Este nosocomio, ubicado en Villa de Ayala, Morelos, posee una población de 293 pacientes, con una capacidad instalada de 460 internos-pacientes; merece una consideración especial, pues su esfera de acción se ha extendido de ser una institución que únicamente atendía a la rehabilitación psicosocial de los enfermos mentales e inimputables de los diferentes centros penitenciarios federales a una población penitenciaria, con diversas y variadas patologías, para lo cual se cuenta con la participación de diferentes especialistas.

Cabe mencionar que dentro del CEFEREPSI se encuentra en proyecto la creación de un hospital con 30 camas y la integración de un sistema de telemedicina y expedientes electrónicos, a cuyo fin ya se han adquirido unidades móviles para el tratamiento odontológico y quirúrgico. Con ellas se habrán de constituir brigadas de atención a otros centros penitenciarios federales que necesiten un cuidado médico especializado. Con este nuevo enfoque el marco jurídico con el que cuenta esta Institución de salud es insuficiente y se estructura un nuevo reglamento para preceptuar las actividades médicas, técnicas, de seguridad y administrativas del centro y se lucha para que los manuales de organización y de procedimiento que se han propuesto entren en vigencia.

En el ámbito del personal se mantiene un equipo congruente con las necesidades y la población de enfermos. Así, se cuenta con 20 ejecutivos, 237 empleados de administración, 127 miembros de seguridad y 213 técnicos. De estos últimos existen 3 psiquiatras, 43 enfermeros, 26 terapeutas, 17 trabajadores sociales y 16 psicólogos.

Actualmente, existe un custodio por módulo atendiendo a una población de entre 29 y 67 pacientes, y se espera constituir una figura llamada "asistente terapéutico", quien se encargará de vigilar, apoyar y dar rehabilitación a los internos que lo requieran.

Los tratamientos que se otorgan a los interno-pacientes son de índole preventiva, curativa y de mantenimiento. Hay farmacológicos, quirúrgicos y de tipo rehabilitatorio. Los tratamientos psicoterapéuticos están en relación con las capacidades cognitivas de los internos, por lo que las corrientes más utilizadas son conductuales, cognitivo-conductuales, humanistas y de sexualidad.

A la fecha se cuenta con 129 interno-pacientes que padecen enfermedades crónico-degenerativas y 286 en régimen ambulatorio. El promedio de estancia es de 60% un año, 28.7% dos años, 6% tres años, 3% cuatro años, 2% cinco años y 0.3% más de 6 años. En los interno-pacientes con enfermedad mental, su tiempo de estancia es de 2-3 años, en virtud del proceso rehabilitatorio. El resto de los interno-pacientes es variado, según patología que cada uno presente, ya que pueden ser desde una semana hasta meses para poder controlar o curar su padecimiento. En cuanto al manejo -y por la medida impuesta por un juez- hay un interno con permanencia de 96 meses, el cual presenta

esquizofrenia paranoide en curso continuo. El número de pacientes que se encuentran bajo control es de aproximadamente 60%.

Se aspira a que, en breve, el CEFEREPSI sea una institución moderna, eficaz, que contribuya a la seguridad pública nacional por medio de la implementación de un programa rector de medicina penitenciaria, que proporcione servicios de atención médica oportuna y de calidad a la población interna en el Sistema Penitenciario Federal, así como continuar brindando tratamiento médico especializado a la población interna con padecimientos que ameriten los servicios de salud, en estricto apego y respeto a sus derechos humanos, con la finalidad de promover la conservación y mantenimiento de la salud física y mental de toda la población penitenciaria Federal, y también como modelo de atención médica a los nosocomios penitenciarios de todas las instituciones penales del país. El esfuerzo que ha dado la Federación a este delicado problema de la salud penitenciaria ha sido tal que de aproximadamente 90 millones de pesos de presupuesto, concedidos en el sexenio anterior, se ha pasado, en el actual, a 233 millones de pesos.

Complejo Penitenciario Federal Islas Marías. Esta ex colonia penal que, cabe asentar, ha pasado por altibajos sensibles, ha tenido momentos importantes: el primero en tiempos del general Francisco J. Mújica quien mando construir las primeras instalaciones decorosas para su tiempo (1932), de las cuales aún subsisten algunas remodeladas y que tuvieron que ser reconstruidas después de un terremoto que sufrió el archipiélago en aquella época, a principios de los años treinta del siglo pasado; el siguiente momento estelar fue el que alcanzó en los años setenta de la misma centuria, cuando el doctor Sergio García Ramírez hizo de la Isla Madre un pequeño pueblo con todos los servicios, y ahora se denomina –por un desarrollo implementado en ella– Complejo Penitenciario Islas Marías, que puede albergar hasta 6300 internos con diversos niveles de peligrosidad.

Los problemas de agua y electricidad se superan con tecnología de punta, tales como desalinizadores y electricidad eólica, entre otros adelantos sobre todo en el ámbito de las labores de capacitación y trabajo, lo que supera en mucho el abandono en que se encontraba, ya que, al principio del presente sexenio, sólo existían en ellas 800 internos precariamente atendidos. Por la trascendencia y cuidado,

las estrategias que se han tomado y las innovaciones realizadas, este Complejo Penitenciario debe ser tratado en forma especial.

La antigua Colonia Penal cambió completamente tanto en su imagen arquitectónica, como en las formas de tratamiento que antes se aplicaban. En principio se conformaron diversos centros multinivel a fin de que esta nueva estructura se adecuara a las necesidades de operación a que ahora está destinado el Complejo Penitenciario.

Por lo que corresponde a los programas de reinserción social, podrán implementarse en él todos los que se aplican en cualquier Centro Penitenciario Federal que existe en el continente independientemente de contar con programas específicos que concuerden con los medios y recursos que posee el propio Complejo.

Las innovaciones que se realizaron son múltiples; por ejemplo: en 2007 se instalaron las plantas generadoras de energía eléctrica con tecnología de punta, y en 2008 se llevó a cabo toda la reposición de instalaciones eléctricas que requería el Complejo.

En relación con la urbanización, que se encontraba sumamente deteriorada se implementó una pavimentación importante. De igual forma, se construyeron instalaciones del Centro Penitenciario Federal de Seguridad Máxima Laguna del Toro, que en breve entrará en funcionamiento, y se habilitó en su totalidad lo que fuera el Campamento Aserradero, actualmente Centro Penitenciario Federal de Mínima Seguridad Aserradero, el cual cuenta con estancias dignas para los internos que lo habitan. Este Centro tiene una planta de tratamiento de aguas residuales. Por otra parte, se rehabilitó íntegramente el Campamento Morelos, que hoy se denomina “Centro Penitenciario Federal Morelos”

El “Complejo” cuenta con antenas repetidoras de señal que se utilizan para la radiocomunicación entre los diferentes Centros Penitenciarios Federales y los servidores públicos. Esto hace que el sistema de comunicación total se encuentre actualizado (radios móviles), tanto para el personal como para equipar a los vehículos (jeeps, pick-ups, camionetas y cuatrimotor).

Es preciso destacar que se cuenta, además, con camiones cisterna para el abastecimiento de agua a diversos centros del Complejo Penitenciario y con un camión recolector de basura, camiones tipo tolva, camioneta equipada con caja fría y camioneta de redilas. Por

otra parte, se cuenta con vehículos de navegación para recorrido periférico del Complejo Penitenciario. En detalle se puede decir que las innovaciones concretamente son las siguientes:

a) En el año 2010, por decreto del Congreso de la Unión, la Colonia Penal Federal Islas Marías se transformó en el Complejo Penitenciario Islas Marías, con capacidad instalada para 6300 internos, con una población actual de 5385 y una disponibilidad de 915, habiéndose creado una infraestructura que comprende:

1. Centro Penitenciario Federal Morelos:

- Remodelación de módulos para internos.
- Creación de nuevos módulos para internos.
- Creación de un comedor para internos.
- Creación de áreas para lavaderos con piletas.
- Creación de áreas de oficinas administrativas.

2. Centro Penitenciario Federal Laguna del Toro:

- Creación de módulos prefabricados para internos.
- Creación de oficinas administrativas
- Creación de un área de producción de alimentos.
- Creación de un área de servicios generales.
- Creación de un área lavandería.
- Creación de un área de enfermería.
- Creación de áreas de segregación de mediana seguridad.
- Creación de un módulo de segregación de máxima seguridad.

3. Centro Penitenciario Federal Aserradero:

- Remodelación de módulos para internos.
- Construcción del comedor para internos.
- Creación de un área de lavaderos con piletas.
- Creación de un área de oficinas y Biblioteca.

#### 4. Centro Penitenciario Federal Social Rehilete:

- Este Centro se encuentra en construcción con módulos prefabricados y será destinado íntegramente a mujeres.

#### 5. Centro Penitenciario Federal Zacatal:

- Este Centro se encuentra en plena construcción.

Las generalidades del Complejo Penitenciario Federal Islas Marías son las siguientes:

- Gran atención se le ha dado también a la vialidad que, como es sabido, en virtud de las inclemencias del clima y a los frecuentes meteoros que sufre el Complejo por los temporales, necesita un mantenimiento constante. En la actualidad se construye un tramo carretero de 28,500 metros cuadrados, incluyendo banquetas y guarniciones.
- El sistema de electricidad se incrementó por medio de la adquisición y puesta en marcha de dos plantas de energía eléctrica de 1550 Kw de potencia, siendo éstas la principal fuente de energía del Complejo.
- El sistema de aguas se desarrolla mediante la creación de una red hidráulica y sanitaria; se cuenta con cuatro plantas de tratamiento de aguas residuales. Para la distribución del agua potable se adquirieron diez pipas con capacidad de 20000 litros y se cavaron pozos profundos para el bombeo de agua, además de la construcción de cisternas para la acumulación y bombeo de agua; está en proceso de construcción la planta desalinizadora.
- En el ramo de comunicaciones, se cuenta con un equipo telefónico satelital en cada uno de los centros que integran el Complejo y se encuentra en proceso de modernización el sistema de comunicación de voz y datos, mediante fibra óptica e inalámbrica.
- En el sexenio anterior (según los informes que nos han proporcionado) se adquirió 85% del parque vehicular para transporte: pipas para la distribución de agua potable, microbuses para empleados, jeeps, van exprés, camiones de volteo, camionetas de carga y cuatrimotor. Se cuenta con

transportación marítima y área de empleados del continente hacia el Complejo.

- El tratamiento que se otorgaba a los internos, (según el dicho de las autoridades de la Secretaría de Seguridad Pública Federal que proporcionó los datos en que se encuentran fundamentados estos párrafos) tanto en el diagnóstico como en la clasificación y reclasificación, marca el progreso que los propios internos realizan con sus acciones: trabajo, deporte, educación y conducta. Atención especial merecía en aquel tiempo, el trabajo del taller de los siete hábitos efectivos, además de los talleres implementados para el sector femenino (SECAFE) y las actividades en el sector agropecuarios: cría de conejos, pollos en engorda, gallinas de postura, cría de tilapia y curtido de pieles. Cuidado sobresaliente les mereció la identificación técnico-científica de los niveles de intervención dentro del tratamiento. Hay que resaltar la ayuda que se les otorgaba a las adictas por medio del programa Oceánica. En aquella época estaban en proceso para funcionar los programas de “televisita”.

El personal, desde aquella época, según manifestaban los informantes, contaba con casas rehabilitadas para que su instancia fuera digna y cómoda y se encontraban radicadas en el campamento “Nayarit”. En el mismo sitio existen estancias para el personal que acude en comisión o visita oficial.

Es preciso destacar la importancia –eso se decía en aquel tiempo– que se les daría a las mujeres que fueran enviadas al Complejo Penitenciario de Islas Marías, en el que se les orientará por medio de acciones que se realizarán en el Centro de Internamiento Multinivel Femenil Rehilete, consistentes en la implementación de un programa mensual en el cual sea contemplado la realización de las actividades que a continuación se mencionan:

1. Taller aprender a vivir;
2. Elaboración de manualidades;
3. Cine de arte;
4. Pláticas de prevención de adicciones;
5. Diagnósticos de necesidades médicas;
6. Concurso de Sociodrama;

7. Platicas de conocimiento de autoestima;
8. Recopilación del correo de las internas para derivarlas al área correspondiente;
9. Tratar de llevar a cabo la gestión para implementar programas y talleres de casa Telmex (crecer juntos, asume, plataforma Telmex) y carreras técnicas, tales como formación humana y nutrición, además de talleres de repostería, cultura de belleza, repujado y chocolate artístico.

En este Complejo Penitenciario los internos que se encuentren en niveles de seguridad y mínima restrictiva pueden llevarse a su familia temporal o permanentemente, para los cuales, incluyendo los niños hasta los 12 años –que después pueden asistir como visitantes– existen instalaciones apropiadas. Todo esto es de conformidad con las propuestas de Ley y Reglamento que, como en ese entonces, aún no se encontraban vigentes.

Un hecho con el que no estamos plenamente de acuerdo es el que se refiere a la obra pública financiada, aunque entendemos que el presupuesto para tantas exigencias como las requiere el Sistema Penitenciario, en la fecha en que encontró mayor desarrollo, tuvo que recurrir a “explorar esquemas mixtos de financiamiento, mediante alianzas público-privadas que dieran paso a funcionamiento de los nuevos Centros Penitenciarios. Bajo esta forma de resolver el problema se definió la instalación de ocho Centros para aproximadamente 20000 internos con capacidad para 2552 personas cada uno, incluyendo 2 para mujeres. Se proponía que una segunda etapa se promovería la participación del sector privado en la prestación de servicios penitenciarios, como ya ocurre en distintas instalaciones del país. Esto compromete al Estado durante mucho tiempo (algunas veces hasta 20 años) para saldar los compromisos adquiridos, situación que va en contra del sentido de responsabilidad de la propia Federación que debe atender los problemas sociales con los propios recursos del presupuesto. Decimos esto porque los delincuentes son producto del modelo económico social seleccionado y, por ende, quien tiene que resolverlos es el propio Estado con los recursos gubernamentales que posea, tratando de prevenir la comisión de los delitos, sin tener que comprometerse a largo plazo con la empresa privada a la cual sólo le interesa la especulación económica.



Por otra parte, es necesario, antes de que empiece a funcionar el Sistema Penal Acusatorio Oral en forma integral, revisar las estrategias que se han dado hasta la fecha para que el sistema nacional de ejecución penal funcione con el espíritu (normas, reglamentos, procedimientos de operación y seguridad) impuesto en el régimen anterior para cumplimentar con el artículo 18 Constitucional y, de esta forma, establecer una congruencia integral entre la procuración, la administración y ejecución de la justicia penal. Cuando hablamos de esto, es decir, de la estructura integral, tenemos que ser muy minuciosos en lo que desea nuestra Constitución con las reformas del 2008 y 2012, porque de otra manera cualquier distorsión nos llevará al fracaso, a pesar de las buenas intenciones de quienes han intentado, antes que nosotros, darle un nuevo sentido a la ejecución de nuestra justicia penal que ahora tratará de ser un modelo único en la materia a todo lo largo y ancho del país, constituyendo un verdadero “nuevo modelo integral de reinserción social”. (Ibídem. La Transformación del Sistema Penitenciario Federal...)

No está por demás subrayar que es preciso llevar a cabo, con fundamento en las propias reformas de nuestra Constitución, un tratamiento que deje de ser subjetivo, porque deberá pasar a través del tamiz del Juez de Ejecución que deberá aceptar o rechazar, para conceder los beneficios y modificaciones generadas por la ley, lo que evitará que la autoridad administrativa sea la que extrajudicialmente imponga criterios ajenos a lo estrictamente marcado por el Juez de Sentencia.

## **16. PRESUPUESTO**

La última parte de estas consideraciones iniciales en torno a la ejecución penal bajo la nueva óptica de la justicia penal acusatoria oral es la que se refiere al presupuesto que se le debe otorgar (en este caso, tanto a la Federación, como a los Estados) para que el sistema culminatorio de la propia justicia sea congruente y lleve a buen fin los propósitos inherentes a ella, un presupuesto amplio y suficiente que no vaya a entorpecer en algún sentido el sistema. Sabemos, y el Gobierno debe estar consciente de ello, que los problemas sociales siempre requieren de importantes sumas de dinero y el penitenciario, en especial es uno de ellos. Por ejemplo: en Brasil cada interno cuesta \$100 dólares diarios, en tanto que el Distrito Federal cada interno nos

cuesta, al día de hoy, entre \$150.00 y \$200.00 pesos diarios. Por las inversiones que el Estado ha hecho dentro del ámbito de la Justicia Federal, es obvio que este presupuesto es mayor.

Por eso será preciso, en el Manual de Organización correspondiente, establecer las líneas de costos que cada uno de los rubros dentro de los reclusorios alcanzan, dejando un margen para imprevistos y considerando desde el mantenimiento a la alimentación, pasando por la recreación, la salud, los implementos de trabajo y capacitación, la educación en todos sus límites, los equipos de vigilancia, los uniformes, ropas de cama, implementos de aseo y objetos inherentes a la visita conyugal de los internos e internas, así como el cuidado de los hijos en el caso de las mujeres y sus enseres para la higiene íntima de las mismas, etc.

Desde luego es preciso que los administradores de los Institutos Penales sean profesionistas, honestos y con experiencia y sentido común (aprobados y certificados por el Instituto de Capacitación Penitenciaria), para distribuir el presupuesto en forma adecuada, siguiendo las instrucciones de sus superiores a fin de aprovechar, adecuadamente, hasta el último centavo.

No hay que olvidar que una mala administración provoca y desarrolla la corrupción y que ésta impide la existencia de un verdadero sistema de tratamiento que lleve a la auténtica reinserción social que ordenan nuestras leyes.

## **17. DIAGNÓSTICO**

Visto lo anterior, pensamos que es preciso elaborar un pequeño diagnóstico de cómo contemplamos el ámbito actual de la Ejecución Penal y Preventiva Federal. De ella podemos manifestar como diagnóstico que, a pesar de los múltiples y grandes esfuerzos que se realizaron en el sexenio pasado por establecer una Justicia Preventiva y de Ejecución penal, de conformidad con las Reformas implementadas en nuestra Constitución los años 2008 y 2011, ésta no ha sido suficiente y que es, en muchos casos, más bien errada, sobretodo porque se le ha otorgado al ámbito judicial y penitenciario un carácter policial, al que dista mucho de pertenecer nuestra materia, independientemente de que a la organización administrativa se le ha dejado como una mera presencia, olvidando toda la responsabilidad que tiene en la ejecución

penal, dejando a los Jueces de Ejecución toda responsabilidad, siendo que ellos, en la realidad, sólo tienen una participación (importante y responsable sí), pero de carácter meramente burocrático, en tanto que la autoridad administrativa posee las exigencias, en la vida cotidiana de la prisión: de salvaguardar de hecho la seguridad en el cumplimiento de la ejecución de la sentencia, de cuidar de la conducta de los reos, de velar por su salud, de implementar su educación, de cuidar que se les dé trabajo, de defenderlos de que se violen los derechos humanos, de administrar con eficacia, su alimentación, su derecho al contacto con el exterior por medio de las visitas familiar, íntima y especial, de integrar los expedientes de los que devendrá el dictamen que otorgue el Juez de Ejecución en el momento en que debe conceder los beneficios y modificaciones a la sentencia que la Ley prevea, etc.

Es preciso destacar que estamos a favor de la judicialización, pero que es necesario armonizarla con la importancia que poseen las acciones del Ejecutivo por medio de su personal administrativo, ya que, en el fondo, el trabajo rudo, para que se logre la reinserción, lo realiza este personal (especialmente el psiquiatra, el psicólogo, los trabajadores sociales, los educadores, los médicos, etc.) y no el Juez de Ejecución que sólo, en la práctica, va a tener capacidad decisoria que, por cierto, es la más importante. Esto no impide ni impedirá que supervise las acciones, planes y programas que el personal de la administración penitenciaria realice por medio de su personal técnico.

Para quien esto escribe es preocupante, además de lo mencionado en líneas arriba, el proyecto de Ley de Sanciones Penales Única, que está siendo elaborado por dos senadoras del PAN, en el que se ve, claramente, que se encuentra manufacturado por personas conocedoras del derecho penal, inteligentes y deseosas de darle a México una renovación en esta materia, pero que, desafortunadamente, desconocen a plenitud lo que es el ámbito del Derecho Ejecutivo Penal.



# LA SOBREPoblación CARCELARIA: EL DESAFÍO DE SU ENFRENTAMIENTO

**César Barros Leal**

Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México; Posdoctor en Estudios Latinoamericanos (Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM); Posdoctor en Derecho por la Universidad Federal de Santa Catarina (Brasil); Procurador del Estado de Ceará (Brasil); Profesor jubilado de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Ceará (UFC); Presidente del Instituto Brasileño de Derechos Humanos

En septiembre de 2015 fui invitado por el Instituto Colombiano de Derechos Humanos (ICDH) para participar en Medellín, en el V Simposio Internacional Penitenciario y Derechos Humanos, en un panel acerca del “Hacinamiento y Medidas Alternativas a la Prisión: Medidas Exitosas en el Contexto Internacional”. Era la primera vez que impartía una ponencia sobre esta temática y tuve el honor de compartir la mesa con María Noel Rodríguez, Coordinadora del Programa de Reforma Penitenciaria en Panamá, de UNODC (*United Nations Office on Drugs and Crime* - Oficina Regional de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito), y Emilio Ginés Santidrian, Miembro del Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de las Naciones Unidas.

Mi exposición la dediqué a uno de los asistentes, el criminólogo argentino Elías Carranza, director del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, autor de textos sobresalientes en el ámbito penitenciario (especialmente sobre las cárceles saturadas de nuestro continente), que rebasan, por su dimensión e importancia, los límites del país donde vive él –Costa Rica, sede del ILANUD– y que adoptó como su segunda patria. Un hombre brillante y admirable, a quien conozco desde hace años, autor del prólogo de uno de mis libros (*La Vigilancia Electrónica a Distancia: Instrumento de Control y Alternativa a la Prisión en América Latina*, publicado por la editorial mexicana Porrúa), quien

deja a su paso, mientras cosecha aplausos, la huella de su ingenio y humanismo.

Quisiera comentar que durante el viaje en avión a Colombia, habiendo entablado conversación con mi compañero de asiento, éste me preguntó sobre el motivo de mi viaje. Le expliqué que había sido invitado para hablar sobre prisiones y más específicamente sobre uno de sus principales retos: la sobrepoblación. Fue entonces cuando él, ayuno en derecho, me pidió hacerle una síntesis de mi ponencia. Me encantó la propuesta porque me permitió hacer una revisión de lo que pretendía decir a mis oyentes y tener, además, un *feedback* exclusivo de mis ideas y conclusiones. Te confieso, estimado lector, que me sentí entonces como me siento ahora al escribirte: muy a gusto al tratar sobre un tema (el de las prisiones) que, a lo largo de los últimos treinta años, ha sido objeto de mi atención prioritaria y me ha brindado la oportunidad de escribir algunos libros, en los que expuse mis reflexiones sobre esta cuestión intensamente actual, que hace mucho tiempo dejó de ser periférica.

El primero de esos libros (los demás serán objeto de comentarios más adelante) fue una provocación a partir de su título: *Prisión: Crepúsculo de una Era*. Para tener esta percepción fueron importantes los numerosos viajes realizados, por todos los estados de Brasil y muchísimos países, por la geografía del dolor, cuando pude constatar las profundas deficiencias que afectan a gran parte de los penales existentes en este vasto mundo, generadas mayormente por uno de los cuatro jinetes del Apocalipsis penitenciario: la sobrepoblación. Ante la curiosidad que supongo se habrá despertado en el lector, agrego de inmediato que los otros tres jinetes, según Jaime Álvarez Ramos, son las instalaciones inadecuadas, la ausencia de auténtico tratamiento y la falta de idoneidad del personal que engendra ilegalidades, abuso de poder y corrupción.<sup>1</sup> Sergio García Ramírez, ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mi tutor en el doctorado en derecho de la UNAM, en su libro *Los Personajes del Cautiverio*, nos decía que la sobrepoblación, muchas veces en su nivel crítico, igual o superior al 120% (lo cual para ILANUD es sinónimo de hacinamiento),

---

1 En ÁLVAREZ RAMOS, Jaime, *Justicia Penal y Administración de Prisiones*, Editorial Porrúa, México, 2007, p. 134.

es el agobio de las cárceles, su talón de Aquiles,<sup>2</sup> destacando, sin embargo, la existencia de otros talones congéneres en la anatomía de las debilidades de un sistema cuyas bases teóricas se desintegran toda vez que un hombre cruza los portones que habrán de separarlo de la comunidad libre.

Elías Carranza insiste en sus denuncias, continuas y vehementes, de este gravísimo problema de la justicia criminal –presente en todas las latitudes, de acuerdo a las estadísticas disponibles–, que afecta de modo particular a los países de América Latina y el Caribe, donde se ubican muchos de los más atiborrados presidios del globo, que sólo tienden a crecer en el número de sus habitantes:

- El Reclusorio Preventivo Norte, DF, México;
- La Penitenciaría Central de Honduras;
- El Penal de Lurigancho, en Lima, Perú;
- La Cárcel Nacional Modelo de Bogotá;
- La Cárcel Bellavista, en Medellín;
- La Cárcel García Moreno, en Quito;
- El Presidio Central, en Porto Alegre, o el Presidio Profesor Aníbal Bruno, en Recife, ambos en Brasil.

Las prisiones citadas son meros ejemplos de una lista muy larga de grises centros de deformación social, territorios de dolor y desesperanza, donde el sobrecupo les priva de su dimensión humana, en la medida en que crea hacinamiento, favorece tensiones, estimula relaciones promiscuas, propaga enfermedades, presentando inmensos obstáculos a las funciones básicas como salud, alimentación, educación, asistencia jurídica y seguridad.

En el libro “Ejecución Penal en América Latina a la Luz de los Derechos Humanos: Viaje por los Senderos del Dolor”, escribí:

---

2 “...la sobrepoblación ha sido el agobio de las prisiones, el talón de Aquiles de las cárceles, que tienen, por cierto, más de un talón de este género en la anatomía de sus debilidades.”<sup>16</sup> Antes había dicho: “Resultaba necesario aliviar las condiciones de vida en la cárcel gigantesca y reanudar el antiguo sueño: distribuir a los reclusos en categorías más o menos homogéneas, evitar la contaminación carcelaria, impedir que mine todos los esfuerzos la lepra de las prisiones: una sobrepoblación asfixiante.” (GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Los Personajes del Cautiverio: Prisiones, Prisioneros y Custodios*, Editorial Porrúa, México, 2002, p. 136)

En prisiones atestadas es común una gran incidencia de afecciones respiratorias, dermatológicas, venéreas, gástricas, urológicas, a más de la tuberculosis (TB) y del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (Sida), enfermedades que en algunas cárceles llegan a proporciones alarmantes en virtud de la aglomeración, la falta de cuidados médicos y de control sanitario y el hecho de que los encarcelados reciben visitas que amplifican la diseminación de las dolencias. En tal virtud se dice que los penales, aparte de *sidarios*, son incubadores de otras dolencias, de todo tipo, algunas curables en el medio externo pero fatales en su interior, por la inexistencia o endeblez del tratamiento.

El sobrecupo “trae consigo amontonamiento de los internos y, por consiguiente, la degradación humana”, puesto que en una celda proyectada para tres se meten a 10 ó 15 presos, ocasionando promiscuidad, enfermedades distintas, disputa por el espacio vital, *renteos* (extorsiones) y prácticas homosexuales.<sup>3</sup>

Por supuesto, la propuesta de rehabilitación, en estas condiciones y circunstancias, sin ninguna forma de clasificación ni individualización, entre otras lagunas, se vuelve un chiste que, a pesar de todas las evidencias, sigue nutriendo el discurso oficial, indiferente incluso a la deshumanización predominante y la reiterada violación de los derechos humanos por parte de un Estado que debería ser el fiador, el garante de los derechos humanos de quienes estén bajo su custodia, no importa el delito cometido, conforme, verbigracia, a la jurisprudencia internacional, los fallos, las opiniones consultivas y las medidas provisionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La sobrepoblación es el resultado de muchos factores, entre ellos el aumento de la delincuencia y la sobreutilización de la pena de cárcel (las dos explicaciones posibles de acuerdo con el ILANUD), observándose que la prisión se reserva, máxime en los lugares donde hay inequidad en la distribución de ingresos, mayormente a los miserables, a los indigentes, a los ciudadanos sin nombre, lo que refuerza el aforismo de que la justicia es selectiva y alcanza, con su

---

3 BRINGAS, Alejandro H. y ROLDÁN QUIÑONES, Luis F., *Las Cárceles Mexicanas: Una Revisión de la Realidad Penitenciaria*, Editorial Grijalbo, México, 1998, p. 141.



mano dura, sobre todo a los desheredados de la fortuna, como si estuviera –muchos ya lo han dicho con propiedad– castigando a la propia pobreza.

Entre los factores de la sobrepoblación, además, naturalmente, del incremento de la criminalidad, en sus distintas manifestaciones, se incluyen:

- a) La lentitud de los procedimientos en sede penal (el rezago judicial);
- b) La prevalencia del empleo (la sobreutilización) de la pena privativa de libertad, una cultura que permanece en plena vigencia, no obstante el reconocimiento de que le correspondería un papel residual en el arsenal punitivo;
- c) El uso excesivo de la prisión sin condena, un grave quebrantamiento del principio legal de la presunción de inocencia, de la no culpabilidad; se trata de una excepción que se convirtió en regla, a despecho de las innumerables disposiciones en sentido contrario; los códigos de procedimientos penales de la región suelen prever que la prisión preventiva se decreta, por ejemplo, como garantía del orden público, del orden económico, por conveniencia de la instrucción criminal, o para asegurar la aplicación de la ley penal, cuando haya prueba de la existencia del crimen e indicio suficiente de autoría; sin embargo, se utiliza de modo generalizado.
- d) El endurecimiento de las sanciones punitivas, fenómeno agudizado por el populismo penal, responsable, en mi país, de la ley 8.072, de los crímenes horribles, no susceptibles de amnistía, gracia, indulto y fianza (como la comisión de tortura, el tráfico ilícito de estupefacientes y drogas afines, y el terrorismo), a saber, homicidios, consumados o intentados, cometidos en actividades típicas de grupo de exterminio aun cuando lo sea por un único agente, y homicidios agravados; robos mediante violencia con la muerte de la víctima; extorsiones calificadas por la muerte; extorsiones mediante secuestro y en la forma calificada; violaciones; atentados contra el pudor; epidemias con resultado muerte; falsificación, corrupción, adulteración o alteración de producto destinado a fines terapéuticos o medicinales; y genocidios;

- e) El endurecimiento de la ejecución penal, traducida en largos aislamientos en celdas individuales, limitación de visitas, reducción de los *baños de sol*, tal y como se observa en Brasil en el RDD (régimen disciplinario diferenciado);
- f) El déficit de vacantes (número insuficiente de plazas penitenciarias), ante el desinterés y/o la resistencia de las autoridades estatales de construir nuevas prisiones, no obstante la sobrecarga en los centros existentes y la deplorable situación de las comisarías policiales; y
- g) La postura de rechazo (de muchos jueces y fiscales) en cuanto a la aplicación de penas y medidas alternativas, so pretexto de que serían excesivamente blandas y carecerían de seguimiento adecuado.

Ahora bien. Esto plantea la necesidad de políticas públicas, para enfrentar el problema y sus efectos, lo que nos remite a muchas fuentes, entre las cuales descuellan los informes de los congresos periódicos de las Naciones Unidas, así como sus reuniones preparatorias de carácter regional, en las que se han presentado un gran número de alternativas, de opciones para superar el fantasma de la sobrepoblación, buscándose, en primer plano, cambiar el paradigma existente, reafirmando la construcción de prisiones como medida extraordinaria (en definitiva, para la Oficina Regional de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito – UNODC, no es una solución sostenible) y la pena privativa de libertad como *ultima ratio*; en otras palabras; la prisión sólo se aplicaría en los casos que no admitan otra hipótesis, por ejemplo en los delitos extremadamente graves, como el crimen organizado, que causan significativos daños sociales.

¿Qué medidas serían éstas? Veámoslas a continuación, aclarando que ninguna debe ser vista como una panacea y muchas son ajenas al sistema:

- a) La despenalización de los delitos de menor cuantía, es decir, delitos menores;
- b) La ampliación de la libertad condicional, la libertad vigilada, la libertad anticipada y la prisión hogareña (en ciertos países el empleo proporcional y equilibrado de los regímenes semiabierto y abierto);

- c) El uso efectivo de las sanciones alternativas a la pena privativa de libertad, especialmente para ciertos grupos de sancionados (algo que debe ser hecho con extremo cuidado, con miras a evitar la llamada expansión de la red de control que fortalecería el camino para la omnipresencia de un Estado policial;
- d) El uso del monitoreo electrónico a distancia como instrumento de control y alternativa a la prisión;
- e) Promoción de mecanismos de conciliación, de mediación, de justicia restaurativa con reparación a las víctimas;
- f) La redención de la pena por el trabajo, la educación y la lectura;
- g) La ampliación del cuadro de defensores públicos que permitan, con el apoyo de los jueces de ejecución, asegurar el derecho de los presos a sus beneficios de prelibertad;
- h) La adopción excepcional de la prisión preventiva, siendo bienvenida la práctica, exitosa en muchos países, de la audiencia de custodia, inspirada en el Pacto de San José, con miras a reducir significativamente el número de reclusos provisionales, es decir, en espera de juicio (o sea, una sentencia condenatoria o absolutoria). La audiencia de custodia tiene por objeto garantizar el contacto de la persona presa 24 horas después de prisión in flagrancia (en Colombia, por lo que sé, son 36 horas; en México, 48 horas). La audiencia sirve para que el juez: a) analice la legalidad y necesidad de la prisión; b) verifique eventuales malos tratos al preso. En cuanto al control de la legalidad de la prisión, el juez, en el momento de la audiencia de custodia, con la presencia del representante del Ministerio Público y de un abogado/defensor público, podrá: a) relajar????????? la prisión in flagrante legal; b) decretar la prisión preventiva u otra medida cautelar alternativa a la prisión; c) mantener libre a la persona de quien se sospecha haber cometido determinado delito, si no hay necesidad de aplicar una medida cautelar. Se trata, pues, de una forma eficiente de combatir la sobrepoblación carcelaria.
- i) La determinación de que el número de encarcelados no rebase la capacidad de la unidad penal, según límite de plazas y tasas de encierro, de ocupación, que deben ser de conocimiento público, de conformidad con las buenas prácticas y los principios establecidos por la Comisión Interamericana de Derechos

Humanos, así como las recomendaciones de las Reglas de Mandela; esto ya se aplica exitosamente en Estados Unidos y Canadá, donde los jueces, al imponer una pena privativa de libertad, deben saber previamente la capacidad física del centro donde se cumplirá la pena; recientemente el juez corregidor de los presidios del distrito de Fortaleza determinó que un recluso solamente puede entrar en el sistema después de que salgan dos (eso se dio después de los avances de la audiencia de custodia). Ésta es la segunda vez que se estableció esta medida, habiendo sido revocada anteriormente por la tensión causada en las comisarías o dependencias policiales donde habitan centenares de reclusos en espera de plazas en las prisiones.

Enorme y persistente, la sobrepoblación resulta ser un desafío para los gobernantes y la sociedad, exigiendo respuestas objetivas, concretas, a corto, medio y a largo plazo, que serán detalladas en los capítulos siguientes de este libro.

La verdad es que las condiciones deplorables en las que viven los penados en la mayoría de las prisiones latinoamericanas dejan claro que ésta es una lucha necesaria, imprescindible. En este escenario, hay que ser optimista y rechazar con vehemencia el discurso de los heraldos del pesimismo, de los verdugos de la utopía, y seguir adelante con el ánimo de promover los cambios que se plantean y dar cobijo a proposiciones que sean capaces de vencer el caos.

## BIBLIOGRAFIA

ÁLVAREZ RAMOS, Jaime, *Justicia Penal y Administración de Prisiones*, Editorial Porrúa, México, 2007, p. 134.

BRINGAS, Alejandro H. y ROLDÁN QUIÑONES, Luis F., *Las Cárceles Mexicanas: Una Revisión de la Realidad Penitenciaria*, Editorial Grijalbo, México, 1998, p. 141.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Los Personajes del Cautiverio: Prisiones, Prisioneros y Custodios*, Editorial Porrúa, México, 2002, p. 136.

(Fragmento del libro en construcción: Los Desvanes de la Justicia Criminal)

# EL ENEMIGO EN EL DERECHO PENAL \*

**Eugenio Raúl Zaffaroni**

Jurista argentino; ex Ministro de la Suprema Corte Argentina;  
Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Este ensayo aborda la dialéctica entre el estado de derecho y el de policía, traducida en el campo penal en la más amplia o restringida admisión del trato punitivo a seres humanos privados de la condición de personas. Este trato diferenciado provoca una contradicción entre la doctrina penal (y alguna filosofía política de ilustre prosapia), por una parte, y la teoría política del estado constitucional de derecho por la otra, debido a que la última no lo admite ni siquiera en una situación bélica clara, pues implicaría abandonar el principio del estado de derecho y pasar al de policía, que se deslizaría muy rápido hacia el estado absoluto.

La actual situación del planeta devela sin piedad esta contradicción, provocando un grave desconcierto en la doctrina, pues de un golpe desnuda el fenómeno de todos los ropajes con que se lo ocultó hasta el presente y pone de manifiesto como nunca antes que la secular tradición legitimante del ejercicio estructuralmente discriminatorio del poder punitivo operó como fisura absolutista en el estado constitucional de derecho, introduciendo en su marco un elemento disolvente que, en algún trágico momento del pasado se daría en llamar entre nosotros doctrina de la seguridad nacional, de triste memoria.

Es menester advertir que en el siguiente desarrollo en ocasiones se sintetizan o amplían –y también se redunda– en conceptos y textos publicados en trabajos parciales, a medida que se avanzaba en la investigación. Del mismo modo, nuestro desarrollo se asienta sobre una concepción conflictivista de la sociedad y en la dialéctica del estado de derecho y el de policía dentro de todo estado de derecho real o histórico, en los términos que propusimos en 1989 y desarrollamos posteriormente con Alejandro Slokar, Alejandro Alagia y Nilo Batista.

Nuestro agradecimiento más sincero a los colegas Alejandro Slokar, Alejandro Alagia, Renato Vannelli, Gustavo Ferreyra, Graciela Otano, Guido Riso, Martín Magram, Jacobo Grossman, Mariana Caraballo, Gabriela Gisis, Pablo Vega y Alfredo Fernández. Todos ellos tuvieron la paciencia de leer el manuscrito y formularnos observaciones.

Dedicamos este modesto ensayo a la querida memoria de un Maestro con el que hubiese sido imprescindible discutirlo, dado que osamos irrumpir en su campo con la proverbial torpeza del penalista y, por momentos, tenemos la sensación de movernos como un elefante marino en la arena. Si hubiésemos tenido esa fortuna, seguramente estas páginas serían mucho más claras y menos imperfectas.

## I. INTRODUCCIÓN O PROLEGÓMENOS INDISPENSABLES

### 1. Hipótesis general o básica

La hipótesis que tratamos de demostrar en estas páginas se sintetiza de la siguiente forma:

- a) El poder punitivo siempre discriminó a seres humanos y les deparó un trato punitivo que no correspondía a la condición de personas, dado que sólo los consideraba como entes peligrosos o dañinos. Se trata de seres humanos a los que se señala como enemigos de la sociedad y, por ende, se les niega el derecho a que sus infracciones sean sancionadas dentro de los límites del derecho penal liberal, esto es, de las garantías que hoy establece -universal y regionalmente- el derecho internacional de los Derechos Humanos.
- b) Lo anterior no es únicamente una verificación de datos de hecho revelados por la historia y la sociología, sino también de datos de derecho, puesto que tanto las leyes como la doctrina jurídica legitiman este tratamiento diferenciado. También los saberes pretendidamente empíricos sobre la conducta humana (convergentes en la criminología tradicional o etiológica) pretendieron darle justificación científica.
- c) En la teoría política el tratamiento diferenciado de seres humanos privados del carácter de personas (enemigos de la sociedad) es propio del estado absoluto, que por su esencia no admite grados, y, por ende, resulta incompatible con la

teoría política del estado de derecho. Con esto se introduce una contradicción permanente entre la doctrina jurídico penal que admite y legitima el concepto de enemigo y los principios constitucionales e internacionales del estado de derecho, o sea, con la teoría política de este último.

- d) Dado que en la realidad el poder punitivo opera tratando a algunos seres humanos como si no fuesen personas y que la legislación lo autoriza, la doctrina consecuente con el principio del estado de derecho debe tratar de limitar y reducir o, al menos, acotar el fenómeno, para que no desaparezca el estado de derecho.

Conforme a esta estrategia se ofrecen dos tácticas de acotamiento: (a) una estática, que propone aceptar lo consumado y legitimarlo sólo para ciertos hechos, que a nuestro juicio carece de capacidad para obtener el objetivo estratégico propuesto, y otra (b) dinámica, que es la que consideramos adecuada para alcanzar ese objetivo.

La hipótesis de base que tratamos de probar parte de la naturaleza política de la cuestión planteada y aspira a verificar que en el plano de la teoría política resulta intolerable la categoría jurídica de enemigo o extraño en el derecho ordinario (penal o de cualquier otra rama) de un estado constitucional de derecho, que sólo puede admitirlo en las previsiones de su derecho de guerra y con las limitaciones que a éste le impone el derecho internacional de los derechos humanos en su rama de derecho humanitario (legislación de Ginebra), habida cuenta que ni siquiera éste priva al enemigo bélico de la condición de persona.

Nuestra tesis es que el enemigo de la sociedad o extraño, es decir, el ser humano considerado como ente peligroso o dañino y no como persona con autonomía ética, desde la teoría política, sólo es compatible con un modelo de estado absoluto total y, por ende, que las concesiones del penalismo han sido, en definitiva, rémoras absolutistas que la doctrina penal ha puesto como piedras en el sendero de la realización de los estados constitucionales de derecho.

Las racionalizaciones de la doctrina penal para ocultar la admisión de la categoría de enemigo en el derecho penal, leídas desde la teoría política, son concesiones del estado liberal al estado absoluto, que debilitan el modelo orientador del estado de derecho, que es la brújula indispensable para marcar la dirección del esfuerzo del poder

jurídico en su tarea de permanente superación de los defectos de los estados de derecho reales o históricos. Si entregamos los instrumentos de navegación del poder jurídico de contención de las pulsiones autoritarias -normales en todo estado de derecho real-, el poder jurídico queda privado de cualquier posibilidad de eficacia no sólo táctica sino incluso estratégica.

Justo es señalar que han contribuido a mantener estas rémoras algunos teóricos de la política, de primerísima línea por cierto -nada menos que Hobbes y Kant-, que se han esforzado por compatibilizarlas con limitaciones liberales, con lo que contribuyeron en buena medida a desorientar también al penalismo, por lo cual el error no es sólo de éste, aunque en su campo sea donde ha tenido las peores consecuencias prácticas.

## **2. Las últimas tendencias mundiales del poder punitivo que son insoslayables para la doctrina**

En las últimas décadas se ha producido una transformación regresiva bastante notoria en el campo de la llamada política criminal o, más precisamente, política penal, pues del debate entre políticas abolicionistas y reduccionistas se pasó, casi sin solución de continuidad, a debatir la expansión del poder punitivo, con lo cual el tema del enemigo de la sociedad pasó a primer plano de discusión. Quizá hasta cierto punto los teóricos cayeron en la negación del fenómeno de represivización de las legislaciones penales sancionadas con motivo o pretexto de emergencias, hasta que la realidad legislativa alcanzó un punto que impedía todo mecanismo de huida, pero lo cierto es que la invocación de emergencias justificantes de estados de excepción, no son para nada recientes, pues si nos limitamos a la etapa posterior a la segunda guerra mundial, hace más de tres décadas que se vienen sancionando en Europa estas leyes, que se ordinan -convirtiéndose en la excepción perpetua- y que fueron superadas largamente por la legislación de seguridad latinoamericana. Se ha señalado que las características de este avance contra el tradicional derecho penal liberal o de garantías consistirían en la anticipación de las barreras de punición (alcanzando a los actos preparatorios), la desproporción en las consecuencias jurídicas (penas como medidas de contención sin proporción con la lesión realmente inferida), el



marcado debilitamiento de las garantías procesales y la identificación de los destinatarios mediante un fuerte giro al derecho penal de autor.

En la doctrina jurídico penal puede señalarse el debilitamiento del derecho penal de garantías a través de la imputación jurídica conforme a criterios que se independizan de la causalidad; la minimización de la acción en beneficio de la omisión, sin que interese lo que realmente el agente haga sino el deber que haya violado; la construcción del dolo sobre la base de simple conocimiento (teoría del conocimiento), que le permite abarcar campos antes considerados propios de la negligencia; la pérdida de contenido material del bien jurídico, con los consiguientes procesos de clonación que permiten una nebulosa multiplicación de ellos; la cancelación de la exigencia de lesividad conforme a la multiplicación de tipos de peligro sin peligro (peligro abstracto o presunto); la lesión a la legalidad mediante tipos farragosos y vagos y la delegación de función legislativa penal con el pretexto de las llamadas leyes penales en blanco; etc.

### **3. El contexto mundial actual hace ineludible la reacción política**

No es posible desconocer que la actual situación del mundo constituye un factor determinante del escándalo que parece alcanzar la discusión en el campo penal y político criminal. En efecto: hasta ahora -y puede afirmarse que durante el último siglo y medio- se minimizaba con poco esfuerzo la desconexión de la doctrina penal con la teoría política, pero esta situación cambió no sólo porque se expresa en palabras tan claras que hacen inevitable el contraste entre ambos ámbitos del conocimiento, sino también -y sobre todo- porque las circunstancias del mundo han variado de modo notorio, en razón de una pluralidad de signos alarmantes: el poder se planetarizó y amenaza con una dictadura global; el potencial tecnológico de control informático puede acabar con toda intimidad; el uso de ese potencial controlador no está limitado ni existe forma de limitarlo a investigar sólo hechos determinados; las condiciones del planeta se deterioran rápidamente y la vida misma se halla amenazada. Se opera un enorme proceso de concentración de capital que procura mayor renta sin detenerse ante ningún obstáculo no ya ético, sino incluso físico; los estados nacionales son débiles e incapaces de proveer reformas estructurales; los organismos internacionales se raquitan y desacreditan; la comunicación masiva, de formidable poder técnico,

está lanzada a una propaganda *völkisch* y vindicativa sin precedentes; la capacidad técnica de destrucción puede arrasarse la vida; se desatan guerras unilateralmente con fines claramente económicos; y, para colmo, el poder planetario fabrica enemigos y emergencias –con los consiguientes estados de excepción- en serie y a alta velocidad.

Este contexto no puede menos que influir sobre cualquier teórico del derecho y, por mucho que se oculte bajo los más relucientes atavíos jurídicos, la reacción que suscita la presencia descarnada del enemigo de la sociedad en el derecho penal es de carácter político, porque la cuestión que plantea es –y siempre fue- de esa naturaleza.

Prueba de ello es que cada vez que se discute si se puede tratar a algunos seres humanos por su peligro o dañosidad y se busca una racionalización más elaborada, no puede obviarse la invocación a Hobbes y, por ende, a la cuestión de la soberanía, materia que de modo incuestionable pertenece a la teoría política y, precisamente, el nuevo panorama globalizador se caracteriza por un profundo cambio político.

Los crímenes de destrucción masiva e indiscriminada del 11-S y del 11-M son expresiones de brutal violencia que en opinión de los internacionalistas configuran crímenes de lesa humanidad, pero que, a su vez, son respuestas a otra violencia y así podríamos seguir regresando hasta Adán y Eva o hasta el primer golpe que un homínido haya propinado a otro, sin llegar a ninguna solución con vistas a una convivencia racional en el futuro.

No es necesario adoptar ninguna posición radical o de pacifismo dogmático ni sostener a priori que a toda violencia debe responderse con la no violencia, para verificar que nunca un conflicto fue solucionado definitivamente por la violencia, salvo que se confunda la solución definitiva con la final (genocidio).

La historia enseña que los conflictos que no terminaron en genocidio se solucionaron por la negociación, que pertenece al campo de la política. Pero la globalización, al debilitar el poder de decisión de los estados nacionales, empobreció la política hasta reducirla a su mínima expresión. Las decisiones estructurales actuales asumen en la práctica la forma premoderna definida por Carl Schmitt, o sea, se limitan al mero ejercicio del poder de señalar al enemigo para destruirlo o reducirlo a la impotencia total. Cualquier persona que

lea un periódico mientras desayuna –si no se limita a las noticias deportivas- se va enterando de los pasos que sigue el poder mundial hacia los genocidios, o sea, hacia el aniquilamiento total de quienes considera como sus enemigos.

Como resultado de esta sensación de minimización de la política y de la negociación, se van delineando dos frentes en el mundo del pensamiento que, naturalmente, impactan en lo político: el de los Derechos Humanos y la negociación por un lado y, por otro, el de la solución violenta que arrasa con los Derechos Humanos y, más tarde o más temprano, acaba en el genocidio. La conciencia de esta disyuntiva es mayor donde las experiencias de terrorismo de estado permanecen en la memoria colectiva, como en Europa y América Latina, pero no así en los Estados Unidos, donde existieron otros abusos represivos, pero su población no padeció en su territorio la guerra ni el terrorismo de estado.

#### **4. El enemigo no merece el trato de persona**

La esencia del trato diferencial que se depara al enemigo consiste en que el derecho le niega su condición de persona. Sólo es considerado bajo el aspecto de ente peligroso o dañino. Por mucho que se matice la idea, cuando se propone distinguir entre ciudadanos (personas) y enemigos (no personas), se hace referencia a humanos que son privados de ciertos derechos individuales en razón de que se dejó de considerarlos personas, y esta es la primera incompatibilidad que presenta la aceptación del hostis en el derecho con el principio del estado de derecho.

En la medida en que se trate a un ser humano como algo meramente peligroso y, por tanto, necesitado de pura contención, se le quita o niega su carácter de persona, aunque se le reconozcan ciertos derechos (por ejemplo, testar, contraer matrimonio, reconocer hijos, etc.). No es la cantidad de derechos de que se priva a alguien lo que le cancela su condición de persona, sino la razón misma en que se basa esa privación de derechos, es decir, cuando se lo priva de algún derecho sólo porque se lo considera puramente como ente peligroso.

En rigor, casi todo el derecho penal del siglo XX, en la medida en que teorizó admitiendo que algunos seres humanos son peligrosos y sólo por eso deben ser segregados o eliminados, los cosificó sin

decirlo, y con ello los dejó de considerar personas, lo que ocultó con racionalizaciones, cuando lo cierto es que desde 1948 ese derecho penal que admite las llamadas medidas de seguridad, o sea, las penas o algunas penas como mera contención de un ente peligroso, es violatorio del artículo 1° de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

La privación de libertad –o la deportación– de una persona en razón de un cuarto o quinto delito de gravedad leve o media contra la propiedad, cuando ha sido condenada y ha cumplido pena por los anteriores, es una reacción totalmente desproporcionada a la entidad de su injusto y de su culpabilidad y, por lo tanto, el sufrimiento que se le impone es una pena entendida como mera contención, un encerramiento que crea un puro impedimento físico; se trata de una suerte de enjaulamiento de un ente peligroso. Es claro que ese no es ni puede ser el tratamiento que se depara a alguien a quien se le reconoce su autonomía moral en razón de que haciendo uso de ésta cometió una infracción que lesionó derechos ajenos, sino el que se destina a un animal o a una cosa peligrosa.

Es inevitable que, en cuanto el estado procede de esa manera, porque detrás de la máscara cree encontrar a su enemigo, le arrebatada la máscara y con ello, automáticamente lo elimina de su teatro (o de su carnaval, según los casos). Por supuesto que lo puede privar de su ciudadanía, pero ello no implica que esté autorizado a privarlo de la condición de persona, o sea, de su calidad de portador de todos los derechos que asisten a un ser humano por el mero hecho de serlo. El trato como cosa peligrosa, por mucho que se lo encubra, incurre en esa privación. No es posible pretender que este trato diferencial puede serle aplicado a un ser humano sin lesionar su carácter de persona, cuando esa condición es absolutamente incompatible con las puras contenciones que sólo son admisibles cuando son pasajeras y frente a conductas lesivas en curso o inminentes, que sea necesario detener, esto es, en el momento de la agresión o inmediatamente antes, a título de coerción directa.

Aclarado que el trato de pura contención o impedimento físico no es el que se depara a alguien en quien se reconoce la condición de persona, intuitivamente –por ahora– pareciera que en el estado constitucional de derecho no es posible admitir que un ser humano sea tratado como no persona fuera de las hipótesis de inevitable y muy

transitoria coerción directa administrativa. Sin perjuicio de volver al tema para demostrar que esa incompatibilidad no es sólo intuitiva, tampoco puede pasarse por alto que el trato a un ser humano como cosa peligrosa que amenaza la seguridad o certeza acerca del futuro, no se limita a despersonalizar sólo al así tratado, sino que, reparando más detenidamente en esta cuestión, es conveniente advertir que la priorización del valor seguridad como certeza acerca de la conducta futura de alguien, y más aun su absolutización, acabarían en la despersonalización de toda la sociedad.

En efecto: no era lo mismo caminar por un bosque hace doscientos años, donde la seguridad de los otros se conformaba con saber que no mataríamos ni asaltaríamos a quien se cruzase en nuestro camino, que andar hoy por el mundo, donde se exige precisión de movimiento de gato doméstico en medio de cristales para proporcionar seguridad a los demás y, sobre todo, al propio estado. Debemos poner el máximo de atención para no olvidarnos de consignar algún ingreso, para no lesionar al fisco ni comprar un cheque en dólares sin declararlo para no favorecer el tráfico de cocaína, menos aún para no tener plantas eventualmente alucinógenas en el jardín o comprar libros por la calle que pueden vender terroristas.

Necesitamos movernos con mayor cuidado y precisión, porque el estado nos hace cada día más garantes de lo que nunca nos imaginamos ni se nos ocurriría garantizar. Pero al igual que en intervenciones quirúrgicas complejas o en el armado de ingenios industriales, la mayor precisión la alcanzan los robots, dado que no se distraen ni se olvidan. Una sociedad que aspire a la seguridad respecto de la conducta posterior de cada uno de nosotros como valor prioritario, proyectada al futuro y hasta sus últimas consecuencias, aspiraría a convertirse en una sociedad robotizada y, por ende, despersonalizada. Por supuesto, esta distopía por fortuna es y será falsa, porque la seguridad respecto de nuestra conducta futura –como se sabe– no es otra cosa que un pretexto más para legitimar el control social punitivo.

## **5. ¿Cuál es la esencia del enemigo?**

La negación jurídica de la condición de persona al enemigo es una característica del trato penal diferenciado de éste, pero no es su esencia, o sea, que es una consecuencia de la individualización de un ser humano como enemigo, pero nada nos dice acerca de la

individualización misma. Cuando se indaga acerca de esta esencia, resulta innegable que, conforme a la doctrina que más ha profundizado en el tema y lo ha tratado más descarnadamente –o sea, sin disimular la cuestión ni eludir el problema-, el concepto tiene origen en el derecho romano y el autor que con mayor coherencia trabajó el tema en la teoría política fue Carl Schmitt quien, por otra parte, no hizo más que rescatar y precisar el tradicional concepto proveniente del derecho romano. Para este teórico del estado absoluto el enemigo no es cualquier sujeto infractor, sino el otro, el extranjero y basta a su esencia que sea existencialmente, en un sentido particularmente intensivo, algo otro o extranjero, de modo que, en el caso extremo sean posibles con él conflictos que no puedan ser decididos ni a través de un sistema de normas preestablecidas ni mediante la intervención de un tercero descomprometido y por eso imparcial.

Este concepto bien preciso de enemigo se remonta a la distinción romana entre el *inimicus* y el *hostis*, donde el *inimicus* era el enemigo personal, en tanto que el verdadero enemigo político sería el *hostis*, respecto del cual se plantea siempre la posibilidad de la guerra, como negación absoluta del otro ser o realización extrema de la hostilidad. El extranjero, el extraño, el enemigo, el *hostis*, era el que carecía de derechos en absoluto, que estaba fuera de la comunidad. La palabra *hostis* proviene de la raíz sánscrita *ghas-*, que alude a comer, lo que explica su origen común con *hostería*. *Hostire* también significa matar y *hostia* tiene el sentido de víctima. La pena máxima en muchas sociedades era la expulsión de la comunidad, el exilio, la pérdida de la paz (*die Friedlosigkeit*), justamente por dejar al sujeto en la situación de extranjero, extraño, enemigo, privado de todo derecho.

Del propio derecho romano surgieron los ejes troncales que habrían de servir de posteriores soportes a todas las subclasificaciones del *hostis* tomadas en cuenta para el ejercicio diferencial del poder punitivo y racionalizadas por la doctrina penal. Estas categorías se remontan a las dos originarias del derecho romano: (a) la del *hostis alienigena* –al que en escasa pero alguna medida protegía el *ius gentium-* y (b) la del *hostis iudicatus*, o sea, el declarado *hostis* en función de la *auctoritas* del senado, que era un poder excepcional: en situaciones excepcionales, en las cuales un ciudadano romano amenazaba la seguridad de la República por medio de conspiraciones o traición, el senado podía declararlo *hostis*, enemigo público.

El extranjero (*hostis alienigena*) es el núcleo troncal que abarcará a todos los molestos al poder, por insubordinados, indisciplinados o simples extranjeros, que como extraños resultan desconocidos y, como todo lo desconocido, inspira desconfianza y por consiguiente resulta sospechoso por potencialmente peligroso. Al extranjero no se lo comprende, porque no es posible comunicarse con él, dado que habla una lengua ininteligible: no hay comunicación posible con el *hostis*. Para los romanos todos los extranjeros eran *barbari*, palabra tomada del griego, *barbaros*, que indicaba al no griego de lengua incomprensible, que proviene de la raíz sánscrita *baba-*, cercana a *balbuceo*, *parloteo*.

En las ulteriores subclasificaciones de esta categoría general se incluye al *hostis extranjero* que es explotado, desde el prisionero esclavizado de la antigüedad hasta el inmigrante actual. Si bien las condiciones jurídicas han variado sustancialmente, siempre se trata de un extranjero vencido, al que trae la necesidad (sea bélica o económica) y, por tanto, debe ser vigilado, porque como todo prisionero, tratará, en cuanto pueda y a como diese lugar, de sustraerse a su condición subordinada. El enemigo declarado (*hostis iudicatus*) configura el núcleo del tronco de los disidentes o enemigos abiertos del poder de turno, del que participarán los enemigos políticos puros de todos los tiempos. Se trata de enemigos declarados, no porque declaren o manifiesten su enemistad sino porque el poder los declara tales: no se declaran a sí mismos sino que son declarados por el poder. La institución del *hostis iudicatus* romano cumplía la función de dejar al ciudadano en condición semejante a la del esclavo, para hacerle aplicables las penas que estaban vedadas para los ciudadanos y la sustracción a la condena judicial mediante la expatriación hacía cesar automáticamente también la condición de ciudadano.

El *hostis*, enemigo o extraño no ha desaparecido nunca de la realidad operativa del poder punitivo ni de la teoría jurídico penal (que pocas veces lo reconoció abiertamente y las más lo cubrió con muy diversos nombres). Se trata de un concepto que en versión original o matizada, a cara descubierta o con mil máscaras, a partir de Roma atravesó toda la historia del derecho occidental y penetró en la modernidad, no sólo en el pensamiento de juristas sino también en el de algunos de sus más destacados filósofos y teóricos políticos, recibiendo especial y hasta regocijada bienvenida en el derecho penal.

Es un elemento conceptual contradictorio dentro del estado de derecho porque arrastra la semilla de su destrucción, aunque su incoherencia apenas se haya puesto de manifiesto en los años treinta del siglo pasado, por obra de la pluma de Schmitt, el más destacado teórico político del nazismo. Su lamentable filiación política hizo que su observación no mereciera suficiente atención en las décadas posteriores y menos aún por parte de los penalistas.

La tarea que debemos afrontar no es la simple postulación de su rechazo en el derecho penal, que no es tarea sencilla en sí misma, dado que se trata de una presencia visible o invisible pero constante, sino que precisamente para eliminar esa presencia es menester encarar otra empresa, mucho más amplia: nunca eliminaremos o reduciremos la presencia del hostis en el derecho penal, si antes no verificamos que se trata de una cuña de extraña madera metida en el mismo pensamiento moderno y que lo carcome y demuele desde su interior. El pensamiento moderno nos ofrece los elementos para proceder a esa verificación, pero cometeríamos un grave error si, dejándolos de lado, nos apoyásemos sólo en su componente contradictorio para presentarlo como posmoderno o superador de la modernidad, cuando en realidad no se trata más que de una rémora del pensamiento premoderno arrastrada contradictoriamente por la modernidad.

Contra lo anterior se argumentará que al hostis de nuestros días se lo somete a contención como individuo peligroso sólo en la estricta medida de la necesidad, o sea, que sólo se priva al enemigo de lo estrictamente necesario para neutralizar su peligro, pero se deja abierta la puerta para su retorno o incorporación, manteniendo todos sus otros derechos, o sea, que esto no sería más que una simple limitación al principio del estado de derecho impuesta por la necesidad y en su estricta medida.

Lo que esta respuesta desconoce es que para los teóricos –y sobre todo para los prácticos– de la excepción, ésta siempre invoca una necesidad que no conoce ley ni límites. La estricta medida de la necesidad es la estricta medida de algo que no tiene límites, porque los establece el mismo que ejerce el poder. Como nadie puede prever exactamente lo que hará ninguno de nosotros en el futuro –ni siquiera nosotros mismos–, la incerteza del futuro mantiene abierto el juicio de peligrosidad hasta que quien decide quién es el enemigo deja de considerarlo tal, con lo cual el grado de peligrosidad del enemigo –y,



por ende, de la necesidad de contención- dependerá siempre del juicio subjetivo del individualizador, que no es otro que quien ejerce el poder.

El concepto mismo de enemigo introduce de contrabando la dinámica de la guerra en el estado de derecho, como una excepción a su regla o principio, sabiendo o no sabiendo (la intención pertenece al campo ético) que esto lleva necesariamente al estado absoluto, porque el único criterio objetivo para medir la peligrosidad y dañosidad del infractor no es otro que la peligrosidad y dañosidad (real y concreta) de sus propios actos, es decir, de sus delitos, por los que debe ser juzgado y en su caso condenado conforme a derecho. En la medida en que se abandone ese criterio objetivo se entra en el campo de la subjetividad arbitraria del individualizador del enemigo, que siempre invoca una necesidad que nunca tiene límites, una *Not* que no conoce *Gebot*.

De toda forma y en conclusión, lo que se discute en doctrina penal es la admisibilidad del concepto de enemigo en el derecho penal (o en el derecho en general) del estado de derecho, considerando tal al que es penado sólo en razón de su condición de ente peligroso o dañino para la sociedad, sin que sea relevante si la privación de los derechos más elementales a que se lo somete (sobre todo, a su libertad) se practique con cualquier otro nombre diferente del de pena y sin perjuicio, tampoco, de que se le reconozca un remanente de derechos más o menos amplio.

## **6. Dos palabras sobre el “derecho penal”**

Si en realidad el derecho penal siempre ha aceptado el concepto de enemigo y éste resulta incompatible con el estado de derecho, lo que en verdad correspondería es una renovación de la doctrina penal correctora de los componentes autoritarios que la acompañaron a lo largo de casi todo su recorrido o, en otras palabras, un ajuste del derecho penal que lo compatibilice con la teoría política que corresponde al estado constitucional de derecho, depurándolo de los componentes propios del estado de policía, incompatibles con sus principios.

No obstante, para expulsar o por lo menos contener el perverso efecto del concepto de enemigo en el derecho penal, no basta con precisar el concepto de enemigo, sino que también es menester precisar previamente lo que se entiende por derecho penal.

Aunque no suele repararse en esta necesidad en la doctrina en general, es ineludible proceder a esa precisión, porque las palabras abusadas se vuelven equívocas y en el lenguaje jurídico el desgaste tiene consecuencias más graves que en otros ámbitos, justamente por la demanda de precisión semántica que impone la naturaleza de la función que debe cumplir. Por ello, no parece conveniente –y tal vez ni siquiera tolerable– avanzar sin reparar en el deterioro semántico de la propia expresión derecho penal.

En cualquier discurso, incluso técnico, pueden encontrarse frases como estas: (a) El derecho penal no puede combatir la pobreza. (b) El derecho penal no pena esa conducta. (c) El derecho penal no analizó ese tema.

Se trata de un mismo sujeto gramatical, pero con tres sentidos semánticos diferentes: la frase (a) denota el poder punitivo del estado como hecho, como dato real, sociológico, histórico o actual; la frase (b) se refiere claramente a la legislación penal y la frase (c) indica una omisión de la teoría o doctrina.

Para afilar un poco el instrumento de la palabra, en lo sucesivo llamaremos al sujeto de la frase (a) poder punitivo, al de la frase (b) legislación penal y reservaremos la denominación derecho penal para la doctrina jurídico penal (saber o ciencia del derecho penal) de la frase (c).

En tanto que (a) el ejercicio real del poder punitivo es obra de las agencias ejecutivas del estado encargadas de la coerción y su estudio es materia de disciplinas de preferencia descriptivas, en especial de la criminología o de la sociología, la (b) legislación penal es producida por los órganos políticos competentes (legisladores) y (c) su estudio y teorización (legitimante o deslegitimante) destinado a la práctica y a la docencia, es lo que corresponde al derecho penal como ciencia, doctrina o saber jurídico (obra de los juristas).

Es muy angustiante el resultado de la confusión semántica entre estos tres sentidos de la voz derecho penal, pues impide el diálogo, dado que con demasiada frecuencia se argumenta en el plano del sentido de una de las frases mencionadas y se responde en el de cualquiera de las dos restantes, o sea que observaciones de la realidad se responden con conceptos jurídicos o con datos legales y viceversa, en cualquiera de sus ocho posibles combinaciones. Esto configura un verdadero caos

semántico que en ocasiones se vuelve desesperante, pues pareciera que el lenguaje hubiese perdido gran parte de su función comunicativa.

Para el objetivo de los dos capítulos siguientes de este trabajo, que es meramente verificador, trataremos conjuntamente el ejercicio real del poder punitivo y la legislación penal en el primero y la doctrina jurídico penal en el siguiente.

Básicamente, nos interesa distinguir entre (a) el trato deparado al enemigo o extraño desde la historia y la realidad del poder punitivo tal como se lo ha habilitado legislativamente y como ha operado y opera en la sociedad, y (b) los discursos de los doctrinarios o juristas y de los criminólogos que en ocasiones le proporcionaron elementos que facilitaron la racionalización de la categoría de los enemigos o extraños en forma más o menos abierta y con consecuencias que algunas veces fueron relativamente prudentes, pero que en otras llegaron hasta sus últimas e inevitables consecuencias, legitimando o postulando directamente el genocidio.

## **II. EL ENEMIGO EN LA PRÁCTICA DEL EJERCICIO REAL DEL PODER PUNITIVO**

### **1. El poder punitivo de la Revolución Mercantil**

El ser humano no es concebible fuera de relaciones interactivas (de cooperación o conflicto) que van creando estructuras de poder que aparecieron en sociedades pequeñas (tribus, clanes), se extendieron a otras más amplias (nacionales) y por fin abarcaron el planeta. El poder de Europa se fue extendiendo por los otros continentes a partir del siglo XV en forma de colonialismo, desde el XVIII como neocolonialismo y desde el XX se combina con otras potencias desarrolladas y se ejerce como globalización. Todas estas etapas fueron precedidas por transformaciones económicas, políticas, sociales y culturales, llamadas revoluciones (mercantil, siglos XIV/XV; industrial, siglo XVIII; y tecnológica, siglo XX), como puntos de un mismo proceso expansivo del poder.

Cada uno de estos momentos generó una comprensión del mundo y un discurso legitimante y deslegitimante, con integrados y apocalípticos, y aparejó fenómenos violentos en creciente extensión, conforme al incremento del potencial tecnológico de control y

destrucción, hasta llegar al presente, en que pone en riesgo la vida de todo el planeta azul.

El ejercicio del poder planetario necesitó siempre cierta forma de poder interno en las potencias dominantes, pues no se puede dominar sin organizarse previamente en forma dominante. Por ello, Europa, para iniciar el proceso de mundialización del poder, debió antes reordenar sus sociedades en base a una jerarquización fuerte, muy semejante a una organización militar (corporativización de las sociedades), para lo cual retomó un ejercicio de poder interno que se había practicado por la gran potencia conquistadora precedente (Roma) y que a su caída había desaparecido: esto es, el poder punitivo.

La característica diferencial del poder punitivo es la confiscación del conflicto, o sea, la usurpación del puesto del damnificado o víctima por parte del señor (poder público), degradando a la persona lesionada o víctima a la condición de puro dato para la criminalización. Los paliativos que hoy se ensayan para no victimizar por segunda vez no logran disimular la esencia confiscatoria de la víctima que caracteriza al poder punitivo y menos aún pueden alcanzar su cancelación. Sólo cuando se extrae el conflicto de ese modelo y se lo resuelve conforme a alguno de los otros modelos de decisión de conflictos se llega a una solución, pero en ese supuesto el poder punitivo desaparece, porque por definición nos habremos salido de su modelo.

Lo cierto es que desde el momento de la confiscación de la víctima, el poder público adquirió una enorme capacidad de decisión (no de solución) en los conflictos y también de consiguiente arbitrariedad, dado que selecciona libremente a las pocas personas sobre las que en contados casos quiere ejercer el poder, como también la medida y forma en que decide hacerlo y, para ello, ejerce un constante poder de vigilancia controladora sobre toda la sociedad y, en especial, sobre los que supone real o potencialmente dañinos para su jerarquización.

Ese formidable instrumento de verticalización social proporcionó a las sociedades europeas la férrea organización económica y militar (y la homogeneidad ideológica) indispensables para el éxito del genocidio colonialista, o sea, las dotó de una estructura y organización colonizadora. Ni Roma hubiese podido conquistar Europa, ni ésta hubiese podido conquistar América y África sin la poderosa verticalización interna que resulta de la confiscación de las víctimas como pretexto para vigilar, disciplinar y neutralizar a los

disfuncionales. Sin este instrumento tampoco hubiesen controlado a los países colonizados, donde asumió formas jerarquizantes propias, para convertirlos en inmensos campos de concentración, vale decir, que sirvió para dotarlos de estructuras y organizaciones colonizadas.

Los ejércitos conquistadores fueron sólo la expresión visible de otros mucho mayores que eran las mismas sociedades o naciones colonizadoras, estructuradas corporativamente, jerarquizadas y dotadas de una ideología única, que no admitía disidencias.

Estos ejércitos inmensos se armaron a partir de células controladoras pequeñas (familias) en las que mandaba un suboficial (pater) al que se sometían las mujeres, los viejos, los siervos, los esclavos, los niños y los animales domésticos, todos inferiores biológicos al pater, que según el derecho civil tradicional respondía y sigue respondiendo por los daños causados por sus subordinados. Los romanos inmolaron sin reservas su libre albedrío a la libertad política; aprendieron muy temprano a obedecer a sus padres, para saber después obedecer al Estado. La obediencia debida como eximente o como atenuante de responsabilidad penal tiene origen doméstico, privado. De allí la importancia del control de la sexualidad -y las consiguientes misoginia y homofobia- como elemento disciplinante, al que las leyes dedicaron desde la edad media más espacio que a la regulación de la propiedad, lo que se refleja también en la manualística, obsesionadas por reprimir toda manifestación dionisiaca, considerada diabólica por su potencial de indisciplina.

El discurso teocrático, usado durante la primera etapa de la planetarización del poder, presentaba al genocidio colonialista como una empresa piadosa, en cuyo nombre se daba muerte a los disidentes internos, a los colonizados rebeldes y a las mujeres díscolas. El enemigo de esta empresa, después de la extinción de los infelices albigenses y cátaros, era Satán, lo que dio lugar a la primera de la larga lista de emergencias, que seguirían en los siglos sucesivos hasta la actualidad, o sea, de amenazas más o menos cósmicas o apocalípticas que justifican una guerra y, por ende, demandan la individualización de un enemigo.

Desde su origen mismo, el poder punitivo mostró su formidable capacidad de perversión, montada -como siempre- sobre un prejuicio que impone miedo, en este caso sobre la vieja creencia vulgar europea en los maleficia de las brujas, admitida y ratificada sin tapujos por los académicos de su tiempo.

Con singular presteza el modelo inquisitorial fue seguido por los tribunales laicos y generalizado. Cuando en el siglo XVI la inquisición romana decayó, el modelo permaneció en manos del poder político y los enemigos fueron los herejes o reformados, que brindaban el espectáculo patibulario y festivo de las ejecuciones públicas en las principales plazas de todas las ciudades de Europa. En España, los principales enemigos nunca fueron las brujas –aunque se eliminó a muchas- sino los del monarca, sindicados como herejes o disidentes, es decir, como *hostis judicatus*, prolongándose la inquisición hasta el siglo XIX.

Fuera de Europa, el poder colonialista legitimado por estos discursos se ejerció en forma de genocidio, procediendo a la eliminación de la mayor parte de la población americana, desbaratando sus organizaciones sociales y políticas y reduciendo a los sobrevivientes a la condición de servidumbre y esclavitud. La exigencia de mano de obra extractiva determinó el tráfico esclavista africano, llevado a cabo por comerciantes ingleses, franceses y holandeses, que compraban prisioneros y enemigos a los reyezuelos de las costas de África, provocando de este modo la destrucción de las culturas precoloniales de ambos continentes.

Esta explotación tuvo por objeto el establecimiento y explotación de una economía extractiva que produjo una enorme cantidad de materias primas y medios de pago, que no supieron aprovechar convenientemente las potencias colonizadoras ibéricas, debido a que la extrema jerarquización de sus estructuras internas las privaba de cualquier flexibilidad, por lo que acabaron debilitándose y abriendo el espacio para el fortalecimiento de las potencias neocolonizadoras, lo que dio origen al capitalismo moderno al desplazar la hegemonía mundial de España y Portugal a las potencias del centro y norte de Europa. La férrea jerarquización que posibilitó la colonización fue el impedimento para el desarrollo del capitalismo en Iberia, marcando su decadencia imperial.

Desde esta primera etapa es posible observar cómo se desplegaron los núcleos troncales del *hostis romano*, a partir de lo cual el poder punitivo real siempre consideró enemigos y, por lo tanto, eliminó a los patibularios o autores de crímenes graves, quienes nunca constituyeron un problema para éste, debido a que su invariable destino era la supresión física. Tampoco constituía mayor problema

el hostis judicatus o enemigo político, pues por lo general también era eliminado, aunque perteneciera a las clases invulnerables.

Las dificultades las crearon siempre los molestos que reinciden en comportamientos de menor gravedad o que, simplemente, se manifiestan como indisciplinados, las que se acentuaron posteriormente cuando, con la concentración urbana, se debilitó el espontáneo y estricto control social rural. Estos serían los enemigos o extraños más complicados, pues requieren vigilancia, dado que su peligrosidad para el poder siempre es potencial. Si bien por cierto en un principio también éstos eran eliminados, al aumentar su número con la concentración urbana y al facilitar ésta la comunicación y la información inmediata, se hacía muy penoso seguir adelante con la matanza indiscriminada y masiva que, por otra parte, difícilmente hubiese sido tolerada por la población, que comenzaba a disponer de mayor información.

En consecuencia, no puede asombrar la afirmación de que en todas las épocas, con mayor o menor crueldad según las condiciones y circunstancias, se haya llevado a cabo o tendido a una represión penal plural, según la cual los autores de delitos graves (patibularios) y los disidentes hayan sido eliminados, los marginales o molestos hayan sido neutralizados y, finalmente, los ocasionales, hayan sido tratados como personas más parecidas o funcionales a quienes detentan el poder o a sus aliados y, por lo tanto, consideradas como protagonistas de errores pasajeros y destinados a cierta benevolencia en los pocos y raros casos en que eran sometidos al poder punitivo. Estas tendencias se observan claramente en el colonialismo, o sea, en la primera etapa del poder planetario, en que la distinción en el ejercicio del poder punitivo era muy neta, según que sus destinatarios fuesen iguales o extraños, amigos o enemigos.

Los iguales merecieron especial consideración, teniendo en cuenta la altísima selectividad del poder punitivo de la época, que casi nunca los tocaba. Los extraños o enemigos abarcaban a los autores de delitos graves y a los disidentes políticos, respecto de los que se prodigaba la pena de muerte pública, como espectáculo festivo en las plazas, que sin duda reafirmaba la vigencia de las normas de modo más concreto que simbólico y, al mismo tiempo, cumplía la función de contención, dado que el ejecutado quedaba neutralizado para toda la eternidad.

No es posible hablar de ciudadanía en este período, pues no existía ni siquiera el concepto. Se trataba de súbditos, pero el círculo

de súbditos privilegiados era reducido, de modo que la gran mayoría componía las clases subalternas que debían ser mantenidas en esa condición. Resultaban molestos los que eran enemigos indirectos, que con su conducta desafiaban el férreo orden vertical y que se distinguían de los simplemente inferiores –destinados a la explotación lisa y llana-, a los que sólo en caso de indisciplina se sancionaba ejemplarmente, con horribles torturas, para preservarlos de cualquier desvío de su domesticación extractiva. Por ello, los molestos también debían ser eliminados, como remedio preventivo de la eventual indisciplina de los inferiores y, para ello, se acudía siempre a la pena de muerte, aunque se introducía como alternativa su eliminación algo más lenta mediante la incorporación forzada a los ejércitos o a la producción de energía motriz (pena de galeras).

## **2. La revolución inquisitorial: el secuestro de Dios**

Es imposible comprender la operatividad de este poder punitivo como instrumento indispensable para lograr las estructuras sociales colonizadoras primero y colonizadas después, sin tomar en cuenta la enorme transformación cultural que significó su surgimiento y el modelo inquisitorial que lo acompañaba.

El poder punitivo había desaparecido en gran medida con el ocaso de Roma y la generalización del feudalismo, para renacer en los siglos XII y XIII. Hasta entonces la conflictividad se resolvió mediante la lucha, como ordalía o forma de presencia directa de Dios en la toma de decisiones. La ordalía del duelo era la vía por la cual Dios expresaba su decisión y, por ende, decidía acerca de la verdad. El juez era una suerte de árbitro que velaba por el respeto a las reglas, para que no hubiese argucias que desvirtuasen o impidiesen la expresión clara de la voluntad divina. Las partes –o sus representantes- luchaban y el vencedor era portador de la verdad, su condición era prueba de su razón.

Con el surgimiento del poder punitivo, se abandonó la lucha y la verdad comenzó a establecerse por interrogatorio o inquisitio. El sujeto de conocimiento –inquisidor (interrogador o investigador)- pregunta al objeto de conocimiento –inquirido (interrogado o investigado)- y de este modo obtiene la verdad. Si el objeto no responde lo suficiente o lo hace sin la claridad o la precisión demandada por el sujeto, se lo violenta hasta obtener la respuesta (se le aplica tormento). El inquisidor o interrogador deja de ser un árbitro y pasa a ser un investigador; la



virtud está de su lado porque ejerce el poder del soberano, dado que éste se considera víctima (usurpa o confisca el rol de la víctima). Dios ya no decide entre dos iguales como partes, sino que está secuestrado por el señor, por el dominus.

Se ha sostenido que esta forma de obtener la verdad pasó del proceso penal a todo el saber humano y que la lucha o disputatio, que era la vía de obtención de la verdad de todo el saber (astrología, alquimia, medicina deductiva), cedió su lugar a la inquisitio (interrogación del sujeto cognoscente al objeto de conocimiento), con lo cual la astrología se transformó en astronomía, la alquimia en química, la medicina deductiva en empírica, etc. Aunque no se comparta esta afirmación, lo cierto es que existe una sugestiva coetaneidad en esa transformación.

La inquisitio no debe identificarse con la inquisición romana ni limitarse a ella, que fue una institución centralizadora del poder del Papa, como tampoco con la inquisición ibérica al servicio del poder regio, sino que se practicó como modo de establecimiento de la verdad en todos los tribunales laicos, siendo –como vimos– la práctica común de la justicia que acompañó a la revolución mercantil y al colonialismo. La virtud estaba siempre secuestrada por el poder y, por consiguiente, Dios también permanecía prisionero de éste. El poder que surgió de esta transformación es del señor, del dominus, que monopolizaba el bien y lo que se le oponía siempre era el mal.

La necesidad o apetito de verdad del dominus (sujeto cognoscente) legitimaba la violencia contra el objeto de conocimiento, sin que éste fuese culpable. El dominus es casi infinitamente bueno o, si no lo es él, lo es Dios, que es su prisionero, y necesita –para poner en acto esa bondad– ser también casi infinitamente sabio, por ende, nada podía oponerse a su voraz apetito de verdad. La infinita bondad del dominus se manifestaba en su generosa empresa liberadora de los males cósmicos que amenazaban a todos, como era Satán a través de la brujería o de la herejía.

Este planteo, posteriormente laicizado, al suprimir a Dios dejó como bien supremo el saber mismo, con lo cual en los saberes (ciencias) se reemplazó a Satán por la ignorancia. La ignorancia será el mal y el saber el bien; todo saber abrirá la conciencia y liberará, toda ignorancia será esclavizante, el saber es siempre luminoso y progresista, la ignorancia es oscura y retardataria. Por ende, nada puede detener la marcha del acceso a la verdad y, por consiguiente, el insaciable apetito

de verdad –por no decir glotonería y voracidad de poder- del sujeto cognoscente seguirá sin detenerse ante la violencia sobre el objeto de conocimiento. El sujeto cognoscente, por esencia, estará siempre en un plano superior al del objeto de conocimiento, pues así lo requiere la estructura misma de esta forma de conocimiento.

De este modo nació un saber de dominus, que necesita siempre saber más aduciendo que es imprescindible para liberarnos de los males cósmicos. Será un saber de señores, señorial, dominante, a veces sádico. En este paso de la disputatio a la inquisitio surge un saber que busca siempre el poder, o sea, que el sujeto interroga siempre al objeto para dominarlo. Pero, por efecto del propio mecanismo de este saber, el subjectus no sólo ocupa la posición dominante, sino que él mismo queda dominado en el ejercicio de su saber (poder), pues es empujado o lanzado (yectado) hacia abajo (sub), por el peso del propio objectus que se le lanza (yecta) en contra (ob).

Esta dinámica se explica porque el interrogador siempre pregunta para poder y, por ende, sólo le interesa la parte de la respuesta que le otorga ese poder, pero el ente interrogado no lo sabe y además no tiene otra forma de responder que con toda su entidad (la piedra con su piedridad, la vaca con su vaquidad, etc.). El interrogador no está preparado para esta respuesta, no soporta toda la entidad que el interrogado le arroja en su contra, que le yecta (jectus) contra (ob), y de este modo va quedando aplastado (empujado hacia abajo, subjectus, sujetado) por el peso de las respuestas entitativas, que no quiere procesar porque no son necesarias o útiles a su objetivo de poder y que, aunque quisiese, tampoco podría hacerlo, porque está entrenado para no escucharlas.

Quizá esta sea la esencia misma del fenómeno de pérdida de control humano o autonomización de la tecnología. Una técnica orientada sólo a la acumulación de saber para poder buscar una acumulación progresiva e infinita de poder que algunos interpretan como una evasión a la finitud del ser humano –la no elaboración de la muerte- que neurotiza a toda la cultura industrial. Por otra parte, cuando el objeto de conocimiento es el propio ser humano, al subjectus, para conservar su posición de dominus, no le queda otro recurso que jerarquizar a los seres humanos, incurriendo en todas las formas de discriminación y eventuales crueldades imaginables.

La interrogación violenta de todos los objetos a conocer y la jerarquización de seres humanos son dos condicionantes que parten de la necesidad de conocimiento (apetito de saber) del poder que a la vez es árbitro de lo bueno y, por tanto, el único capaz de definir lo malo y señalarlo como enemigo, como hostis.

En este esquema, el secuestro de Dios garantiza la legitimidad del conocimiento inquisitorial del dominus, pues como su saber (poder) se supone que siempre se dirige al bien, todo poder que se ejerza en procura de ese saber no debe ser obstaculizado, puesto que lo malo es, justamente, obstaculizar lo bueno. De este modo queda habilitado –e incluso se impone– el uso de la violencia contra cualquier obstáculo (objectus) que se le oponga. Aunque no parezca razonable comparar a un inquisidor con un investigador científico, lo cierto es que tanto la tortura como la vivisección se consideran como un bien en la inquisitio, porque el dominus garantiza que con ello se salva a la humanidad frente a las emergencias (Satán, enfermedad, degeneración, etc.). Todo obstáculo al saber inquisitorial del dominus es enemigo del bien y aliado del mal.

En este sentido es dable rescatar el valor de la famosa frase la ciencia no piensa, al menos en el sentido de que sin ética que limite su enemistad con todos los obstáculos al poder, la ciencia camina hacia el Holocausto, lo que equivale a decir que el poder del dominus sin ética, marcha al genocidio y al ecocidio por el camino de la inquisitio.

Esta fue, sin duda, la mayor revolución protagonizada por la inquisición con el reemplazo de la disputatio (establecimiento de la verdad por lucha) por la inquisitio (establecimiento de la verdad por interrogación). Desde esta perspectiva puede afirmarse que la edad media no ha terminado y está lejos de terminar. Dependerá de la capacidad humana de transformación del conocimiento, que la inquisitio sea reemplazada algún día por el dialogus, en que el saber no sea ya de dominus sino de frater. Pero la mera perspectiva de este posible cambio civilizatorio muestra la formidable medida en que el problema trasciende el campo de lo penal para convertirse en una cuestión central de la cultura universal. Pretender ignorar esta dimensión y resolver la cuestión como un puro problema de política criminal que es posible liquidar en pocas páginas es una ingenuidad insostenible, o bien, una limitación de conocimiento inadmisibles por su altísimo nivel de aislamiento respecto de los otros saberes.

De lo dicho resulta claramente que la enemistad no es sólo -ni mucho menos- una cuestión del poder represivo, sino un condicionamiento cultural del modo de saber inquisitorial, que es propio de la civilización que nació con el poder punitivo y se planetarizó en un proceso creciente a partir de la revolución mercantil y los genocidios colonizadores.

Este saber inquisitorial de dominus se acumula como saber señorial tecnológico en una recta de pretendido progreso lineal e infinito, que condiciona la idea del tiempo que tiene la civilización planetaria: el tiempo lineal. La concepción lineal del tiempo está íntimamente vinculada a la venganza, al punto que de ella depende: la venganza es siempre venganza contra el tiempo, dado que no es posible, en una concepción lineal, hacer que lo que ha sido no haya sido. La venganza es contra lo que fue y ya no puede ser de otro modo ni volver a ser. El humano está preso del tiempo y de su "fue". La venganza es una necesidad de la concepción lineal del tiempo.

No sería correcto continuar el desarrollo de las tesis enunciadas sin advertir la magnitud civilizatoria del problema del enemigo y, consiguientemente, la contradicción básica que late en la cultura, que se traduce en una incompatibilidad de fondo entre la concepción antropológica que funda los Derechos Humanos y la inevitable idea de venganza, dependiente de la noción del tiempo lineal, propia de una medieval forma de conocimiento inquisitorio señorial que legitima la violencia del poder (saber) necesariamente condicionante de la jerarquización de seres humanos.

En definitiva, el derecho penal no ha hecho más que traducir esta contradicción durante ocho siglos y empeñarse, teóricamente, en los dos últimos en compatibilizar lo incompatible. De allí que, en base a estas observaciones propias de la antropología cultural, se pueda explicar -sin sorpresa alguna- la constante facilidad con que se introduce el enemigo o extraneus, el hostis, en la realidad operativa del poder punitivo y en la teorización legitimante correspondiente.

### **3. El poder punitivo de la Revolución Industrial**

El panorama inquisitorial más o menos puro se mantuvo hasta la Revolución industrial, que dio lugar a cambios que no borraron el control penal diferenciado, pero lo atenuaron, aunque a veces

más discursiva que realmente. No obstante, asentada la nueva clase hegemónica de industriales y comerciantes en el poder, se reafirmó la dualidad de tratos penales: si bien se mantuvieron las garantías para los iguales, pocos cambios se introdujeron para los extraños.

El surgimiento de una nueva clase social poderosa y en desarrollo, como era la de los industriales y comerciantes, en competencia con la establecida –nobleza y clero-, determinó que la primera procurase por todos los medios debilitar el poder de la vieja clase hegemónica y, como capítulo fundamental de esa empresa, tratase de reducir el poder punitivo, que era una de sus principales armas de dominación. Este esfuerzo se tradujo en un discurso penal reductor y en menor medida en cambios en la realidad operativa del poder punitivo, que no dejó de ejercerse selectivamente, sino de modo que fuese funcional al crecimiento y expansión de la nueva clase social.

Aunque la pena de muerte se redujo a los criminales graves (asesinos) y a los disidentes (la Comuna de París, por ejemplo), al matarlos seguían dejando de ser problema. Las dificultades –como hemos señalado- se manifestaron en cuanto a los molestos, cuyo número aumentó con la concentración urbana, siendo necesario domesticarlos para la producción industrial y neutralizar a los resistentes. Como no era tolerable continuar matándolos en las plazas, debieron buscarse otras formas de eliminación, lo que se logró encerrándolos en prisiones con altas tasas de mortalidad, sometidos a juicios interminables con las consabidas medidas de neutralización en forma de prisión preventiva o provisional, o bien deportándolos (especialmente por Gran Bretaña y Francia, pero también por la Argentina), o sea que, si bien la prisión reemplazó en muchos casos a la muerte y formalmente se convirtió en la columna vertebral del sistema penal, era una verdadera pena de muerte por azar en las metrópolis, al igual que la pena de deportación que reemplazó a la leva y a las galeras, cuando éstas de volvieron insostenibles en razón de la profesionalización de los ejércitos y de la introducción de la navegación a vapor.

Cabe observar que uno de los factores más importantes para la transformación parcial del poder punitivo fue la concentración urbana, que aumentó considerablemente el número de los molestos y también las dificultades de su control social, que eran desconocidas en las sociedades rurales, con fuerte control y escasa comunicación e información.

Si bien el siglo XIX introdujo grandes novedades legislativas, no puede negarse que el círculo de iguales seguía siendo muy reducido en todo el planeta e incluso en los países centrales o un tanto apresuradamente considerados –a juzgar por su conducta en el siglo XX- como más civilizados. La Italia saboiana, la Francia bonapartista del primer y del segundo imperio, la Alemania guillermiana, la España borbónica, la Gran Bretaña victoriana, eran sociedades donde las grandes mayorías eran clases potencialmente peligrosas que estaban excluidas de la ciudadanía real e incluso formal, al igual que los Estados Unidos, donde los afroamericanos fueron rescatados de la esclavitud con la guerra de secesión, precipitada por una sentencia de la Corte Suprema que los consideraba seres, pero de todos modos quedaron socialmente relegados por muchas décadas y aún quienes habían luchado por la abolición los consideraban extranjeros y tejían proyectos para deportarlos en masa a África o a México.

#### **4. El poder punitivo en la periferia neocolonizada**

En tanto que el poder punitivo o represor era el instrumento verticalizador de las sociedades colonialistas y neocolonialistas, en las colonizadas se lo empleó para convertirlas en inmensos campos de concentración para los nativos (dado que todos eran considerados inferiores biológicos). La desvergonzada consigna escrita sobre las puertas de los campos de concentración -El trabajo libera (Arbeit macht frei)- era una síntesis grosera de las premisas colonialistas: los colonizados debían trabajar y someterse para aprender a ser libres.

Como los mestizos eran menos domesticables que los nativos puros, se desestimuló el mestizaje (apartheid) y se consideró desequilibrados (degenerados morales) a los mestizos existentes. El discurso penal trató a los nativos como inimputables (asimilando lombrosianamente a los niños y a los salvajes) y a los mestizos como locos morales en potencia. De este modo racionalizaba su exclusión y convertía a los más rebeldes en enemigos (salvajes, enemigos de la civilización, del progreso, etc.).

El ejercicio del poder represivo en los países colonizados permaneció sin grandes alternativas hasta muchas décadas después de la independencia, al amparo de repúblicas oligárquicas que mantuvieron a las mayorías en condiciones análogas a la servidumbre. La independencia significó muchas veces sólo el ascenso de la limitada clase de los blancos descendientes de los colonizadores. Justicia

ejercida por terratenientes, penas de muerte privadas, asesinatos de disidentes, represiones masivas, reclutamiento forzado de mestizos y mulatos para los ejércitos, policías de ocupación, arbitrariedades y torturas, degüellos, prisionizaciones sin proceso, estados de excepción permanentes y fenómenos de increíble corrupción, fueron corrientes en estos inmensos campos de concentración.

Mientras el poder punitivo en América Latina se ejercía con esa altísima selectividad y discriminación, desde la segunda mitad del siglo XIX los gobiernos de las oligarquías locales –grupos proconsulares vinculados a intereses centrales– sancionaron constituciones y códigos penales liberales primero y peligrosistas después, copiadas las primeras de los Estados Unidos y los segundos de Europa continental. Se trataba del momento de las llamadas repúblicas oligárquicas, como el patriciado peruano, el porfirismo mexicano, la oligarquía vacuna argentina, la del estaño en Bolivia o la república vieja brasileña.

Con la guerra civil más sangrienta del siglo XX latinoamericano –la Revolución Mexicana comenzó la caída de las repúblicas oligárquicas; el poder punitivo se transformó al compás de dictaduras de viejo estilo y de procesos políticos conocidos como populismos que –en general– lo usaron de modo más prudente, aunque con frecuencia bajo el signo del paternalismo policial. Los discursos jurídicos penales abandonaron el positivismo puro y se matizaron con teorías alemanas importadas sucesivamente como técnicas, con total prescindencia de su marco político y social originario. La legislación sufrió la influencia de los códigos europeos de segunda generación, como el Codice Rocco y los proyectos suizos de Stooss.

Los populismos fueron proteccionistas y nacionalistas, abrieron el protagonismo político a amplios sectores antes excluidos y desataron el odio de las oligarquías precedentes y de sus ideólogos. Como no eran simpáticos a las administraciones norteamericanas, éstas, mediante golpes de estado, promovieron retrocesos en los incipientes estados de bienestar impulsados por los populismos, que en algunos países habían alcanzado niveles interesantes al promediar el siglo. Estas regresiones generaron resistencias, algunas de las cuales, con el correr de los años, dieron lugar a movimientos minoritarios armados de inspiración marxista. Con el pretexto brindado por los últimos, los Estados Unidos intervinieron provocando nuevos golpes de estado que

instalaron fuertes dictaduras y regímenes militares que practicaron el terrorismo de estado con inusitada crueldad, en especial en el cono sur.

Para eliminar los últimos vestigios de las políticas populistas, la definición del enemigo de estos regímenes militares no se detuvo en los integrantes de los minoritarios grupos armados, que sólo sirvieron como pretexto, sino que en algunos casos casi extinguieron físicamente a una generación de dirigentes actuales y potenciales. En Argentina y Chile es claro que se propusieron extinguir toda posibilidad de cambio social progresista. Las dictaduras de seguridad nacional latinoamericanas aplicaron reclusión perpetua y sólo muy excepcionalmente la pena de muerte formal, en tanto que emplearon medidas eliminatorias para los molestos o ejecuciones policiales sin proceso.

En cuanto a los disidentes, implementaron dos formas de ejercicio del poder punitivo traducidas en un desdoblamiento del sistema penal: un sistema penal paralelo que los eliminaba mediante detenciones administrativas ilimitadas (invocando estados de sitio, de emergencia o de guerra que duraban años), y un sistema penal subterráneo, que procedía a la eliminación directa por muerte y desaparición forzada, sin proceso legal alguno. Si bien ejercieron un poder punitivo ilimitado y pervirtieron las medidas de excepción de las constituciones, impusieron miles de penas sin proceso y sometieron a civiles a tribunales y comisiones militares, lo cierto es que su carácter diferencial fue el montaje del mencionado sistema penal subterráneo sin precedentes en cuanto a crueldad, complejidad, calculadísima planificación y ejecución, cuya analogía con la solución final es innegable. Mediante este aparato cometieron miles de homicidios, desapariciones forzadas, torturas, tormentos, secuestros, crímenes sexuales, violaciones domiciliarias, daños e incendios, intimidaciones, robos, extorsiones, alteraciones de estado civil, etc., sin ninguna base normativa, incluso dentro de su propio orden de facto.

La administración norteamericana también presionó a estas dictaduras para que declararan la guerra a la droga, en una primera versión vinculada estrechamente a la seguridad nacional: el traficante era un agente que pretendía debilitar la sociedad occidental, el joven que fumaba marihuana era un subversivo, se confundían e identificaba a los guerrilleros con los narcotraficantes (la narcoguerrilla), etc. A medida que se acercaba la caída del muro de Berlín, se necesitaba otro



enemigo para justificar la alucinación de una nueva guerra y mantener niveles represivos altos. Para ello se reforzó la guerra contra la droga.

En los años ochenta del siglo pasado, toda la región sancionó leyes anti-droga muy parecidas, en general por presión de la agencia estadounidense especializada, configurando una legislación penal de excepción análoga a la que antes había sido empleada contra el terrorismo y la subversión. Estas leyes, que permanecen en vigencia en su mayoría, violaron el principio de legalidad, multiplicaron verbos conforme a la técnica legislativa norteamericana, asimilaron participación y autoría, tentativa, preparación y consumación, desconocieron el principio de ofensividad, violaron la autonomía moral de la persona, penaron a enfermos y tóxicodependientes, etc. En lo procesal se crearon tribunales especiales, se introdujeron elementos inquisitoriales como el premio al delator, la habilitación del espía, el agente provocador, los testigos anónimos, los jueces y fiscales anónimos, etc. Se estableció una aberrante legislación penal autoritaria, que pocos se animaron a denunciar, amenazados con ser imputados como partícipes y encubridores del narcotráfico o con ser prisionizados, al mejor estilo inquisitorial, lo que sucedió incluso con magistrados, fiscales y académicos.

Mientras las prisiones se sobrepoblaban con consumidores de tóxicos (que se supone que son las víctimas) y con mujeres transportadoras (mulas), se crearon economías complementarias, la corrupción de los sistemas penales fue formidable –incluso de las fuerzas armadas incorporadas a funciones policiales–, el volumen del comercio hacia los Estados Unidos creció increíblemente y el precio del servicio de distribución interna en ese país se mantuvo alto, logrando insertar en el circulante algo así como medio millón de millones de dólares anuales, lo que da idea de la recesión que provocaría su abrupto descenso.

Pero lo cierto es que la droga no tuvo entidad para ocupar el puesto que dejó vacío la caída del muro de Berlín y el autoritarismo penal –como era de esperarse– tampoco tuvo efecto preventivo alguno, sino que se difundió y amplió la producción, importación y consumo de tóxicos en las sociedades latinoamericanas, con el perverso efecto de reservar el de mejor calidad para la exportación y fomentar el consumo interno de los más perjudiciales y destructivos, siguiendo la tradición

de que se exporta lo mejor y se consume internamente lo peor, en este caso con necrosamiento de neuronas.

## 5. El viejo autoritarismo del siglo XX

La globalización está precedida por una revolución tecnológica que es, ante todo, una revolución comunicacional. Este formidable avance permite que cunda por el planeta un discurso único de características autoritarias antiliberales, que estimula un ejercicio del poder punitivo mucho más represivo y discriminatorio, pero de orden mundial.

Se trata de un discurso de medios, por lo que no corresponde que sea analizado por el derecho penal, sino como fenómeno mediático y en especial publicitario. Pese a que el autoritarismo que preconiza en el poder punitivo es idéntico al de cualquier momento en que arrecia el inquisitorio, su modo de imposición como discurso único es nuevo, por lo que corresponde diferenciarlo de los autoritarismos anteriores, cuya hegemonía se imponía de forma por entero diferente. Para ello se hace necesario analizar un tanto más de cerca lo sucedido con los anteriores autoritarismos, a efectos de no caer en falsas similitudes.

En la Europa de entreguerras (1918-1939) se exaltó el heroísmo e irrumpieron nuevos autoritarismos que asumieron variantes discursivas penales de carácter biólogo: se tiñó de marxismo en Rusia, de idealismo en Italia y de descarnado y brutal racismo genocida en Alemania.

Si bien los discursos de estos regímenes se elaboraban conforme a la estructura inquisitorial, se nutrían de la ideología proveniente del siglo XIX, o sea, de la peligrosidad, inseparable cónyuge legítima del racismo, que siguió su destino policial/administrativo, legitimando crímenes en la medida en que cada autócrata quiso llevar adelante sus propósitos genocidas, incluso mucho más allá de las propias leyes formales y de las racionalizaciones -aún las más aberrantes- de sus escribas jurídicos y criminológicos.

En efecto: los peligrosos o enemigos fueron parásitos para los soviéticos, subhumanos para los nazistas y enemigos del estado para los fascistas, todos sometidos a un sistema penal paralelo compuesto por tribunales especiales inquisitoriales/policiales. Por supuesto que en la realidad fueron mucho más crueles los nazistas, que los eliminaron a casi todos en sus campos de concentración, asesinaron a

los enfermos que consideraban incurables y castraron y esterilizaron a muchos miles de personas por su orientación sexual, pero ello no excluye otras atrocidades ni obsta a que en el fondo hubiese una base ideológica común en lo penal, que era el peligrosismo médico/policial (racismo) proveniente del siglo XIX.

En el plano real, estos autoritarismos ejercieron su poder represivo en forma genocida, creando los ya mencionados sistemas penales subterráneos, con desapariciones, torturas y ejecuciones policiales, individuales y masivas, sin ningún sustento legal. El Holocausto no tuvo base legal ni siquiera en la propia legislación nazista, como no fuera el bochornoso Führerprinzip.

La eliminación de los prisioneros polacos por el stalinismo tampoco la tuvo. La famosa noche de los cuchillos largos no fue más que un asesinato selectivo de hostis judicatus o disidentes. Las leyes penales de estos autoritarismos mostraban sólo la cara visible del sistema penal formal y algo del sistema penal paralelo, mientras en la trastienda funcionaba el más terrible, el subterráneo, sin ley y sin límites.

Pero, considerando que el poder punitivo no tenía límites, cabe preguntarse: ¿Para qué mostrar la ley? ¿A quién mostrar con la ley un poder limitado que se ejercía ilimitadamente? ¿A quién se dirigía la ley sociológicamente hablando?

Las leyes las redactaban juristas, y no podían dirigirse a los autócratas que se las encomendaban a través de sus amanuenses. Si se dirigían a ellos, no era para limitarles su poder omnímodo, sino para agradecerles.

Todas las leyes de defensa y de protección del estado nazi se dirigían al Führer para complacerle, pero también al público, para propagar las bondades de un régimen que pretendía que con ellas lo defendía y protegía. Básicamente, pues, estas leyes autoritarias tenían dos destinatarios: los autócratas, a quienes sus escribas debían agradar para no caer en desgracia, y el público, ante el cual debían servir de propaganda. Sólo secundariamente tendían a burocratizar la supresión de enemigos, que eran los extraños u hostis. En la práctica, eliminaban con la muerte a los criminales graves y con ésta y el exilio a los disidentes, y encerraban por tiempo indeterminado a los molestos,

aunque los nazistas decidieron también regresar a la eliminación de éstos últimos.

La principal característica de las leyes que regían el sistema penal mostrable, o sea, el oficial o público, era su frontalidad. Este rasgo fue descrito para el arte cortesano por Julius Lange y Adolf Erman, señalando que su principio rector es que la figura humana o el lenguaje o cualquier manifestación, están dirigidos a un observador, al que deben agradar, en actitud respetuosa y servil. Es la misma frontalidad del teatro cortesano, que nunca vuelve la espalda al observador, que siempre le recuerda que se trata de una ficción que está dirigida a él y no a otro. Apenas con el relativismo sofista y su pluralismo de perspectivas desapareció la frontalidad. Idénticos rasgos presentaron estas leyes de los autoritarismos de entreguerras.

Esa legislación era parte de todo un escenario que compartía en alta medida el carácter frontalista, del que también formaban parte la arquitectura monumental con imponentes fachadas neoclásicas, las estatuas colosales, las inmensas paradas y desfiles uniformados, los atuendos vistosos, las condecoraciones y ceremonias particularmente ostentosas, el generalizado histrionismo, etc. Esto se explica porque, en definitiva, la frontalidad es característica de toda manifestación de un régimen autocrático y no solamente de las artísticas, lo que hace que también sus leyes sean frontalistas.

Si bien las leyes se dirigían al autócrata y también al público, no por ello eran bifrontes, sino que tenían un único frente: al autócrata le agradaba lo que le servía como propaganda, especialmente en una época en que se adquiría clara conciencia del formidable poder de la propaganda. Esto no significa que por dirigirse al público fuesen democráticas, puesto que respondían a lo que desde entonces se llama *völkisch*.

En rigor, lo nuevo a su respecto es la denominación *völkisch*, pero no el fenómeno en sí, que es una técnica que acompaña toda fabricación de un enemigo desde hace siglos. La técnica *völkisch* (o *populachera*) consiste en alimentar y reforzar los peores prejuicios para estimular públicamente la identificación del enemigo de turno. Al analizar el nazismo se llamó la atención sobre esta técnica y se la bautizó, especialmente porque está íntimamente vinculada al discurso que privilegia en lo teórico la pretendida democracia plebiscitaria, anticipada por Weber y sostenida por Carl Schmitt, asociada con su

concepto decisionista de lo político basado en la distinción de amigo/enemigo, que lo explicita en este período.

De cualquier manera, por mucho que en ese momento el discurso haya alcanzado su más alto grado de sinceridad, se trataba de una racionalización para justificar un régimen político que ejercía un poder represivo ilimitado, habilitado por leyes aberrantes o, directamente, sin ninguna habilitación legal, pero que, con o sin cita de Schmitt y con mayor o menor elaboración, acudía al recurso que siempre se ha usado para legitimar el poder punitivo ilimitado en cualquier emergencia: la alucinación de una guerra.

Si bien toda identificación del enemigo se basa en un mito, la frontalidad de los autoritarismos de entreguerras lo hizo de modo perversamente grosero. La extrema brutalidad nazista desplazó algunas racionalizaciones más elaboradas reemplazándolas por las más primitivas; prefirió las fábulas de Rosenberg a las elaboraciones de Schmitt o de Heidegger. En el fascismo parecían convivir discursos diferentes y no molestaban sus dispares niveles de elaboración, y el stalinismo eliminaba directamente a los que se podían volver molestos según la paranoia del autócrata. Los mitos más groseros se imponen porque existe siempre una relación inversa entre el grado de irracionalidad y brutalidad del poder represivo y el nivel de elaboración del discurso que trata de legitimarlo, y también porque se adecuan mejor a las demandas publicitarias.

No obstante, cabe insistir en la presencia de estos mitos, algunos muy viejos -como los raciales y de la sangre-, otros más nacionalistas, producto de tradiciones idealistas y de la necesidad de reforzar estados unificados recientemente. Los mitos antiguos en parte se combinaron con el viejo racismo spenceriano y, a decir verdad, si bien eran aberrantes, no puede negársele -como tampoco al viejo racismo- su inventiva colorida ni su creatividad depravada, es decir, la brillantez de su perversión.

## **6. El nuevo autoritarismo cool del siglo XXI**

Caracterizado el autoritarismo de entreguerras y su ejercicio de poder punitivo, estamos en condiciones de mostrar sus grandes diferencias con el autoritarismo del actual ejercicio de este poder y su discurso planetario único.

Pasada la segunda guerra mundial y la llamada guerra fría, el capital cambió su naturaleza con la globalización. Sus predominantes intereses especulativos están garantizados por un complejo sistema de organismos internacionales, pero son sostenidos principalmente por la administración republicana de los Estados Unidos, potencia que había pasado al primer plano desde la primera guerra mundial, en que Europa fue arrasada y los republicanos que sucedieron al idealista presidente Wilson la libraron a su suerte.

En los años veinte del siglo pasado la afluencia de capital hacia Estados Unidos provocó también la de inmigrantes, seleccionados conforme a criterios racistas rechazados por el discurso académico de ese mismo tiempo, y la prohibición alcohólica originó fuertes organizaciones de criminalidad de mercado. La terrible crisis de 1929 dio lugar al New Deal (estado providente, Welfare State o populismo estadounidense) y los hechos posteriores acentuaron el poder de los Estados Unidos en el mundo, no exento de componente mítico. El abrupto final de la llamada guerra fría los dejó como potencia hegemónica indiscutida.

El sistema penal norteamericano fue interesante en cuanto a penas no privativas de la libertad, la odiosa presencia de la pena de muerte parecía llegar a su fin cuando en 1972 la Corte Suprema declaró su inconstitucionalidad, con el magnífico voto del juez decano que la fundaba en la selectividad; los índices de prisionización se mantenían estables desde el siglo XIX. Esta situación se modificó radicalmente desde fines de la década del setenta del siglo pasado, en que el índice de prisionización comenzó a subir en forma exponencial y el sistema penal se sobredimensionó, manteniendo prisionizados y controlados (en parole y en probation) a millones de personas y proporcionando empleo a más millones. En el marco de una economía de servicios, el sistema penal se convirtió en un factor de reducción del índice de desempleo o condición de plena ocupación.

La altísima selectividad del control represivo en los Estados Unidos es negada por los jueces. Se restableció la pena de muerte, relegitimada por los jueces republicanos incorporados a la Corte Suprema por los presidentes de ese partido, comenzando por los designados por el presidente Nixon -de triste memoria-, siendo el único país de América y Europa que la aplica profusamente, condenado por la OEA por ejecución de menores.

Además, ha cundido legislación penal que impone pena perpetua a quienes hayan cometido tres o más delitos (three strikes out), o sea, que restableció la relegación definitiva de los indeseables o enemigos, violatoria del principio de proporcionalidad.

En el plano procesal, el juicio se ha vuelto extraordinario, de modo que las garantías del jurado han sido suprimidas para las personas de escasos recursos. La bargaining o negociación es poco menos que una extorsión contra las minorías y todos los segmentos de bajos recursos. Por esta vía el proceso penal acusatorio devino en gran medida una ficción, pues la decisión queda en manos del propio acusador (el ministerio público).

A diferencia del capital productivo, el globalizado no es manejado por empresarios, sino por administradores de conglomerados, que son tecnócratas que deben obtener la mayor renta en el menor tiempo, para evitar que sus inversores busquen otro tecnócrata más eficaz a quien confiar sus recursos. Es así como estos operadores van venciendo escrúpulos, hasta que su actividad entra con frecuencia en una zona donde se torna confusa con la delincuencia económica y algunas veces caen víctimas de sus choques con otros competidores y provocan catástrofes financieras con sorprendentes desmoronamientos de imperios de cartulina.

Debido principalmente a este fenómeno se ha impulsado una legislación inquisitoria, con elementos provenientes de la edad media (espías, delatores, procedimientos secretos, posiciones de garante absurdas, etc.) aplicable a un nebuloso conjunto de infracciones designadas genéricamente como crimen organizado, que motivó un número increíble de instrumentos internacionales. Se trata de un pseudoconcepto inventado por el periodismo y los políticos de la primera mitad del siglo pasado, sobre el que nunca la criminología había logrado un acuerdo, pero que ahora ha sido adoptado legislativamente para abarcar hipótesis conflictivas heterogéneas que, como resulta obvio, no pueden neutralizarse con idénticas medidas, pues nadie puede sostener racionalmente que el secuestro extorsivo, el juego ilícito y el lavado de dinero puedan combatirse y prevenirse con iguales métodos.

En definitiva, la idea menos difusa de crimen organizado equivale a criminalidad de mercado, lo que basta para mostrar la enormidad del universo abarcado. La verificación de que la mayor parte de estas

actividades requieren el complemento de la corrupción pública, desató paralelas campañas de caza de brujas que, no por azar, nunca dan con los responsables del vaciamiento de países enteros, pero motivó una enorme burocracia nacional e internacional y llegó con su moralina al absurdo de pretender un impeachment contra un presidente de los Estados Unidos por un coito oral extramatrimonial consentido con persona adulta.

Tanto el crimen organizado como la corrupción son funcionales para habilitar poder punitivo y la intromisión del estado en cualquier actividad económica desagradable al equipo de turno o que sea útil para eliminar o difamar a competidores, sin los límites ni las garantías constitucionales para tales intervenciones. Además, la campaña contra la corrupción parece centrarse más en evitar mayores costos a los inversionistas extranjeros en países periféricos que en los principios éticos que se enuncian o en los daños estructurales que causan a las economías locales.

Los Estados Unidos no rinden cuentas ante tribunales internacionales, pues no ratificaron los tratados que puedan comprometerlos. El país del multilateralismo de Wilson, hoy es campeón del unilateralismo y su política aislacionista en materia de compromisos internacionales e intervencionista como policía planetaria es semejante a la de los totalitarismos que provocaron el colapso de la Liga de las Naciones en momentos previos a la segunda guerra mundial. En el sistema penal, el país que difundió las garantías procesales practica hoy el inquisitorio más descarnado.

Este contexto obedece a que el nuevo papel de potencia más poderosa del planeta requirió un reforzamiento de su verticalismo interno. El discurso penal republicano desde 1980 es simplista: los políticos prometen más penas para proveer más seguridad; se afirma que los delincuentes no merecen garantías; se alucina una guerra a la criminalidad que, por supuesto, también es sucia, porque los delincuentes no son caballeros; se afirma que los delincuentes violan derechos humanos; algunos gobernadores buscan su reelección rodeados de las fotografías de los ejecutados a quienes no les conmutaron la pena de muerte; un exitoso candidato a presidente cerró su campaña mostrando la placa de un policía muerto y prometiendo venganza; un alcalde invirtió grandes sumas en mejorar el servicio de seguridad, depuró buena parte de la corrupción policial y actuó en tiempo de



pleno empleo, pero pretende que su éxito estriba en la tolerancia cero y explica simplezas a ejecutivos latinoamericanos que le pagan cifras astronómicas por escuchar sus incoherencias publicitarias.

El 11 de septiembre de 2001, ese sistema penal encontró un enemigo de cierta entidad en el llamado terrorismo. Al mismo tiempo, tomó prestada la prevención del discurso penal legitimante y pretendió presentar como preventiva la guerra contra Irak. Como nunca antes, se descarna la identidad del poder bélico con el punitivo en una desesperada búsqueda del enemigo.

Este autoritarismo extraño a la tradición norteamericana señala un deterioro cultural en su sociedad y, en lo político, un peligroso abandono de los principios fundadores de la democracia. Se caracteriza por su desesperación para conseguir un enemigo que llene el vacío que dejó la implosión soviética. La multiplicidad de candidatos, la insuficiencia de la droga y la excesiva abstracción del crimen organizado, lo incapacitan para individualizar enemigos creíbles más allá del delincuente callejero.

La carencia de prejuicios previos sobre los que sea permitido fabricar un nuevo enemigo sólo puede ser compensada con un hecho aterrador y, a este efecto, fue funcional el atentado de septiembre de 2001 para individualizar a un enemigo creíble. A partir del hecho concreto y cierto de muerte masiva e indiscriminada, se construye la nebulosa idea de terrorismo, que no alcanza definición internacional y, por ende, abarca conductas de muy diferente gravedad, pero justifica medidas represivas que permiten retomar la vieja estructura inquisitorial y alimentarla con nuevos datos, correspondientes a la violencia criminal desatada a partir de la intervención en los países árabes. La nueva emergencia quiere justificar exigencias internacionales de adopción de legislación penal y procesal penal autoritaria en todos los países del mundo. La necesidad de defenderse, por cierto no ya de los actos concretos de homicidios masivos e indiscriminados, sino del nebuloso terrorismo, legitima no sólo las guerras preventivas de intervención unilateral, sino también legislaciones autoritarias con poderes excepcionales, que incluyen la privación de libertad indeterminada de personas que no se hallan en condición de prisioneros de guerra ni de reos procesados, sea con el pretexto de que no son ciudadanos de los Estados Unidos o de que no se hallan privados de libertad en su territorio. Estos últimos extremos son confrontados dentro de los

propios países centrales, incluso por los máximos tribunales que -por fortuna- aún conservan poder suficiente para señalarles su desvío de las tradiciones liberales y humanistas.

De cualquier manera, si bien este nuevo enemigo es peligroso, no legitima la represión sobre los disidentes internos ni sobre los molestos (pequeños delincuentes comunes), pero como pretende justificar un control mayor sobre toda la población para evitar la infiltración de terroristas, facilita y refuerza también el que se ejerce sobre éstos, especialmente sobre los extraños (extranjeros). Debe señalarse, asimismo, que como la identificación de un nuevo enemigo siempre refleja una lucha de poder entre agencias, la que resulta hegemónica termina imponiendo su propio discurso de emergencia y desplazando a los anteriores, en una pugna en que se juegan presupuestos siderales, pero, por efecto de la globalización, la decisión en esas luchas de agencias dentro de los Estados Unidos acaba teniendo consecuencias planetarias.

Fuera de América, Europa enfrenta una situación singular. Los países que durante la guerra fría formaban la Europa occidental, alcanzaron un alto nivel de vida y lograron una integración importante. La caída del muro provocó un cambio notable, pues dejó en libertad a una población muy grande en países notoriamente atrasados en su desarrollo y vecinos a los de alto nivel de vida.

Además, desde África -que se halla en situación desesperante- es bastante fácil pasar a Europa, con lo que se facilita la migración. La población tiene nuevos candidatos a enemigos, que son los inmigrantes que compiten por los mismos espacios de vivienda, de servicios sanitarios, de transporte, de asistencia social y educativos que usan las capas inferiores de la población establecida.

Además, la relativa estabilidad cultural y étnica europea la hace más sensible ante las diferencias de este orden, o sea, que es más sencillo señalar a los extraños, que se distinguen por su idioma, su indumentaria y su color de piel, todo lo cual tiene un inevitable reflejo político y legislativo. Cabe agregar que una buena parte son islámicos o al menos musulmanes, lo que permite fácilmente endilgarles el estereotipo del terrorista. Todo ello facilita el renacimiento y fortalecimiento de prejuicios y racismos. Se ha señalado el avance de leyes que permiten la expulsión como manifestación de derecho penal del enemigo en varios países europeos.

Los latinoamericanos no podemos extrañarnos de estos desarrollos europeos, teniendo en cuenta que todos los movimientos de derecha radical de nuestro continente pretendieron configurar una identidad nacional falsa apoyada en la imputación de todos los males a los inmigrantes considerados hostis alienígenas, que muchos de ellos asumieron los discursos de Barrés y Maurras, que se sancionaron leyes de expulsión de extranjeros sin intervención judicial hace un siglo y que para algunos entusiastas de la seguridad nacional de los años setenta el estigma se extendía a los hijos y nietos de inmigrantes, imputándoles que favorecían el terrorismo y votaban equivocadamente en razón de su escaso patriotismo.

En cualquier lugar y en todos los tiempos, desde Roma hasta la actualidad, el inmigrante es un buen candidato a enemigo, lo que es altamente riesgoso en una época de revolución comunicacional, que facilita y promueve los desplazamientos como nunca antes, en un planeta donde las expectativas de vida entre los países difieren en forma alarmante y la necesidad de sobrevivir deviene motor de las migraciones masivas, al tiempo que la globalización promovió la libre circulación de capitales y mercaderías, pero no la de humanos. De este modo, los capitales pueden producir donde los costos salariales sean menores, y los trabajadores quedan presos en los territorios de sus países, sin posibilidad alguna de ofrecer su trabajo donde haya demanda y los salarios sean más altos. Lo cierto es que –planetariamente- la rápida sucesión de enemigos aumenta la angustia y reclama nuevos enemigos para calmarla, pues al no conseguir un chivo expiatorio adecuado ni poder reducir la anomia producida por la globalización, que cambia todos los significados y las reglas del juego, la angustia se potencia en forma circular. La vorágine de enemigos no da tiempo para la construcción de una identidad perversa como frente contra un enemigo.

Este nuevo autoritarismo, que nada tiene que ver con el viejo o de entreguerras, se propaga desde un aparato publicitario que se mueve sólo, que ha cobrado autonomía y se ha vuelto autista, que impone una propaganda puramente emocional que prohíbe denunciar, y que, además –y fundamentalmente- sólo cabe caracterizarlo con la expresión que los mismos medios difunden y que señala entre los más jóvenes lo superficial, lo que está de moda y se usa distraídamente: es cool. Lo es porque no se lo asume como una convicción profunda, sino como una moda, a la que es necesario plegarse, sólo para no ser

considerado o estigmatizado como anticuado o desubicado y para no perder espacio publicitario.

## **7. El autoritarismo cool en América Latina**

La característica más saliente del poder punitivo latinoamericano actual en su aspecto prisionizante, es que la gran mayoría - aproximadamente tres cuartas partes- de los presos se hallan sometidos a medidas de contención, porque son procesados no condenados. Desde el punto de vista formal esto constituye una inversión del sistema penal, pero desde la realidad percibida y descrita por la criminología, se trata de un poder punitivo que desde hace muchas décadas ha preferido operar mediante la prisión preventiva o medida de contención provisoria convertida en definitiva con la práctica. Dicho más claramente: casi todo el poder punitivo latinoamericano se ejerce en forma de medidas o sea, que todo se ha convertido en privación de libertad sin sentencia firme y por presunción de peligrosidad.

La medida cautelar es pena cautelar, o sea que, por precaución, el poder punitivo se ejerce condenando materialmente a todos los sindicados a una medida y revisando con gran parsimonia esas condenaciones, tomándose años para ello, a efectos de verificar si corresponde una pena formal. La excarcelación o cese de la prisión preventiva o provisional importa una absolución, pues surte casi todos sus efectos.

En los casos de delitos graves, a la prisión preventiva siguen reclusiones perpetuas o penas absurdamente prolongadas, que en muchos casos superan la posibilidad de vida de las personas; los molestos siguen siendo eliminados con medidas administrativas, penas desproporcionadas (para reincidentes) e internación en cárceles donde se reconocen altísimos índices de violencia y mortalidad hétero y autoagresiva y morbilidad, o sea, con alta probabilidad de eliminación física, sin que hayan desaparecido las ejecuciones policiales y parapoliciales sin proceso, aunque por lo general no configuran un sistema penal subterráneo, debido a que no son sistemáticas, pese a que en ocasiones su frecuencia hace sospechar la peligrosa reaparición del desdoblamiento de seguridad nacional de los años setenta del siglo pasado.

De cualquier forma, cabe observar que los molestos no sufren pena formal, pues por lo general agotan ésta en la prisión cautelar.

Los disidentes son tolerados en mayor medida, aunque aumenta la represión a la protesta social de los excluidos del sistema productivo, mediante la aplicación extensiva de tipos penales y la interpretación restringida de causas de justificación o de exculpación. Los iguales, por último, cada vez más reducidos en función de la polarización de riqueza y hundimiento de las viejas capas medias, en los pocos casos en que son criminalizados suelen gozar de los beneficios y garantías de los manuales.

En síntesis, puede afirmarse que el poder punitivo en América Latina se ejerce mediante medidas de contención para sospechosos peligrosos, o sea, que se trata en la práctica de un derecho penal de peligrosidad presunta que en base a ella impone penas sin sentencia condenatoria formal a la mayor parte de la población prisionizada.

Dicho en términos más claros: aproximadamente tres cuartas partes de los presos latinoamericanos están sometidos a medidas de contención por sospechosos (prisión o detención preventiva). De ellos casi un tercio serán absueltos. Esto significa que en una cuarta parte de los casos, los infractores son condenados formalmente y se les hace cumplir sólo un resto de pena; en la mitad del total de casos, se verifica que el sujeto es infractor pero se considera que tiene cumplida la pena que se ha ejecutado con el tiempo de la prisión preventiva o medida de mera contención; en la cuarta parte restante de casos, no se puede verificar la infracción y, por ende, al sujeto se le libera sin imponerle ninguna pena formal. Cabe precisar que existe una notoria resistencia de los tribunales a absolver a personas que han permanecido en prisión preventiva, de modo que en la cuarta parte de los casos en que esto sucede, es palmaria e incontrastable la arbitrariedad, pues se decide la absolución apenas cuando no existió para el tribunal posibilidad alguna de condena.

Como la comunicación masiva es lo que mayor grado de globalización ha alcanzado, el discurso del actual autoritarismo norteamericano es el más difundido del mundo. Su simplismo populachero (*völkisch*) se imita en todo el planeta por comunicadores ávidos de rating, aunque en América Latina tiene mayor éxito, dada su precariedad institucional. Favorecen su difusión mundial la brevedad y el impacto emocional del discurso vindicativo, que

resultan a la medida de la televisión, dado su alto costo y la escasa disposición a todo esfuerzo pensante por parte de los usuarios. En las sociedades más desfavorecidas por la globalización, como las latinoamericanas, el principal problema lo constituye la exclusión social, que no suele ser controlada por represión directa, sino que se la neutraliza profundizando las contradicciones internas. El mensaje vindicativo es funcional para reproducir conflictos entre excluidos, pues los criminalizados, los victimizados y los policizados se reclutan de ese segmento, habiendo una relación inversa entre la violencia de los conflictos entre ellos y su capacidad de coalición y protagonismo.

En estas mismas sociedades, la polarización de riqueza que provocó la economía globalizada deterioró gravemente a las clases medias, volviéndolas anómicas. Por eso reclaman normas, pero no saben qué normas. Son anómicos patéticos, que claman por normas y en su desconcierto acaban encolumnándose detrás del discurso autoritario simplista y populachero del modelo norteamericano, que viene con el prestigio de una sociedad que envidian y admiran, y que será el que permitirá un mayor control sobre estas mismas clases medias, especialmente porque son las naturales proveedoras de futuros disidentes.

En general, aunque se trata de una hipótesis que sería menester investigar, pareciera que a medida que la riqueza se polariza, avanza la anomia en el sentido originario de Durkheim y el discurso populachero grosero y primitivo tiene mayor aceptación porque parece compensar la seguridad perdida a causa de la globalización: la sociedad pierde cohesión y está ávida de un discurso que se la devuelva, por primitivo, vindicativo y *völkisch* o populachero que sea; se cohesiona detrás de un discurso simplista que clama por la venganza lisa y llana.

Dado que el mensaje es fácilmente propagado, que se facilita desde el exterior, que es rentable para los empresarios de la comunicación social, que es funcional para el control de los excluidos, que tiene éxito entre ellos mismos y que satisface a las clases medias en decadencia, no es raro que los políticos se apoderen de él y hasta se lo disputen. Como el político que pretenda confrontar con este discurso será descalificado y marginado de su propio partido, si no lo asume por cálculo electoralista lo hará por temor y, de este modo, por oportunismo o por miedo, se impone el discurso único del nuevo autoritarismo.

La pobreza de medios para la instrucción de los procesos, lleva a que las policías dependientes del poder ejecutivo sean las verdaderas autoridades de instrucción o sumario. El deterioro policial y la corrupción fomentada por los políticos que habilitan crecientes espacios de recaudación ilícita degradan la eficacia del servicio de seguridad, lo cual, en un marco social en que el desempleo y la anomia que genera la exclusión aumentan la frecuencia de los errores de conducta violentos, resulta una verdadera combinación letal: se degradan la prevención primaria y también la secundaria.

El discurso del autoritarismo norteamericano es común con el que se instala en el resto de América, pero su funcionalidad es tan diferente como la realidad del poder represivo. En tanto que los Estados Unidos hacen de éste una empresa que ocupa a millones de personas, o sea que desplazan recursos de la asistencia social al sistema penal y contribuyen a resolver un problema de desempleo, en América Latina el sistema penal, lejos de proporcionar empleos, sirve para controlar a los excluidos del empleo, se vuelve brutalmente violento y las policías autonomizadas y en disolución ponen sitio a los poderes políticos.

El discurso cool se inserta en esta región en sistemas penales invertidos, con cárceles superpobladas de presos sin condena, donde el aumento de escalas penales no importa mayores penas sino más prisioneros preventivos (porque impide la excarcelación) y el derecho de ejecución penal es en gran medida una utopía, incluso formalmente aplicable a una minoría casi insignificante de presos. Además, América Latina se está quedando sin policías, con lo que se destruye un elemental soporte estatal de la sociedad civil. La autonomización, la prohibición de sindicalización, la militarización y los mayores ámbitos de arbitrariedad, no hacen más que destruir las instituciones policiales por vía de la corrupción y la anomia de sus integrantes.

Se forman cajas de recaudación ilícita que se pierden en las cúpulas de estructuras verticalizadas y cuya eficacia preventiva opera en relación inversa a su inescrupulosidad. Los peores costos los pagan con su integridad física los estamentos inferiores, con salarios degradados, autoritarismo interno, riesgos altísimos, anomia profesional, carencia de información, desprestigio público, aislamiento social y sin espacio para debatir horizontalmente sus condiciones laborales.

En este contexto, el discurso autoritario cool latinoamericano participa del simplismo del norteamericano y, al igual que aquél,

carece de todo respaldo académico y se enorgullece de ello, pues esta publicidad populachera denigra constantemente la opinión técnica jurídica y criminológica, obligando a los operadores políticos a asumir idéntico desprecio.

Tampoco es posible dotarla de cualquier discurso coherente, pues sólo se compone de slogans o propaganda. La irracionalidad es de tal magnitud que su legitimación no puede provenir ni siquiera de groserías míticas –como Rosenberg en el nazismo–, sino que se reduce a puro mensaje publicitario con predominio de imágenes. Su técnica responde a una investigación de mercado, que vende el poder punitivo como una mercancía. En la medida en que se verifica que la promoción emocional de impulsos vindicativos tiene éxito comercial, se la perfecciona. Los servicios de noticias y los formadores de opinión son los encargados de su difusión. Los especialistas que se muestran no disponen de datos empíricos serios, son opinadores libres que reiteran el discurso único.

Con frecuencia se instrumentan víctimas o deudos, aprovechando por lo general la necesidad de desplazar culpas y elaborar el duelo, para que encabecen campañas de ley y orden, en las que la venganza es el principal objetivo. Las víctimas así manipuladas pasan a opinar como técnicos y como legisladores y convocan a su alrededor a los personajes más siniestros y oscuros del autoritarismo penal *völkisch*, ante los que se rinden los políticos amedrentados, brindando un espectáculo bochornoso para la democracia y la dignidad de la representación popular. Las cúpulas policiales deterioradas, por su parte, en ocasiones manipulan los delitos, permitiendo o facilitando su comisión para generar la reacción de los medios masivos y protestas públicas contra las autoridades políticas, desprestigiar cualquier medida que restablezca garantías para la población o promover mayor represivización y obtener mayores ámbitos de arbitrariedad. En otras oportunidades inventan delitos inexistentes para mostrar eficacia o lograr mejores estadísticas, imputando a personas inocentes.

Por todos estos medios poco éticos o directamente criminales, se vende la ilusión de que se obtendrá mayor seguridad urbana contra el delito común sancionando leyes que repriman fuera de cualquier medida a los pocos vulnerables y marginados que se individualizan (a menudo son débiles mentales) y aumentando la arbitrariedad policial,



legitimando directa o indirectamente todo género de violencias incluso contra quienes objetan el discurso publicitario.

Con ello no sólo se magnifica la inseguridad sino que, al proclamar la existencia de una pretendida impunidad o lenidad generalizada, se lanza un metamensaje que incita públicamente a los excluidos al delito (delincan que no pasa nada), asumiendo el efecto de una profecía autorrealizada; el mensaje, lejos de ser indiferente a la criminalidad común, en tiempos de desempleo, exclusión social y carencia de proyectos existenciales, pasa a tener claros efectos reproductores. En último análisis, se trata del envío de mensajes que se toman como verdaderos sólo porque tienen éxito publicitario. Se refuerza como prejuicio la convicción de que un mundo que se desordena se puede ordenar con disciplina impuesta con represión indiscriminada y, al mismo tiempo, la idea de que el delito es empresa fácil e impune.

Lo cierto es que en este autoritarismo cool no se sabe quién es el enemigo, pues éstos se suceden sin sumarse; en lugar de definirlos fotográficamente se proyectan cinematográficamente, como constructos en serie de los medios de comunicación, en especial de la televisión. El estado no los define, sino que sus autoridades se hallan sitiadas por las sucesivas imposiciones de los medios, cuya velocidad reproductiva es tan vertiginosa que impide los baches que dieron espacio a los discursos críticos. No siempre hay otra corporación que pretenda construir enemigos diferentes y que para ello deba desarmar los mitos anteriores, sino que suele ser la misma corporación productora de enemigos la que los descarta y los reemplaza. Los anteriores ciclos se precipitan, pasando de corriente alterna a corriente continua.

Como el estado desapoderado de los países que llevan la peor parte en la globalización no puede resolver los problemas sociales serios, sus políticos optan por simular que los resuelven o que saben cómo hacerlo, se vuelven manieristas, afectados, la política pasa a ser un espectáculo y el estado mismo se convierte en un espectáculo. Los políticos -presos en la esencia competitiva de su actividad- dejan de buscar lo mejor para preocuparse sólo por lo que pueda transmitirse mejor y aumentar su clientela electoral.

Este autoritarismo publicitario cool presenta una frontalidad grosera, pero como carece de enemigo fijo y también de mito, es desteñido, no tiene el colorido de entreguerras ni la inventiva del biologismo racista, su histrionismo es más bien patético, su pobreza

creativa es formidable, es huérfano de toda brillantez perversa, más bien tiene una horrible y deprimente opacidad perversa. No hay monumentos neoclásicos, científicos racionalizando, paradas ostentosas, sino que es pobre, funciona porque es poco inteligente, es elemental, no piensa y promociona una huelga del pensamiento o un pensamiento nulo, porque al menor soplo de pensamiento se implosionaría. El ejercicio del poder punitivo se ha vuelto tan irracional que no tolera siquiera un discurso académico rastrero, o sea, que no tiene discurso, pues se reduce a mera publicidad.

En su conjunto, este discurso autoritario cool de la comunicación publicitaria vindicativa, altamente populachero o *völkisch* -que opera con total autonomía de la realidad y de su conflictividad más seria, que se ocupa de algunas venganzas y deja de lado la prevención y otros ilícitos masivos, que ignora a las víctimas reales, que manipula y dramatiza sólo con las víctimas que le proporcionan rating-, como no tiene mito tampoco tiene dirección fija. Es una guerra sin enemigo fijo; el único enemigo que invariablemente reconoce es el que no puede dejar de tener ningún autoritarismo: quien confronta su discurso. De allí su permanente desprecio por la opinión técnica, respecto de la cual corren con la ventaja de que siempre ha sido dirigida a un círculo limitado y no ha aprendido la técnica de la comunicación masiva. Por lo general, cuando un técnico responsable trata de comunicarse por los medios masivos, suele hacerlo en forma muy poco clara para audiencias amplias.

Por todo ello, pocos se animan a contradecir la publicidad cool del discurso único y, por ende, su autoritarismo es de enorme magnitud. No se trata del estado autoritario que controla y censura los medios de comunicación, sino que la comunicación, convertida en publicidad en procura de rating, se ha vuelto autista e impone un discurso que está prohibido contradecir, incluso al propio estado, porque el único enemigo fijo que tiene es quien desprestigia la represión, que es su producto. Como toda publicidad, no reconoce otro enemigo que quien niega las bondades del producto que promociona.

Se le impone a los estados porque exige la alineación de los políticos que deben optar entre sumarse a la publicidad de la represión y estar a la moda (volverse cool) o ser desplazados por los competidores internos de sus propios partidos, que aprovecharían el flanco débil si se mostrasen anticuados e impopulares, o sea, no cool.

En esta coyuntura los políticos optan por montarse sobre el aparato autista y sancionar leyes penales y procesales autoritarias y violatorias de principios y garantías constitucionales, prever penas desproporcionadas o que no pueden cumplirse porque exceden la vida humana, reiterar tipificaciones y agravantes en marañas antojadizas, sancionar actos preparatorios, desarticular los códigos penales, sancionar leyes penales inexplicables por presiones extranjeras, ceder a las burocracias internacionales que buscan mostrar eficacia, introducir instituciones inquisitorias, regular la prisión preventiva como pena y, en definitiva, desconcertar a los tribunales mediante la moderna legislación penal cool, sin contar con otros muchos folklorismos penales, como pretender penar por encubrimiento a los familiares de víctimas de secuestro que no denuncien o que paguen el rescate exigido.

Esta legislación constituye el capítulo más triste de la actualidad latinoamericana y el más deplorable de toda la historia de la legislación penal en la región, en que políticos intimidados por la amenaza de una publicidad negativa provocan el mayor caos legal autoritario -incomprensible e irracional- que haya tenido lugar en la historia de nuestras legislaciones penales desde la independencia.

Este período será señalado como el más degradado de la historia penal; su decadencia ni siquiera puede compararse con las legislaciones autoritarias de entreguerras, que sancionaban leyes frontalistas para propaganda y complacencia de sus autócratas y, ni siquiera, con los momentos de legislación represiva de las frecuentes dictaduras de nuestro pasado, porque los legisladores actuales lo hacen sólo por temor a la publicidad contraria o por oportunismo, o sea, que su conducta no está orientada por un autoritarismo ideológico como el fascista, el nazista o el stalinista, ni tampoco por el autoritarismo coyuntural de las dictaduras militares, sino que es simplemente cool, lo cual resulta más decadente desde la perspectiva institucional. El presente desastre autoritario no responde a ninguna ideología, porque no lo rige ninguna idea, sino que es justamente todo lo contrario: es el vacío del pensamiento.

Cuando los legisladores latinoamericanos establecen penas de sesenta o más años en sus leyes, son más patéticos que los socialdemócratas de Weimar que borraban a los candidatos judíos de

sus listas por temor a perder votos, de lo que, como es natural, luego se arrepintieron los sobrevivientes que lograron alcanzar el exilio.

El signo de la legislación autoritaria cool de nuestros días es la opacidad, la tristeza, la depresión, la mediocridad, la falta de creatividad, la superficialidad, la irrespetuosidad al ciudadano: es simplemente la decadencia. No existe en ella la frontalidad de la perversión brillante del autoritarismo ideológico, sino la opacidad frontal de la ausencia de ideas; es absolutamente cool.

Los jueces, por su parte, también se hallan sometidos a la presión del discurso único publicitario de los medios masivos. Toda sentencia que confronte con el discurso único corre el riesgo de ser estigmatizada y el magistrado, según las circunstancias, puede hallarse en serias dificultades e incluso resultar destituido, procesado o condenado, como ha sucedido en varios países de la región. Poco importa lo que dispongan las constituciones y el derecho internacional de los derechos humanos, si los jueces no pueden aplicar sus disposiciones, so pena de ser denunciados y perseguidos por la presión de los medios de comunicación, por los cuerpos colegiados de las propias estructuras judiciales, por los políticos que aprovechan para eliminar a los magistrados molestos, para hacer publicidad o, simplemente, por sus propios colegas para desprestigiar a un posible competidor en un ascenso o en rencillas palaciegas.

La vulnerabilidad de los jueces ante el discurso cool es muy considerable y, no obstante algunas desviaciones y excesos lamentables, los jueces constituyen el principal frente de resistencia ante el avance del autoritarismo cool, no sólo en América Latina, como lo muestran las citadas sentencias de la Corte Suprema estadounidense y de la Cámara de los Lores británica.

## **8. Balance del ejercicio real del poder punitivo en la historia y en el presente**

Con lo que acabamos de reseñar es posible verificar que siempre se reprimió y controló de modo diferente a los iguales y a los extraños, a los amigos y a los enemigos. La discriminación en el ejercicio del poder punitivo es una constante derivada de su selectividad estructural.

De cualquier manera, el vuelo sobre la historia del ejercicio real de este poder verticalizador permite comprobar que ha habido y hay

grados de selectividad punitiva y que todo parece indicar que cuanto más abierta, igualitaria y tolerante es una sociedad, las diferencias de trato represivo entre iguales y extraños o enemigos se atenúan, como sucede en los países de la Unión Europea, por efecto de la extensión del ámbito de los iguales, aunque con graves riesgos de reinstalación, debido a las migraciones de Europa del este y de África y, en menor medida, de América.

Además, la historia demuestra que los marbetes han recaído sobre estereotipos muy diferentes, algunos inimaginables hoy, según la emergencia invocada, los prejuicios explotados por el discurso *völkisch* de cada momento, las corporaciones que asumieron la hegemonía discursiva y muchos imponderables, dando lugar a una desconcertante heterogeneidad que es prueba de que la calidad de extraño o enemigo se repartió con notoria arbitrariedad a lo largo de los siglos que lleva el poder punitivo desde su reaparición europea y planetaria, o sea, al antojo de los que detentaron el poder.

En América Latina se opera con una generalizada medida de seguridad por peligrosidad presunta (bajo la forma de prisión preventiva perversa) y sólo excepcionalmente con penas, con lo cual toda propuesta de destinar penas o medidas de mera contención para los enemigos pierde bastante de su sentido, dado que éstas se emplean desde el comienzo mismo del proceso de criminalización secundaria e indiscriminadamente. Cabe entender que en América Latina casi todos los prisionados son tratados como enemigos en el ejercicio real del poder punitivo. Como resultado del autoritarismo cool contemporáneo, producto de la difusión mediática del sistema penal de los Estados Unidos, América Latina impone un trato penal diferenciado a sus clases subalternas, de las que extrae a los criminalizados, a los policizados y a los victimizados, que se neutralizan políticamente en sus contradicciones internas exacerbadas por el discurso vindicativo de los medios masivos de comunicación social.

Dicho en otros términos: la historia del ejercicio real del poder punitivo demuestra que quienes ejercieron el poder fueron los que siempre individualizaron al enemigo, haciéndolo como mejor convino o fue funcional –o creyeron que lo era– a sus intereses en cada caso, y aplicaron esa etiqueta a quienes lo enfrentaban o molestaban, real, imaginaria o potencialmente. El uso que han hecho de este tratamiento diferenciado dependió siempre de las circunstancias políticas y

económicas concretas, siendo algunas veces moderado y otras absolutamente brutal, pero los ejes troncales que se desprenden de la primitiva concepción romana del hostis son perfectamente reconocibles a lo largo de toda la historia real del ejercicio del poder punitivo en el mundo. Hasta hoy subsisten las versiones del hostis alienígena y del hostis judicatus.

(\*) Departamento de Derecho Penal y Criminología, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Abril de 2006.

# EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

**Gonzalo Aguilar Cavallo<sup>1</sup>**

Profesor de Derecho Internacional Público y Derechos Humanos de la  
Universidad de Talca; Doctor en Derecho; MA en Relaciones Internacionales;  
LLM en Derechos Humanos y Derecho Humanitario.

*"Todas las personas mayores fueron niños alguna vez, pero pocas lo recuerdan"*

*El Principito, Antoine de Saint-Exupéry*

## 1. INTRODUCCIÓN

Una de las primeras cosas que podemos hacer es preguntarnos ¿por qué escribir sobre este tema? Parafraseando a Saint-Exupéry, una de las respuestas que se nos ocurre es que las personas mayores siempre necesitan explicaciones y justamente por esas explicaciones acerca de los derechos de los niños, es que se entiende este trabajo.

El mundo contemporáneo se encuentra atravesando un período de gran incertidumbre, ahogado por las visiones individualistas y mezquinas que pretenden obtener resultados a corto plazo, sin pensar en las generaciones futuras, en el mundo que les heredaremos. Estas divisiones y fraccionamientos han puesto en peligro los progresos alcanzados tras años de esfuerzo, particularmente, en el orden de los derechos humanos. Estos riesgos crecientes e inminentes afectan, como es regular, a aquellos grupos más vulnerables de nuestras sociedades, entre los cuales se cuentan los pobres, los ancianos, los indígenas, los niños, etc.

---

1 El autor quiere agradecer a la valiosa cooperación y el soporte de Rébecca Steward en la elaboración de este artículo. Con todo, cualquier error u omisión son exclusivamente del autor.

En este último caso, hay cifras y datos que son reveladores del drama que los acecha y que implica, desde la perspectiva de los derechos humanos, una afirmación aún más intensa de la vigencia y justiciabilidad de los derechos humanos de los niños, y desde la perspectiva de los defensores de los derechos humanos, un esfuerzo redoblado por difundir, proteger y empujar el cumplimiento efectivo de las obligaciones que en materia de derechos de los niños y niñas, los Estados han contraído tanto a nivel nacional como internacional. En este sentido cabe recordar la tajante afirmación y compromiso asumido por los Estados en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, en torno al principio “de “los niños ante todo” y, a este respecto, subrayaron (sic) la importancia de que se intensificaran (sic) los esfuerzos nacionales e internacionales, especialmente los del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, con objeto de promover el respeto del derecho del niño a la supervivencia, la protección, el desarrollo y la participación”.<sup>2</sup>

En efecto, de acuerdo a la Organización Mundial de la Salud, para el año 2002, alrededor de 53 mil niños y niñas murieron en todo el mundo como consecuencia de homicidios. Además, entre el 80 y el 98% de los niños y niñas del mundo sufren castigos corporales muy graves aplicados con utensilios. Según la Organización Internacional del Trabajo, en el año 2004, 218 millones de niños trabajaban y 126 millones realizaban trabajos peligrosos. De acuerdo con el informe elaborado por Paulo Sérgio Pinheiro en 2006, cada año entre 133 y 275 millones de niñas y niños en todo el mundo son testigos de violencia doméstica con sus serias consecuencias y 8 millones de niños, a nivel mundial, viven en centros de acogida.<sup>3</sup> En cierta medida estas cifras demuestran el mundo eufemístico e hipócrita en el que vivimos, ya que todas estas graves vulneraciones a los derechos humanos de los niños y niñas, consagrados en los estándares internacionales de derechos humanos, ocurren, a pesar de que la casi totalidad de la comunidad

---

2 Vid. Declaración y el Programa de Acción de Viena aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, doc. A/CONF.157/23 12 de julio de 1993, par. 45.

3 PINHEIRO, Paulo Sérgio, *Informe del Experto independiente para el estudio de la violencia contra los niños de las Naciones Unidas*, de fecha 29 de agosto de 2006, doc. A/61/299, pars. 47 y 55.



internacional, esto es, 193 Estados, han ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño.<sup>4</sup>

Junto con esta constatación dramática respecto de los derechos humanos de los niños y niñas, los mayores progresos se evidencian en el plano legislativo nacional, lo que revela una aceptación cuando menos discursiva de los niños y niñas como sujetos de derechos, pero continúan observándose serias limitaciones en la efectiva protección de los derechos de los niños y niñas. Una de las fortalezas experimentadas en el terreno de los derechos de los niños y niñas ha sido la creciente y progresiva afirmación de estos derechos por parte de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, en particular, por el sistema interamericano. No es nuestro objetivo en el presente trabajo investigar acerca de los principios que rigen los derechos humanos, sin embargo, debemos aclarar que nuestro punto de partida es la perspectiva del principio de conectividad y coherencia entre los sistemas jurídicos, el interno y el internacional, sobre todo, en materia de derechos humanos. Además, consideraremos también como un elemento clave el principio del intérprete supremo, que considera, en el ámbito regional, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte I.D.H.) como el intérprete último, definitivo y de autoridad en el área de los derechos humanos.<sup>5</sup>

Este trabajo pretende analizar brevemente los avances y enseñanzas de la Corte I. D.H. en el campo de los derechos de los niños y niñas, especialmente, a la luz del principio del interés superior del niño. Para estos efectos, este artículo se divide en una primera parte, donde se examina la relevancia del interés superior del niño, y en una segunda parte, donde se abordan los pronunciamientos más relevantes que en torno a este principio ha hecho la Corte I.D.H.

---

4 *Ibíd.*, par. 83.

5 “Esta Corte ha dicho que “al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31)”. CORTE I.D.H., Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C N° 63, par. 192, p. 49.

## 2. LA RELEVANCIA DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

En nuestra opinión, se trata de uno de los principios cardinales en materia de derechos del niño, niña y adolescente, entendiendo desde este momento que, de acuerdo a como lo establecen los estándares internacionales, en particular el artículo 1° de la Convención sobre Derechos del Niño<sup>6</sup> (en adelante la CDN), niño es todo ser humano menor de dieciocho años de edad.<sup>7</sup> Evidentemente, se pueden apreciar ciertas diferencias entre una persona de 5 años y una persona de 14 ó 15 años, tal como lo hace Saramago en su autobiografía de la infancia,<sup>8</sup> razón por la cual, en la terminología moderna se habla de niño y adolescente, como dos situaciones jurídicas que, a partir de un lenguaje común, deberían recibir un tratamiento diferenciado.<sup>9</sup> Con todo, en ambos casos, uno de los principios rectores en materia de derechos del niño -niños y adolescentes- es el principio del interés superior del niño. Este principio goza de reconocimiento internacional universal y ha adquirido el carácter de norma de Derecho Internacional general. En los distintos ordenamientos recibe similares denominaciones, así en el mundo anglosajón, recibe el nombre de “best interests of the child” o “the welfare of the child”, en el mundo hispano se habla del principio del “interés superior del niño” y en el modelo Francés se refiere a “l’intérêt supérieur de l’enfant”. Sin embargo, en todos los ordenamientos jurídicos, este principio forma parte integrante del sistema jurídico de protección de los derechos del niño, pudiendo ser considerado, además, por esa razón, como un “principio general de derecho”, de aquéllos a los que se refiere el artículo 38 letra c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

El principio del interés superior del niño tiene un reconocimiento convencional en el artículo 3.1. de la CDN, el cual reza como sigue:

---

6 Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de la ONU en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49. Chile ratificó la CDN con fecha 13 de agosto de 1990.

7 Artículo 1°: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad” de la CDN.

8 SARAMAGO, José (2007), *Las pequeñas memorias*, Buenos Aires, Alfaguara, p. 20

9 CORTE I.D.H., Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, par. 42, p. 57.

“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. En este contexto, Zermatten señala que los derechos del niño han conducido al niño a una nueva posición consistente en “existir como grupo social claramente delimitado entre la edad de 0 y 18 años, aun cuando esta parte de la vida sea dividida en pequeña infancia, infancia, adolescencia y juventud”.<sup>10</sup>

## **2.1. El Derecho Internacional y el principio del interés superior del niño**

En el contexto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la primera declaración que consagró los derechos de los niños fue la Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los niños que fue aprobada por la Sociedad de Naciones el 26 de diciembre de 1924. Posteriormente, el 10 de diciembre de 1948 la Asamblea General (en adelante la AG) de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante la ONU) aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos que implícitamente incluía los derechos del niño. Más adelante, en 1959, ante la necesidad de una más directa protección de los derechos de los niños en el mundo, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, aprobó la Declaración de los Derechos del Niño.<sup>11</sup> Sin embargo, dada la necesidad de contar con un instrumento normativo internacional, coercitivo y vinculante para los Estados partes y ya no tan sólo con una Declaración, nace la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de la ONU en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, cuya entrada en vigor se produjo tan sólo 9 meses después a su adopción, el 2 de septiembre de 1990. La CDN es el tratado internacional que presenta la mayor cantidad de ratificaciones en el mundo, ya que todos los Estados, excluyendo a

---

<sup>10</sup> ZERMATTEN, Jean (2003), “El interés Superior del Niño. Del Análisis literal al Alcance Filosófico”, *Informe de Trabajo*, 3-2003, pp. 1-30, especialmente, p. 16. [http://www.childsrighst.org/html/documents/wr/2003-3\\_es.pdf](http://www.childsrighst.org/html/documents/wr/2003-3_es.pdf) [visitado el 20 de octubre].

<sup>11</sup> Declaración de los Derechos del Niño, Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959.

Estados Unidos y Somalia, la han ratificado, lo que demuestra el grado ampliamente generalizado de reconocimiento y aceptación uniforme de la fuerza obligatoria de las normas sobre derechos humanos de los niños contenidos en dicha Convención.<sup>12</sup> Esto último, perfectamente podría constituir un claro indicador del carácter consuetudinario de las normas sobre derechos de los niños contenidos en la CDN.<sup>13</sup>

En efecto, este hecho no hace más que confirmar la característica de derecho consuetudinario de sus normas. Una de las mejores maneras de explicar el hecho de que casi todos los países del mundo han ratificado la CDN es debido a que aun antes de la fecha de adopción de dicha Convención, la comunidad internacional –individuos, grupos y pueblos– reconocían sus principios y normas fundamentales.

En este contexto, evidentemente, debemos reconocer la existencia del principio del interés superior del niño no sólo a partir de la vigencia de la CDN, sino con anterioridad, lo cual justifica su carácter de norma consuetudinaria, puesto que es connatural a la esencia de la naturaleza humana.<sup>14</sup>

La CDN establece diversas normas de resguardo de los derechos humanos del niño. Así, por ejemplo, *inter alia*, en el artículo 3 inciso 1° se establece el principio del interés superior del niño, en el artículo 5, el llamado principio de la autonomía progresiva del niño, en el artículo 12, el derecho de participación de los niños, en el artículo 14 de la CDN, el derecho a la libertad de conciencia, de pensamiento y de religión, en el artículo 17 se consagra el derecho de acceso a la información, mientras que en el artículo 24 se establece el derecho a la salud de los niños y en el artículo 28 el derecho a la educación.

---

12 La Convención sobre los Derechos del Niño ha sido ratificada por 193 Estados Partes. Actualmente, la Organización de Naciones Unidas está compuesta por 192 Estados miembros; Cfr. CORTE I.D.H., Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C N° 110, par. 167, p. 62.

13 El punto principal que ha impedido la ratificación por estos países, es el hecho de que la Convención prohíbe expresamente la aplicación de la pena de muerte en los niños. Nuestro país, Chile ha ratificado la Convención con fecha 13 de agosto de 1990.

14 BAEZA CONCHA, Gloria (2001), "El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28, núm. 2, p. 359.

## 2.2. Contexto actual del principio del interés superior del niño

El sujeto de la Convención sobre los Derechos del Niño es precisamente el niño. El objeto de la Convención es reforzar la protección de los niños como plenos sujetos de derechos humanos, ya que ellos tienen todos los derechos propios de todos los seres humanos y, además, son beneficiarios de cierta protección especial en su calidad de grupo más vulnerable. De este modo, como se señaló precedentemente, el artículo 1º de la CDN establece que “se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

El principio de interés superior del niño como idea rectora en el área de los derechos del niño es una idea antigua en el orden internacional. La Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, confirmó de manera clara este principio, vinculándolo además al de la prohibición de la discriminación, al señalar que “[l]a no discriminación y el interés superior del niño deben ser consideraciones primordiales en todas las actividades que conciernan a la infancia, teniendo debidamente en cuenta la opinión de los propios interesados”.<sup>15</sup> Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño, como instrumento internacional de carácter vinculante, establece un antes y un después en la protección de los derechos de los niños y en su definitivo establecimiento como sujetos plenos de derechos. Efectivamente, con la Convención, cambia la protección jurídica del grupo etáreo formado por niños, niñas y adolescentes. Justamente, en este sentido se pronuncia Larumbe cuando señala que “[c]on este instrumento internacional se supera la Doctrina de la Situación Irregular –al menos formalmente– para dar lugar a la Doctrina de la Protección Integral, que conceptualiza al niño, niña y adolescente como sujeto portador de derechos sin distinción de ningún tipo: “todos los derechos para todos los niños”.<sup>16</sup>

---

15 Vid. Declaración y el Programa de Acción de Viena aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, doc. A/CONF.157/23 12 de julio de 1993, par. 21.

16 LARUMBE CANALEJO, Silvia (2002), “Educación en y para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes en riesgo”, en *Revista IIDH*, núm. 36, julio-diciembre, p. 252.

El artículo 3 inciso 1° de la Convención sobre los derechos del niño consagra el principio del interés superior del niño.<sup>17</sup> El problema es esclarecer lo que debemos entender por interés superior del niño dado que la misma Convención no lo señala. La CDN sí hace referencia al principio en 8 ocasiones, esto es, en el artículo 3 mencionado, en el artículo 9.1, en el artículo 9.3, en el artículo 18, artículo 20, artículo 21, artículo 37, y en el artículo 40 de dicho instrumento internacional, pero no explica o define qué se debe entender por interés superior del niño. En este sentido, ha sido rol de la doctrina conceptualizar y establecer los límites y alcances del mismo. Desde la perspectiva nacional, Baeza, en un intento de definición, señala que el interés superior del niño es “el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona del menor de edad y, en general, de sus derechos, que buscan su mayor bienestar”.<sup>18</sup> La CDN y, específicamente, el principio del interés superior del niño, plasmado en ella, viene a señalar expresamente el reconocimiento y la obligación de los Estados partes de garantizar el ejercicio de los derechos humanos de uno de los grupos más débiles o vulnerables de la sociedad, los niños.

El interés superior del niño en la medida que implica el deber de proteger y privilegiar los derechos de los niños conlleva una diversidad de opiniones en la doctrina acerca de si este deber de protección es absoluto, esto es, prevalece sobre todos los demás derechos o es relativo, “ya que la propia Convención establece que hay ciertos derechos de los niños que ceden frente a determinados intereses colectivos y a derechos individuales de terceros”.<sup>19</sup> En realidad, cuando hablamos del interés superior del niño no estamos hablando de lo que nosotros pensamos que le conviene al niño, de lo que el juez cree que es lo mejor para

---

17 “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”, Artículo 3 inciso 1° Convención sobre los Derechos del Niño.

18 BAEZA CONCHA, Gloria (2001), “El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 28, núm. 2, p. 356.

19 FREEDMAN, Diego: “Funciones normativas del interés superior del niño”, en *Jura Gentium, Revista de Filosofía del Derecho Internacional y de la Política Global*, en <http://www.juragentium.unifi.it/es/surveys/latina/freedman.htm> [visitada el 20 de octubre de 2007].

el niño, sino que cuando hablamos del interés superior, del interés primordial del niño, significa simplemente decidir sobre los derechos humanos de los niños.

Freedman señala que “existiría un “núcleo duro” de derechos del niño dentro de la Convención, lo cual constituiría un claro límite a la actividad estatal impidiendo la actuación discrecional. Este núcleo comprendería el derecho a la vida, a la nacionalidad y a la identidad, a la libertad de pensamiento y de conciencia, a la salud, a la educación, a un nivel de vida adecuado, a realizar las actividades propias de su edad (recreativas, culturales, etc.) y las garantías propias del Derecho Penal y del Procesal Penal”.<sup>20</sup> Sin embargo, estimamos que no sólo constituyen estos derechos un claro límite a la actividad estatal sino que también a la sociedad entera y a la familia misma.

Por otra parte, Gatica y Chaimovic han señalado que “el llamado “interés superior del niño” debe ser entendido como un término relacional o comunicacional, y significa que en caso de conflicto de derechos de igual rango, el derecho de prioridad del interés superior del niño/niña prima sobre cualquier otro que pueda afectar derechos fundamentales del niño/niña. Así, ni el interés de los padres, ni el de la sociedad, ni el del Estado pueden ser considerados prioritarios en relación a los derechos del niño/niña”.<sup>21</sup>

Aun cuando algunos autores señalan que la geometría variable del concepto hace difícil su definición, Zermatten propone que el principio significa que “el interés superior del niño es un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en el plan físico, psíquico y social. Funda una obligación de las instancias y organizaciones públicas o privadas a examinar si este criterio está realizado en el momento en el que una decisión debe ser tomada con respecto a un niño y que representa una garantía para el niño de que su interés a largo plazo

---

20 FREEDMAN, Diego: “Funciones normativas del interés superior del niño”, en *Jura Gentium, Revista de Filosofía del Derecho Internacional y de la Política Global*, en <http://www.juragentium.unifi.it/es/surveys/latina/freedman.htm> [visitada el 20 de octubre de 2007].

21 GATICA, Nora y CHAIMOVIC, Claudia, “La justicia no entra a la escuela. Análisis de los principales principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño”, en *La Semana Jurídica*, 13 al 19 de mayo, 2002.

será tenido en cuenta. Debe servir de unidad de medida cuando varios intereses entran en convergencia”.<sup>22</sup>

En definitiva, lo que se propone con la idea rectora o con el principio del interés superior del niño es, justamente, que la consideración del interés del niño debe primar al momento de resolver sobre cuestiones que le afecten. En realidad, este principio sólo exige tomar en cuenta o en consideración al niño como un ser humano, como un verdadero sujeto poseedor de derechos que deben ser respetados, especialmente por los adultos y por el Estado. En efecto, el interés superior implica abandonar viejas presunciones y reconocer que los niños y niñas sí son capaces, si pueden pronunciarse, incluso sobre los “estados del alma”. Esto último, magistralmente lo ha señalado Saramago cuando indica que “[s]e presume, por tanto, que los estados del alma son pertenencia exclusiva de la madurez, de la gente crecida, de las personas que ya son competentes para manejar, con más o menos propiedad, los graves conceptos con que sutilezas así se analizan, definen y pormenorizan. Cosas de adulto, que creen saberlo todo”.<sup>23</sup>

A su vez el preámbulo de la Convención sobre los derechos del niño señala que éste requiere de cuidados especiales.<sup>24</sup> Y por esto que el artículo 4 del mismo texto normativo manifiesta: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional”.

### 2.3. El interés superior del niño en el contexto nacional

Una de las primeras constataciones que es posible realizar en el contexto nacional consiste en que el principio de interés superior del niño no ha sido totalmente incorporado a nuestro sistema normativo. Uno de los ejemplos en el que queda claramente de manifiesto que no se considera el interés superior del niño es el relativo al cuidado

---

22 ZERMATTEN, Jean, “El interés Superior del Niño. Del Análisis literal al Alcance Filosófico”, *Informe de Trabajo*, 3-2003, pp. 1-30, especialmente, p. 15. [http://www.childsrightrights.org/html/documents/wr/2003-3\\_es.pdf](http://www.childsrightrights.org/html/documents/wr/2003-3_es.pdf) [visitado el 20 de octubre].

23 SARAMAGO, José (2007), *Las pequeñas memorias*, Buenos Aires, Alfaguara, p. 23.

24 CORTE I.D.H., Opinión consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002, par. 60.



personal del mismo en caso de separación de los padres, previsto en el artículo 225 del Código Civil, sin perjuicio de que, además, constituye una violación a la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, ya que el artículo 225 del Código Civil se encuentra en oposición con las disposiciones de dicha Convención. Sin embargo, es posible observar que en el último tiempo se han efectuado ciertos progresos que son más acentuados en materia legislativa que en el orden jurisprudencial.

En el terreno legislativo, en Chile en el último tiempo se han realizado múltiples modificaciones a la legislación existente con la finalidad de adecuarla a los parámetros internacionales vigentes en la protección de los derechos del niño. Nuestra legislación contempla a veces explícita y otras implícitamente el principio del interés superior del niño.

Así, en materia de adecuación de nuestro marco legislativo, la ley 19.585 de 26 de octubre de 1998 viene a producir una de las modificaciones más sustanciales en el ámbito del Derecho Civil chileno al modificar el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación. La reforma acaba con la clasificación de hijos legítimos e hijos ilegítimos o naturales, estableciendo, actualmente, la sola diferenciación en hijos de filiación matrimonial y no matrimonial, según si han nacido dentro o fuera del matrimonio.

Sin embargo, la judicatura no ha avanzado con la misma rapidez que la legislación para adecuar sus parámetros. Lo anterior queda de manifiesto en la resolución de la Corte Suprema de Chile con motivo de la tuición de las hijas de la jueza Atala, cuando con fecha 31 de mayo de 2004 la cuarta sala de la Corte Suprema estableció que “las condiciones descritas constituyen ampliamente la “causa calificada” que el legislador ha incluido entre las circunstancias que en conformidad con el artículo 225 del Código Civil, autorizan al juez para entregar el cuidado personal de los hijos al padre en lugar de la madre, pues ellas configuran un cuadro que irroga el riesgo de daños, los que podrían tornarse irreversibles, para los intereses de las menores, cuya protección debe preferir a toda otra consideración, en los términos definidos imperativamente por la normativa que gobierna la materia”.<sup>25</sup> Lo difícil

---

25 Sin embargo, esta resolución contó con el voto en contra de los ministros señores José Benquis C. y Orlando Álvarez H. quienes sostuvieron: “Como se advierte, el legislador hizo primar por sobre las pretensiones de los padres el interés superior del

es dilucidar qué es lo que realmente debemos entender por interés superior del niño. En el caso de marras, la Corte Suprema se refiere al riesgo de daños que podrían ser irreversibles para el niño, sin especificar ni a qué tipo de daños se refiere ni cómo se podrían producir esos daños. Entonces, la duda que queda es si el interés superior que se toma en cuenta es realmente el de los niños o es el de la autoridad o, incluso, uno más volátil como el de la sociedad. Exactamente en este mismo sentido, vale la pena recordar el voto de minoría en el caso de la jueza Atala, cuando señala que “esta regla general admite modificaciones “cuando el interés del niño lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa justificada”, en cuyo caso el juez podrá (no es imperativo) entregar su cuidado personal al otro de los padres. Por consiguiente, el juez no puede variar la norma general de la radicación del cuidado de los hijos, por arbitrio o con fundamentos faltos de justificación, livianos o ambiguos, sino únicamente cuando un examen restrictivo de la normativa legal y de los antecedentes acompañados demuestre un “indispensable” interés del niño”.

Esta causa fue presentada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el año 2004, tras lo cual el Estado de Chile y los peticionarios acordaron avanzar hacia una solución amistosa. Así como el caso de la jueza Atala llegó al sistema interamericano de protección de los derechos humanos, como se verá en la segunda parte de este trabajo, en los últimos años, la Corte I.D.H. ha debido examinar y pronunciarse sobre una serie de casos relacionados con los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes.

### **3. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

Dentro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos destacan dos órganos, a saber, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH). La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José

---

niño, dando de esta forma aplicación a la Convención sobre los Derechos del Niño. En cuanto a la redacción que los legisladores dieron al artículo 225 aludido, la doctrina ha interpretado que al establecer una preferencia legal respecto de la madre en la tuición de sus hijos menores no se ha hecho otra cosa que hacer primar el principio del interés superior del niño por sobre el principio de igualdad”.

de Costa Rica, que fue aprobada en 1969, creó la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Convención entró en vigor el 18 de julio de 1978, siendo Costa Rica el primer país en ratificarla. Fue ratificada por el Estado de Chile con fecha 21 de agosto de 1990.<sup>26</sup>

Al mismo tiempo, la CIDH, creó en su 100º periodo de sesiones del 24 de septiembre al 13 de octubre de 1998, la Relatoría sobre los Derechos del Niño, designando como Relator al Comisionado Hélio Bicudo. El actual relator sobre los derechos de la niñez es Paulo Sérgio Pinheiro, cargo que dura 4 años y lo ocupa desde el año 2004. La misión del relator especial consiste en llevar a cabo estudios sobre temas de preocupación, realiza visitas de investigación in loco, prepara estudios específicos sobre los derechos de los niños para los informes de país y recibe quejas de violaciones individuales a los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

La relatoría tuvo una activa participación en la elaboración de la “Declaración de Buenos Aires sobre violencia contra niños, niñas y adolescentes”, adoptado con fecha 1º de junio de 2005, donde los Ministros, Ministras y Altas Autoridades Nacionales e Internacionales en Materia de Derechos Humanos reunidos en Buenos Aires, con ocasión de la Consulta para América Latina, efectuada en el marco del Estudio del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra los Niños, Niñas y los Adolescentes.<sup>27</sup>

El sistema interamericano de protección de los derechos humanos, especialmente la Corte I.D.H., ha tenido la oportunidad de pronunciarse en repetidas ocasiones sobre los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, y, particularmente, sobre el principio cardinal del interés superior del niño. A partir de estos pronunciamientos se pueden derivar o extraer una serie de principios y valiosas enseñanzas en el orden de los derechos humanos del niño.

---

26 Hasta la fecha 24 de los 34 países de la Organización de Estados Americanos la han ratificado.

27 PINHEIRO, Paulo Sérgio, *Informe del Experto independiente para el estudio de la violencia contra los niños de las Naciones Unidas*, de fecha 29 de agosto de 2006, doc. A/61/299.

### 3.1. Principales pronunciamientos

Así, en 1997, la Corte I.D.H. recibió una demanda contra la República de Guatemala por el secuestro, la tortura y el asesinato de Henry Giovanni Contreras, Federico Clemente Figueroa Túnchez, Julio Roberto Caal Sandoval y Jovito Josué Juárez Cifuentes, por el asesinato de Ansträum [Aman] Villagrán Morales. “Como dos de las víctimas, Julio Roberto Caal Sandoval y Jovito Josué Juárez Cifuentes, eran menores de edad cuando fueron secuestrados, torturados y muertos, y Ansträum Aman Villagrán Morales era menor de edad cuando se le dio muerte, la Comisión [I.D.H.] alegó que Guatemala también había violado el artículo 19 (Derechos del Niño) de la Convención Americana”.<sup>28</sup>

En este caso, denominado Villagrán Morales, la Corte I.D.H. ha señalado que en virtud de la Convención Americana de Derechos Humanos de que el Estado de Guatemala es parte y de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la República guatemalteca ha incurrido en graves violaciones a los derechos humanos de los niños objeto de esta demanda al no establecer las medidas oportunas para impedir una práctica sistemática de agresiones en contra de los “niños de la calle” por miembros de las fuerzas de seguridad del Estado.<sup>29</sup>

Los niños no sólo son sujetos de protección especial sino sujetos plenos de derecho y en este sentido lo ha entendido la Corte en sus pronunciamientos. En este contexto y tal como lo ha afirmado el

---

28 CORTE I.D.H., Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C Nº 63, par. 3, p. 2.

29 “A la luz del artículo 19 de la Convención Americana la Corte debe constatar la especial gravedad que reviste el que pueda atribuirse a un Estado Parte en dicha Convención el cargo de haber aplicado o tolerado en su territorio una práctica sistemática de violencia contra niños en situación de riesgo. Cuando los Estados violan, en esos términos, los derechos de los niños en situación de riesgo, como los “niños de la calle”, los hacen víctimas de una doble agresión. En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el “pleno y armonioso desarrollo de su personalidad”, a pesar de que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece. En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida”. CORTE I.D.H.: Caso Villagrán Morales y Otros; Caso Niños de la Calle. Sentencia de 19 de noviembre de 1999.

ex - juez A. A. Cançado Trindade “no basta afirmar que el niño es sujeto de derecho, importa que él lo sepa, inclusive para el desarrollo de su responsabilidad”.<sup>30</sup> En efecto, hay que dejar de lado la visión paternalista y asistencialista del derecho y de los llamados a aplicar el derecho, e intentar guiarse por el principio de que las decisiones sean adoptadas considerando a los niños, niñas y adolescentes como verdaderos sujetos de derechos, pero además, que en el proceso de la decisión, los niños, niñas y adolescentes lo sepan, lo sientan y lo perciban como resultado final.

En 2003, en el caso *Bulacio v/s Argentina*, la Corte sanciona al Estado de Argentina a pagar una indemnización a favor de la familia de la víctima Walter David Bulacio, de 17 años de edad, quien producto de una detención masiva quedo detenido en la comisaría 35<sup>a</sup> de la ciudad de Buenos Aires. Se denunciaron en estas inmediaciones múltiples violaciones a los derechos del menor como por ejemplo agresiones por parte de agentes policiales, que no se notificara de la detención al juez correccional de menores de turno y lo peor de todo es que el joven Walter Bulacio producto de haber vomitado tuvo que ser trasladado a un centro asistencial donde el menor denunció lesiones graves por parte de la policía, Walter Bulacio falleció 6 días después.<sup>31</sup>

En el año 2004, en el caso “Instituto de la reeducación del menor” *v/s Paraguay*, la Corte sancionó al Estado de Paraguay por la violación del derecho a la vida y a la integridad personal de los 12 internos fallecidos y los demás menores que resultaron con lesiones en el Instituto de la reeducación del menor. Además el Estado violó el derecho a la protección judicial e incumplió el deber de adoptar disposiciones de derecho interno de manera de garantizar a los niños los derechos fundamentales que le han sido consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos.<sup>32</sup>

---

30 CORTE I.D.H., Opinión consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002. Voto Concurrente del juez A. A. Cançado Trindade, par. 52.

31 Vid. CORTE I.D.H., Caso *Bulacio v/s Argentina*, Sentencia de 18 de septiembre de 2003.

32 4. “La Comisión argumentó que este Instituto representó el mantenimiento de un sistema de detención contrario a todos los estándares internacionales relativos a la privación de libertad de niños, debido a las supuestas condiciones inadecuadas bajo las cuales estaban reclusos éstos, a saber: sobrepoblación, hacinamiento, insalubridad, falta de infraestructura adecuada, así como guardias carcelarios insuficientes y sin

Asimismo, en el año 2004, en el caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, la Corte I.D.H. tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre los derechos del niño y el principio del interés superior del niño, niña y adolescente. Tal como se señala en la sentencia, “la mañana del 21 de junio de 1991, en medio de dos operativos policiales, los hermanos Emilio Moisés y Rafael Samuel Gómez Paquiyauri, de 14 y 17 años, respectivamente, fueron detenidos por agentes de la Policía Nacional e introducidos en la maletera de una patrulla policial. Supuestamente fueron ejecutados durante el trayecto que siguieron los policías después de su detención”.<sup>33</sup>

En 2005, el caso de las niñas Yean y Bosico v/s República Dominicana la petición fue presentada a la Corte en virtud de que el Estado, a través de sus autoridades del registro civil, habría negado el derecho a la nacionalidad dominicana de las niñas, manteniéndolas en la situación de apátridas hasta el 25 de septiembre del 2001. La Corte sostuvo que la República Dominicana violó los derechos a la nacionalidad, a la igualdad ante la ley, el derecho al nombre y al reconocimiento de la personalidad jurídica y el derecho a la integridad personal de las niñas en cuestión.<sup>34</sup>

En todos estos casos enunciados existe un uniforme razonamiento de la Corte, la que considera en forma integral el *corpus iuris gentium* de los derechos del niño, incluyendo la dinámica interacción e interdependencia entre la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño y otros cuerpos normativos. En todos estos pronunciamientos, como se verá a continuación, la Corte I.D.H. manifiesta un claro reconocimiento de los niños como categoría especial de protección por parte del Estado, la familia y la sociedad entera, además de su condición de plenos sujetos de derechos y, especialmente, de derechos humanos.

---

capacitación adecuada”. Vid. CORTE I.D.H., Caso “Instituto de reeducación del menor” v/s Paraguay, Sentencia del 2 de septiembre de 2004.

33 CORTE I.D.H., Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C Nº 110, par. 3, p. 2.

34 Ver: CORTE I.D.H., Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005.

### 3.2. Principios y enseñanzas de la Corte I.D.H.

En los últimos años, la actividad de la Corte I.D.H. ha permitido un necesario desarrollo progresivo de los derechos humanos hacia una protección creciente del individuo, de los grupos y de los pueblos. Esta protección ha sido creciente tanto desde la perspectiva horizontal, esto es, en extensión, como desde el punto de vista vertical, esto es, en profundidad y especificidad. En este último sentido, la Corte I.D.H. ha explicitado, en el contexto interamericano, los derechos del niño, niña y adolescente, expresando, como examinaremos a continuación, una serie de principios en esta materia.

3.2.1. *Principio de enfoque integrado y sistemático de los derechos humanos.* Nuestro prisma en el análisis de los derechos humanos del niño, niña y adolescente es la perspectiva del principio de conectividad y coherencia entre los sistemas jurídicos, el interno y el internacional, y, sobre todo, en materia de derechos humanos, nuestra idea guía es el principio del intérprete supremo, que considera, en el ámbito regional, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos como el intérprete último, definitivo y de autoridad en el área de los derechos humanos.

Este principio no resulta sólo de una aplicación de las reglas de lógica tomando en consideración el interés primordial de una aplicación coherente de los estándares de derechos humanos, sino de la aplicación de la propia normativa de la Convención Americana de Derechos Humanos. En efecto, el artículo 29 relativo a las normas de interpretación de la CADH señala que “ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”.

Este principio del Derecho –en este caso del Derecho de los Derechos Humanos– como un corpus iuris integrado y sistemático, y consecuentemente, cuya interpretación y aplicación deba ser conforme a estas características, ya había sido resaltado por la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la presencia continuada de África del Sur en Namibia, cuando señaló que “[...] la Corte debe tomar en consideración las transformaciones ocurridas en el medio siglo siguiente, y su interpretación no puede dejar de tomar en cuenta

la evolución posterior del derecho [...]. Además, un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el marco del conjunto del sistema jurídico vigente en el momento en que se practica la interpretación. En el dominio al que se refiere el presente proceso, los últimos cincuenta años [...] han traído una evolución importante. [...] En este dominio como en otros, el *corpus juris gentium* se ha enriquecido considerablemente, y la Corte no puede ignorarlo para el fiel desempeño de sus funciones”.<sup>35</sup>

Esta formulación fue retomada y perfeccionada, en el ámbito de los derechos humanos, por la Corte I.D.H. en su opinión Consultiva sobre la Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta Opinión Consultiva, la Corte hizo expresa referencia al principio de integración al señalar que “[p]uede considerarse entonces que, a manera de interpretación autorizada, los Estados Miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración”.<sup>36</sup>

En otra Opinión Consultiva relativa al Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, la Corte I.D.H. reiteró expresamente que “al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31)”.<sup>37</sup>

---

35 Vid. *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa), notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16, par. 31.

36 CORTE I.D.H., *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A N° 10, par. 43, p. 14.

37 CORTE I.D.H., *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A N° 16, par. 113; Corte I.D.H.: *Caso de los Hermanos Gómez*



Este principio de integración fue confirmado por la Corte I.D.H. en el dramático caso de los Niños de la Calle, en donde la Corte haciendo alusión específica al contexto de los derechos del niño, señala que “[t]anto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un amplio corpus juris internacional de protección de los niños que sirve a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana”.<sup>38</sup>

3.2.2. *Concepto de niño*. La jurisprudencia de la Corte I.D.H. también ha debido pronunciarse en torno a qué se entiende por niño, donde ha ratificado los criterios establecidos en los estándares internacionales.

Así, en el caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, la Corte I.D.H. señaló expresamente que “Rafael Samuel y Emilio Moisés Gómez Paquiyauri eran niños de 14 y 17 años, respectivamente, cuando fueron detenidos ilegal y arbitrariamente, torturados y ejecutados extrajudicialmente por agentes de la Policía Nacional del Perú”. En este sentido, la Corte reitera su concepto de niño establecido en la Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, cuando señala que “[e]n definitiva, tomando en cuenta la normativa internacional y el criterio sustentado por la Corte en otros casos, se entiende por ‘niño’ a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad”.<sup>39</sup>

Efectivamente, este criterio será reiterado en la Opinión Consultiva sobre Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.<sup>40</sup> En esta Opinión Consultiva la Corte ha sido clara en señalar que “[e]n definitiva, tomando en cuenta la normativa internacional y el criterio sustentado por la Corte en otros casos, se entiende por “niño” a toda

---

Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C N° 110, par. 164, p. 62.

38 CORTE I.D.H., Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C N° 63, par. 194; CORTE I.D.H., Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, par. 24.

39 CORTE I.D.H., Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C N° 110, par. 3, p. 2; CORTE I.D.H.: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, par. 42.

40 CORTE I.D.H., Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, par. 42, p. 57.

persona que no ha cumplido 18 años de edad”. Posteriormente, este mismo criterio será repetido en el caso Bulacio.<sup>41</sup>

3.2.3. *Obligados por el principio de interés superior del niño.* El principio de interés superior del niño o de bienestar del niño, niña o adolescente es un principio comprensivo y multifactorial, de tal manera de que –como se detallará más adelante– contiene una serie de criterios que apuntan a amparar el pleno desarrollo y la total autorrealización del niño en su entorno y a proteger y garantizar la valiosa contribución que el niño debe hacer a la sociedad.

Desde este punto de vista, cabe preguntarse quiénes deben ceñirse a este principio o, dicho de otro modo, a estos criterios para los efectos de la protección de los niños, niñas o adolescentes y de la promoción y preservación de sus derechos. Derivado de las enseñanzas de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos podemos extraer tres niveles de obligados. En primer lugar y de manera primordial, los padres del niño, incluyendo en este rango a la familia. Este primer grupo de obligados encuentra su justificación en la propia Constitución chilena en su artículo 1º, tanto en cuanto el texto fundamental señala que “[l]a familia es el núcleo fundamental de la sociedad”.

En segundo lugar, resultado obligado por el principio del interés superior del niño evidentemente el Estado, entendiendo por Estado tanto la función ejecutiva, como la legislativa y judicial. En este sentido, el Estado se encuentra obligado a adoptar medidas efectivas, en virtud del principio del efecto útil, destinadas a plena vigencia y aplicación de este principio. Por supuesto que la política legislativa relacionada con los niños, niñas y adolescentes debe estar predominantemente guiada por el principio o el conjunto de criterios que compone el interés superior del niño y, evidentemente, la política judicial y, más particularmente, las decisiones de los tribunales de justicia en los que estén envueltos niños, niñas o adolescentes deben ser inspiradas, orientadas y determinadas por el principio del interés superior del niño. Finalmente, la sociedad toda también aparece como obligada por el conjunto de criterios que integran el mejor interés del niño.

---

41 CORTE I.D.H., Caso Bulacio vs. Argentina. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C N° 100, par. 133.

En este sentido, la Corte ha sido clara en refrendar estas conclusiones. En efecto, frente a la pregunta de quiénes están obligados por este principio y por estos criterios que circundan el principio, la Corte responde que “[a] este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos”.<sup>42</sup>

3.2.4. *Principio de protección especial.* Este principio de protección especial ya había sido consagrado en el orden internacional por la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959. La Declaración Universal de Derechos Humanos insiste en este principio al señalar que “[...] la infancia tiene (sic) derecho a cuidados y asistencia especiales”.<sup>43</sup> Además, la Declaración y Programa de Acción de Viena durante la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos se reiteró este principio al indicar que el niño merece “una mayor protección”.<sup>44</sup> Además, la Convención sobre los Derechos del Niño incorpora claramente esta perspectiva.<sup>45</sup> En el ámbito regional americano, el artículo 19 de la Convención Americana dispone que “[t]odo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. La Corte I.D.H. no hace sino recoger este principio, aplicarlo y desarrollarlo pretorianamente.

En efecto, en su Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, la Corte I.D.H. recordó expresamente que “[e]n la Declaración de los Derechos del Niño se indica que “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”. En este sentido, a través de su Opinión Consultiva la Corte no hace sino confirmar el principio de protección especial del niño, niña o adolescente debido a su situación de debilidad,

---

42 CORTE I.D.H., Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, par. 59, p. 62.

43 Artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

44 Vid. Declaración y el Programa de Acción de Viena aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, doc. A/CONF.157/23 12 de julio de 1993, par. 21.

45 Vid. Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, par. 8.

inmadurez o inexperiencia.<sup>46</sup> En este último sentido, lleva razón Paulo Sérgio Pinheiro cuando afirma que “[e]l carácter único de los niños –su potencial y vulnerabilidad, su dependencia de los adultos– hacen imperativo que tengan más, no menos, protección contra la violencia”.<sup>47</sup>

En el caso del Instituto de Reeducción del Menor, la peticionaria alegó que “las medidas de protección especiales para niños implican no sólo la obligación de respetar los derechos de estas personas, sino también la de garantizar sus derechos y de tomar todas las medidas positivas, guiadas por los principios de no discriminación y de interés superior del niño, que aseguren la protección de los niños contra malos tratos, sea en sus relaciones con las autoridades públicas, sea en las relaciones interindividuales o con entes no estatales”.<sup>48</sup>

En el caso anterior, la Corte I.D.H. ha confirmado el principio de protección especial para con los niños, niñas y adolescentes, lo que implica, una protección reforzada, adicional a la que regularmente tienen toda persona, por el hecho de ser tal. En efecto, en este caso, la Corte I.D.H. vincula la orientación que se le debe dar a las medidas de protección especial con el principio del interés superior del niño, cuando señala “[e]n materia de derecho a la vida, cuando el Estado se encuentra en presencia de niños privados de libertad, como ocurre mayormente en el presente caso, tiene, además de las obligaciones señaladas para toda persona, una obligación adicional establecida en el artículo 19 de la Convención Americana. Por una parte, debe asumir su posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño”.<sup>49</sup>

Por lo demás, la Corte I.D.H. ha acentuado la existencia de una verdadera obligación jurídica de adoptar medidas especiales. Por

---

46 CORTE I.D.H., Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, par. 60, p. 62.

47 PINHEIRO, Paulo Sérgio, *Informe del Experto independiente para el estudio de la violencia contra los niños de las Naciones Unidas*, de fecha 29 de agosto de 2006, doc. A/61/299, par. 2.

48 CORTE I.D.H., Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de septiembre de 2004. Serie C N° 112, par. 138, p. 88.

49 CORTE I.D.H., Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de septiembre de 2004. Serie C N° 112, par. 160, p. 96.

ejemplo, la Corte ha dicho en el caso Gómez Paquiyauri que “[e]l artículo 19 de la Convención Americana impone a los Estados la obligación de adoptar “medidas de protección” requeridas por su condición de niños”.<sup>50</sup> Esta misma idea ha sido repetida en otros casos y en particular en su Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.<sup>51</sup>

El respeto de la dignidad humana se encuentra a la base de la pervivencia misma de la comunidad internacional y, en ocasiones, aparece como elemento fundante y justificación de una determinada protección especial y reforzada de los derechos de ciertos grupos especialmente vulnerables, tal como el grupo de los niños, niñas y adolescentes. A partir de este principio se han desarrollado otros, más específicos, pero de igual valor y relevancia. Así, la Children Act de 1989 ha destacado como un principio fundamental, que el juez debe considerar primordialmente, que cualquier retardo en la determinación de la cuestión es probable que perjudique el bienestar del niño, niña o adolescente.<sup>52</sup>

*3.2.5. Principio de sujetos plenos de derechos.* Una de los aspectos en los cuales la Corte I.D.H. ha puesto mayor énfasis es en el carácter de sujeto de derecho de los niños, niñas y adolescentes, diferenciando esta circunstancia de su falta de capacidad jurídica para actuar autónomamente. El hecho de que el niño no tenga capacidad de ejercicio no lo priva de su calidad de sujeto de derechos humanos. La Corte lo ha expresado magistralmente cuando ha señalado que “[l]a mayoría de edad conlleva la posibilidad de ejercicio pleno de los derechos, también conocida como capacidad de actuar. Esto significa que la persona puede ejercitar en forma personal y directa sus derechos subjetivos, así como asumir plenamente obligaciones jurídicas y realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial.

---

50 CORTE I.D.H., Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C N° 110, par. 164, p. 62.

51 CORTE I.D.H., Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, par. 56 y 60, p. 62; CORTE I.D.H.: Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C N° 63, par. 146 y 191; CORTE I.D.H.: Caso Bulacio vs. Argentina. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C N° 100, pars. 126 y 134.

52 Children Act 1989, Part I. (welfare of the child) 1 (3), en [http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1989/ukpga\\_19890041\\_en\\_2](http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1989/ukpga_19890041_en_2) [visitado el 20 de octubre de 2007].

No todos poseen esta capacidad: carecen de ésta, en gran medida, los niños. Los incapaces se hallan sujetos a la autoridad parental, o en su defecto, a la tutela o representación. Pero todos son sujetos de derechos, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana”.<sup>53</sup> Relacionado con lo anterior se encuentra la afirmación de la misma Corte en el sentido de que “[n]o es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza”.<sup>54</sup>

3.2.6. Principio de especial gravedad de las violaciones a los derechos del niño. La Corte I.D.H. también ha señalado que las violaciones a los derechos humanos de los niños revisten especial gravedad. Así, la Corte considera que revisten especial gravedad los casos en los cuales las víctimas de violaciones a los derechos humanos son niños, ya que sus derechos se encuentran recogidos no sólo en la Convención Americana, sino también en numerosos instrumentos internacionales, ampliamente aceptados por la comunidad internacional, entre los cuales se destaca la Convención sobre los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas, “que hacen recaer en el Estado el deber de adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de los niños bajo su jurisdicción”.<sup>55</sup>

En el año 2001 la Corte I.D.H. recibió la demanda por el caso Bulacio. Este caso consiste en que “el 19 de abril de 1991, la Policía Federal Argentina realizó una detención masiva o “razzia” de “más de ochenta personas” en la ciudad de Buenos Aires, en las inmediaciones del estadio Club Obras Sanitarias de la Nación, lugar en donde se iba a realizar un concierto de música rock. Entre los detenidos se encontraba Walter David Bulacio, con 17 años de edad, quien luego de su detención fue trasladado a la Comisaría 35a, específicamente a la “sala de menores” de la misma. En este lugar fue golpeado por agentes policiales. [...] Durante su detención, los menores estuvieron bajo condiciones de detención inadecuadas. El 20 de abril de 1991, el

---

53 CORTE I.D.H., Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, par. 41, p. 57.

54 CORTE I.D.H., Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A N° 4, par. 55.

55 CORTE I.D.H., Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros vs. Guatemala. Fondo. Sentencia 19 de noviembre de 1999. Serie C N° 63, pars. 146 y 191.

joven Walter David Bulacio, tras haber vomitado en la mañana, fue llevado en ambulancia cerca de las once horas al Hospital Municipal Pirovano, sin que sus padres o un Juez de Menores fueran notificados. El médico que lo atendió en ese hospital señaló que el joven presentaba lesiones y diagnosticó un “traumatismo craneano”. [...] El 26 de abril siguiente el joven Walter David Bulacio murió”.

En este mismo caso, la Corte I.D.H. reiteró el criterio de la excepcional gravedad cuando estamos frente a las violaciones de los derechos de un niño. En efecto, la Corte señaló que “este caso reviste especial gravedad por tratarse la víctima de un niño, cuyos derechos se encuentran recogidos no sólo en la Convención Americana, sino también en numerosos instrumentos internacionales, ampliamente aceptados por la comunidad internacional, entre los cuales destaca la Convención sobre los Derechos del Niño, que hacen recaer en el Estado el deber de adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de los niños bajo su jurisdicción”.<sup>56</sup>

La Corte I.D.H., en el caso de los Niños de la Calle, ha reiterado la excepcional gravedad del caso por tratarse de niños quienes se encuentran involucrados. Así, la Corte afirmó “la especial gravedad que reviste el presente caso por tratarse las víctimas de jóvenes, tres de ellos niños, y por el hecho de que la conducta estatal no solamente viola la expresa disposición del artículo 4 de la Convención Americana, sino numerosos instrumentos internacionales, ampliamente aceptados por la comunidad internacional, que hacen recaer en el Estado el deber de adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de los niños bajo su jurisdicción”.<sup>57</sup>

Últimamente, la Corte I.D.H. se ha pronunciado nuevamente sobre la especial gravedad de la violación de los derechos humanos cuando éstos se refieren a niños. En efecto, en el Caso Yean y Bosico, la Corte señaló que “revisten especial gravedad los casos en que las víctimas de violaciones a los derechos humanos son niños”.<sup>58</sup>

---

56 CORTE I.D.H., Caso Bulacio vs. Argentina. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C N° 100, par. 133.

57 CORTE I.D.H., Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C N° 63, par. 146, p. 40.2.

58 CORTE I.D.H., Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C N° 130, par. 134, p. 59.

3.2.7. *Principio de interés superior del niño.* Todo lo anterior, le ha servido a la Corte I.D.H. para pronunciarse en el fondo, sobre el contenido del principio de interés superior del niño, niña o adolescente, el cual, como ya se ha dicho, debe primar por sobre cualquier otra consideración normativa y guiar definitivamente el análisis fáctico. La Corte I.D.H. ha señalado claramente, en el caso Bulacio, que “[c]uando se trata de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior del niño, que se funda “en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades”.<sup>59</sup> En su Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, la Corte I.D.H. ratificó este principio.<sup>60</sup> Y en el caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, la Corte volvió a reiterar este principio del interés superior del niño.<sup>61</sup> Es decir, el principio del interés superior del niño exige que se tome en especial consideración el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad con el fin de alentar en el niño, niña y adolescente un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado. En esta línea, Zermatten señala que es necesario vincular la noción de interés superior del niño con la noción de predictibilidad. En efecto, este autor considera que la predicción en la noción de interés superior del niño implica que “la toma de conciencia del interés superior del niño no solamente en el momento en el que la decisión debe ser tomada, sino también en la perspectiva de una evaluación previsible de la situación de las partes concernidas. Esto parece particularmente importante en un dominio, la infancia, donde las situaciones por definición evolucionan rápidamente y donde parece ciertamente necesario actuar en el momento, aunque preservando, tanto como sea posible, el porvenir”, esto es, atendiendo de manera fundamental al proyecto de vida del niño, lo que implica apuntar o sentar las bases para el pleno y armonioso desarrollo de su

---

59 CORTE I.D.H., Caso Bulacio vs. Argentina. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C N° 100, par. 134, p. 55.

60 CORTE I.D.H., Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, par. 56, p. 61.

61 CORTE I.D.H., Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C N° 110, par. 163, p. 61.



personalidad y previsible exitosa contribución del niño o adolescente a la comunidad.<sup>62</sup>

Esto último, fue claramente afirmado por la Corte I.D.H. en el caso de los Niños de la Calle, cuando señaló que “[a] la luz del artículo 19 de la Convención Americana la Corte debe constatar la especial gravedad que reviste el que pueda atribuirse a un Estado Parte en dicha Convención el cargo de haber aplicado o tolerado en su territorio una práctica sistemática de violencia contra niños en situación de riesgo. Cuando los Estados violan, en esos términos, los derechos de los niños en situación de riesgo, como los “niños de la calle”, los hacen víctimas de una doble agresión. En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el “pleno y armonioso desarrollo de su personalidad”, a pesar de que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece. En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida.”<sup>63</sup>

En el caso Yean y Bosico, la Corte I.D.H. ha confirmado pero además completado y sistematizado el sentido del interés superior del niño, cuando ha señalado que “[l]a prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad”.<sup>64</sup>

En su Opinión Consultiva, la Corte señala que el interés superior del niño debe ser entendido respecto del niño, niña o adolescente mismo, en cuanto sujeto de derecho, de tal manera que este niño

---

62 ZERMATTEN, Jean, “El interés Superior del Niño. Del Análisis literal al Alcance Filosófico”, *Informe de Trabajo*, 3-2003, pp. 1-30, especialmente, p. 14. [http://www.childsrighths.org/html/documents/wr/2003-3\\_es.pdf](http://www.childsrighths.org/html/documents/wr/2003-3_es.pdf) [visitado el 20 de octubre].

63 CORTE I.D.H., Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C N° 63, par. 141, p. 49.

64 CORTE I.D.H., Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C N° 130, par. 134, p. 59; Cfr. CORTE I.D.H.: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, pars. 56, 57 y 60.

pueda gozar de todos sus derechos y así, permitirle el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades".<sup>65</sup>

De esta serie de pronunciamientos judiciales se pueden desprender un conjunto de criterios o elementos componentes del principio del interés superior del niño en donde resaltan la consideración de los derechos humanos de los niños, la participación del niño, niña o adolescente y la valoración del proyecto de vida del niño. Una serie de criterios bastante cercanos a los antes mencionados han sido incorporados en legislaciones como la británica, en la conciencia de que, en definitiva, es el juez quien determina el interés superior del niño, pero sujeto a ciertos parámetros. Así, la Children Act de 1989, señala que en los casos relacionados con la crianza de los niños, el juez tomará en consideración: a) los deseos y sentimientos ciertos del niño respectivo (considerado a la luz de su edad y de entendimiento); b) sus necesidades físicas, emocionales y educacionales; c) el efecto probable en él de cualquier cambio en sus circunstancias; d) su edad, sexo, personalidad y cualquier característica de él que el juez considere relevante; e) cualquier daño que el niño ha sufrido o que está en riesgo de sufrir; f) qué tan capaces son sus padres, y cualquier otra persona en relación a quien el juez considere la cuestión ser relevante, para satisfacer sus necesidades; y g) el rango de facultades disponibles para el juez bajo esta ley en el procedimiento en cuestión".<sup>66</sup>

Finalmente, la Corte también establece que una manera de asegurar la primacía y real vigencia del interés superior del niño es proporcionando al niño medidas especiales de protección".<sup>67</sup>

En definitiva, el interés superior del niño no es paternocéntrico ni estatocéntrico sino infantocéntrico. El problema aparece cuando uno se pregunta quiénes son las partes ante los tribunales, quiénes son las partes ante los órganos jurisdiccionales, legislativos o administrativos, y cuando encontramos la respuesta, nos damos cuenta que se trata de los padres o de alguna autoridad oficial que pretende hacer prevalecer su visión, su interés, su derecho, todos los cuales enfrentan

---

65 CORTE I.D.H., Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, par. 59, p. 62.

66 Children Act 1989, Part I. (welfare of the child) 1 (3), en [http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1989/ukpga\\_19890041\\_en\\_2](http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1989/ukpga_19890041_en_2) [visitado el 20 de octubre de 2007]

67 CORTE I.D.H., Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, par. 60, p. 62.

la disputa blandiendo el principio del interés superior del niño, niña o adolescente, pero sin considerar “en serio” el derecho del niño a desarrollarse plenamente en un ambiente que promueva sus propios derechos y que ampare su propio proyecto de vida y, sobre todo, que haga realidad su derecho humano a la participación en las decisiones que le afecten. Como Saramago se pregunta, con un sabio instinto, ¿Alguna vez les hemos preguntado en serio a los niños que sienten, qué quieren, “qué interesantes vibraciones le estaba registrando el sismógrafo del alma?”.<sup>68</sup> En serio significa con la intención positiva de respetar el derecho humano del niño a la participación, a la libre expresión y a su propia decisión.

#### 4. CONCLUSIÓN

En los últimos años, la Corte I.D.H. ha abordado temas relacionados con los derechos de los niños, niñas y adolescentes, debiendo aplicar la normativa que al respecto establece la Convención Americana de Derechos Humanos y recurriendo además, en un enfoque integrador y sistemático, a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y a otros instrumentos internacionales vinculados con los derechos del niño, a saber, la Convención sobre los Derechos del Niño. En este contexto, la Corte I.D.H. ha tenido la oportunidad de fijar los criterios básicos en torno al contenido de un principio cardinal en materia de derechos del niño, niña y adolescente, nos referimos al principio del interés superior del niño.

De acuerdo con esto, el principio del interés superior del niño exige considerar como elementos componentes claves la dignidad del ser humano y las características propias de los niños o ponderar las características particulares de la situación en la que se halla el niño.<sup>69</sup> También debe necesariamente tomarse en cuenta la necesidad de propiciar el desarrollo de los niños, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. Finalmente, la Corte I.D.H. ha establecido que este principio esencial en materia de derechos del niño, niña y adolescente es la base para la efectiva realización de todos los derechos humanos de los niños.

---

68 SARAMAGO, José (2007), *Las pequeñas memorias*, Buenos Aires, Alfaguara, p. 23.

69 CORTE I.D.H., Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, par. 61, p. 62.

En definitiva, el principio del interés superior del niño o del bienestar del niño o del mejor interés del niño, niña o adolescente es un principio compuesto por múltiples factores que se traducen en criterios relevantes que deben ser necesariamente tomados en cuenta por los obligados por el principio, los padres, la sociedad y el Estado. Los elementos que considera el principio del interés superior del niño son diversos, a saber, la dignidad del ser humano; las características propias de los niños o ponderar las características particulares de la situación en la que se halla el niño; la necesidad de propiciar el desarrollo de los niños, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades; y la consideración de que este principio es la base para la efectiva realización de todos los derechos humanos de los niños.

En este último orden de cosas, la función judicial –como parte de la estructura estatal– debe tomar en consideración estos criterios propuestos por la jurisprudencia de la Corte I.D.H. especialmente al resolver conflictos donde esté involucrado un niño, niña o adolescente.

## BIBLIOGRAFÍA

### Doctrina

BAEZA CONCHA, Gloria (2001), El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 28, N° 2, pp. 355- 362.

BICUDO, Hélio, y ALVAREZ, Ignacio (1999), “Notas respecto a la relatoría de derechos del niño de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista IIDH*, núm. 29, enero-junio, pp. 161-170.

FREEDMAN, Diego, “Funciones normativas del interés superior del niño”, en *Jura Gentium, Revista de Filosofía del Derecho Internacional y de la Política Global*, en <http://www.juragentium.unifi.it/es/surveys/latina/freedman.htm> [visitada el 20 de octubre de 2007]

GATICA, Nora, y CHAIMOVIC, Claudia (2002), “La justicia no entra a la escuela”. Análisis de los principales principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño”, en *La Semana Jurídica*, 13 al 19

de mayo, 2002, en <http://www.lexisnexis.cl/lasemanajuridica/1040/article-10469.html> [visitado el 20 de octubre de 2007].

LARUMBE CANALEJO, Silvia (2002), "Educación en y para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes en riesgo", en *Revista IIDH*, núm. 36, julio-diciembre, pp. 249- 290.

PINHEIRO, Paulo Sergio (2006), *Informe del Experto independiente para el estudio de la violencia contra los niños de las Naciones Unidas*, de fecha 29 de agosto de 2006, doc. A/61/299.

SARAMAGO, José (2007), *Las pequeñas memorias*, Buenos Aires, Alfaguara.

ZERMATTEN, Jean, "El interés Superior del Niño. Del Análisis literal al Alcance Filosófico", *Informe de Trabajo*, 3-2003, pp. 1-30, especialmente, p. 16. [http://www.childsrighths.org/html/documents/wr/2003-3\\_es.pdf](http://www.childsrighths.org/html/documents/wr/2003-3_es.pdf) [visitado el 20 de octubre].

## **Jurisprudencia**

Corte I.D.H., Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A N° 4.

CORTE I.D.H., Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A N° 10.

Corte I.D.H., El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A N° 16.

CORTE I.D.H., Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C N° 63.

CORTE I.D.H., Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17.

CORTE I.D.H., Caso Bulacio v/s Argentina, Sentencia de 18 de septiembre de 2003.

CORTE I.D.H., Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C N° 110.

CORTE I.D.H., Caso “Instituto de reeducación del menor” v/s Paraguay, Sentencia del 2 de septiembre de 2004.

CORTE I.D.H., Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005.

Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa), notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971.

# LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA SEGÚN LOS ÓRGANOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO<sup>1</sup>

**Javier Llobet Rodríguez**

Catedrático de la Universidad de Costa Rica.

En 1981, ILANUD publicó una investigación sobre los presos sin condena en la que reveló los altos porcentajes de presos sin condena en Latinoamérica, que hacían que aproximadamente el 65% de los privados de libertad en esta región estuvieran bajo prisión preventiva<sup>2</sup>. Se señaló en dicha investigación que en gran parte ello era consecuencia de la deficiente legislación existente, que facilitaba el dictado de la prisión preventiva, bajo causales como el peligro de reiteración delictiva y la alarma social, lo mismo que establecía un listado de delitos no excarcelables. Todo ello, debe agregarse que se unía a una legislación procesal de caracteres predominantemente inquisitivos, que al no considerar los derechos de los imputados y rebajarlos al carácter de meros objetos, facilitaba que en la práctica judicial se dictara con suma facilidad la prisión preventiva y que cuando se otorgaba la excarcelación se hacía bajo cauciones monetarias muy elevadas, que hacían nugatoria el derecho a la libertad personal<sup>3</sup>. Además el procedimiento escrito, que ayudaba a la deshumanización de la justicia penal, se volvía interminable, permaneciendo los

---

1 Conferencia impartida en la Habana el 7 de abril de 2009, en el Segundo Congreso Internacional de Derecho Procesal. Se trata de una versión modificada de la que será publicada en México como parte de las memorias del Congreso.

2 Carranza/Houed Vega/Mora Mora/Zaffaroni, 1988.

3 Sobre la legislación que existía en Latinoamérica sobre la prisión preventiva antes de la reforma procesal: Carranza/Houed Vega/Mora Mora/Zaffaroni, 1988; Llobet Rodríguez, 1994, pp. 335-373; Llobet Rodríguez, 1994a, pp. 375-382; Llobet Rodríguez, 1995a, pp. 97-150.

presos en prisión preventiva muchos años en prisión. Para reflejar la magnitud del problema de la prisión preventiva en Latinoamérica, basta hacer un recuento de los porcentajes de prisión preventiva en los diversos países, tomando en cuenta el seguimiento que desde el ILANUD se le dio a la investigación inicial sobre los presos sin condena de 1981. El Salvador tenía un 91.2% de presos sin condena en 1989, Uruguay 91% en 1989, Honduras 88.3% en 1989, República Dominicana 85% en 1989, Guatemala 73% en 1989, Venezuela 71% en 1988; Ecuador 69.8% en 1988, México 61% en 1988, Colombia 54% en 1989, Chile 53% en 1989, Antillas Holandesas 48% en 1989, Martinica 46% en 1989, Nicaragua 45% en 1990 y Costa Rica 44.3% en 1990<sup>4</sup>. Ese panorama en el que la regla era que la privación de libertad fuera bajo prisión preventiva y la excepción que fuera bajo el cumplimiento de una pena privativa de libertad, hizo que Raúl Zaffaroni llegara a afirmar que en Latinoamérica: “la pena, realmente, es la prisión preventiva, la sentencia condenatoria es el auto por el cual se somete al sujeto a prisión preventiva. La sentencia definitiva – continúa diciendo – es una especie de revisión, conforme a la cual se dice: bueno, soltamos al sujeto o sigue sometido a pena”<sup>5</sup>. Eso mismo llevó a que Fragozo indicase que la presunción de inocencia no existía en Latinoamérica<sup>6</sup>

En la década de los noventa del siglo pasado se inició un movimiento de reforma procesal penal en Latinoamérica, sobre la base principalmente del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988, que pretendía la substitución de los Códigos con una influencia predominantemente inquisitiva que existían en general en los diversos países latinoamericanos, por Códigos bajo el sistema mixto, como en general se conoce en Latinoamérica, acusatorio formal, bajo la denominación española, o inquisitivo reformado, según el término alemán, pero con una gran acentuación de rasgos acusatorios. Se pretendía adecuar la legislación a los requerimientos de los instrumentos internacionales de derechos humanos, considerándose que la legislación procesal inquisitiva existente había facilitado las violaciones a los derechos humanos en Latinoamérica. Todo ello se daba también como parte del proceso democratizador,

---

4 Carranza, 1990, pp. 16-17.

5 Cf. Zaffaroni, 1984, p. 40; Zaffaroni, 1989, p. 32.

6 Cf. Fragozo, 1984, p. 26.



que llevó a la superación de las dictaduras y además en el ámbito centroamericano como consecuencia de los acuerdos de paz<sup>7</sup>. Una de las mayores preocupaciones en el Código Modelo para Iberoamérica de 1988 era la regulación de la prisión preventiva, que fuera conforme a los principios de presunción de inocencia y de proporcionalidad. Sin embargo, debe reconocerse que uno de los aspectos en los que la legislación aprobada se apartó de la propuesta del Código Modelo fue en la regulación de la prisión preventiva, ya que en general se llegó a contemplar la causal de peligro de reiteración delictiva, unido a que en algunas legislaciones se mantuvieron las prohibiciones excarcelatorias, reguladas usualmente en leyes especiales, como las relativas a la sanción del tráfico de estupefacientes y de drogas. Por otro lado, el ámbito valorativo que conceden causales como la de peligro de fuga y de obstaculización, permitió que siguieran en muchos países aplicándose criterios restrictivos para el dictado de la prisión preventiva, siguiéndose al final de cuentas las prácticas que se habían desarrollado bajo los Códigos inquisitivos derogados. Por todo ello según estadísticas de ILANUD en el período 2005-2006, Uruguay tuvo un 94% de presos sin condena, Paraguay y Bolivia 73%, Perú 70%, Colombia 65%, México 59%, Argentina 58%, Ecuador y República Dominicana 56% y Venezuela 55%<sup>8</sup>. Todo ello no debe sino llevar a la afirmación de la actualidad de la discusión de la problemática entre la prisión preventiva y la presunción de inocencia, debiéndose resaltar la falta de concordancia de las legislaciones constitucionales latinoamericanas, que están entre las más garantistas del mundo, con la legislación ordinaria y la práctica judicial.

Latinoamérica actualmente ha visto que se ha agudizado la problemática de la seguridad ciudadana, relacionada con la delincuencia convencional, en particular los delitos violentos y los delitos en contra de la propiedad. La problemática del aumento del crimen y las causas del mismo es difícil de ser esclarecida, debido a su carácter muticausal. Desde la perspectiva neopunitivista se ha atribuido en forma demagógica las causas del aumento a la delincuencia violenta y contra la propiedad al exceso de garantismo de los Códigos Procesales

---

7 Sobre la reforma procesal penal en Latinoamérica: Llobet Rodríguez, 1992, pp. 33-92; Llobet Rodríguez, 1993; Llobet Rodríguez, 2005, pp. 549-560; Llobet Rodríguez, 2005a, pp. 211-319.

8 Datos suministrados por Elías Carranza, Director del ILANUD.

aprobados<sup>9</sup>. No se analizan los diversos factores que han influido en el aumento de la criminalidad violenta y no se toman en cuenta dentro de estos los cambios estructurales que se han producido en las últimas décadas, como consecuencia de las políticas neoliberales y el fomento del consumismo, el abandono de los principios de solidaridad y su substitución por el individualismo, todo lo cual ha provocado grandes cambios en la sociedad, en la familia y en el sistema educativo, llevando a una mayor exclusión social<sup>10</sup>.

En contra de ello, el neopunitivismo parte de una concepción muy arraigada en Latinoamérica de que se puede modificar una realidad social a partir de una reforma que imponga políticas de mano dura<sup>11</sup>. Esta concepción niega las causas sociales de la

---

9 Se ha podido leer en la Prensa costarricense: “¿Tiene derecho siquiera ser llamado humano el individuo que asalta sexualmente a una anciana que ronda los 80 años? ¿Merece un ladrón que irrumpió en la santidad de un hogar y dejó tras de sí un trabajador muerto, una viuda y dos huérfanos, ser amparado por los derechos humanos? Cambronero, 2008. Se ha dicho además: “¿Dónde está la Corte? Seguramente pensando en los derechos humanos de los delincuentes y haciendo cada vez más permisivas las leyes”. Lara Gamboa, F. (2008). Se ha indicado: “Un clima de inseguridad ciudadana causado por la indulgencia irresponsable de una serie de científicos sociales cuyas teorías humanistas y psicológicas nos han sumido en un ciclo vicioso de violencia. Esto ha repercutido en el hecho de que el Estado y su ordenamiento legal funcionan otorgándole una serie de garantías y beneficios a los agresores y criminales, en tanto el ciudadano común, que es quien sufre el azote del hampa, se encuentra indefenso, no porque no haya policía, sino porque se encuentra imposibilitada de actuar. Esto ha hecho al colmo en que un criminal ya no lo es tal, sino es un ‘antisocial’ y un prisionero es un ‘privado de libertad’, y la sociedad (léase científicos sociales) se desvive para mejorarle las condiciones de su merecido encierro. ¿Quién llora a las verdaderas víctimas? ¿Quién les da alivio a la desesperación de perder un ser querido o el trabajo de sus vidas en tanto el Estado deja caminar libres o con poca consecuencia a los maleantes? Heidenreich Brenes, (2008). Mario Ugalde, subdirector del Diario Extra ha indicado: “Uno de los factores que podría ser importante, es la generalizada campaña de algunos ‘idiotas’, que consideran todo acto de defensa contra los criminales, una violación a los derechos humanos. Me pregunto si estas mentes enfermas y cobardes que se colocan al lado de los criminales, no han pensado en los derechos humanos de los padres, hijos o hermanos que han perdido seres queridos en manos de estos ‘diablos’. Ugalde, 2008. Una crítica a estas posiciones en: Tavorari Oliveros (2005, pp. 54-57).

10 Cf. Castillo Barrantes (2008, pp. 399-414). Sobre el tema de la exclusión social y su relación con las maras y pandillas en Centroamérica: Llobet Rodríguez, 2007, pp. 193-217.

11 En este sentido señala Daniel Pastor que se concibe al Derecho Penal “como ‘sanatodo’ social o ‘gestor ordinario de los grandes problemas sociales, en lugar de

criminalidad, de modo que la criminalidad se afronta no a través de una buena política social, sino de una mayor represión. Por ello mismo el neopunitivismo crítica a los que analizan los factores sociales asociados a la delincuencia, ya que considera que con ello se llegan a justificar los actos criminales. Se critica desde el punto de vista procesal la presunción de inocencia, los límites a las inferencias en la intimidad, las prohibiciones probatorias, el derecho de defensa y en general la garantía del debido proceso. La propuesta estrella del neopunitivismo es la extensión de la prisión preventiva, con la justificación de garantizar la seguridad ciudadana, de modo dicha medida cautelar no tenga un carácter excepcional<sup>12</sup>. Así se critica que los delincuentes entran por una puerta y salen por otra, esperándose que con la mera denuncia se llegue al dictado de la privación de libertad y a una sentencia condenatoria. Por otro lado, dentro de los eslóganes del neopunitivismo se encuentra la afirmación de que se protegen por la legislación procesal los derechos de los delincuentes, pero no los de las víctimas. No es ajena al neopunitivismo la defensa de la tolerancia cero, que lleve a la detención de los excluidos sociales, por ejemplo las personas catalogadas como vagas, prostitutas, alcohólicos, drogadictos, etc., conforme a criterios propios de un Derecho Penal de autor. Unido a ello el neopunitivismo se asocia a un Derecho Penal del enemigo, que desconozca también conforme a un Derecho Penal de autor el carácter de persona a determinados grupos, por ejemplo los reincidentes, los abusadores sexuales, los

---

restringirlo a la tutela de unos pocos derechos fundamentales". Pastor, 2005, p. 78. Sobre el neopunitivismo o populismo penal: Larrauri, 2006, pp. 9-17; Elbert, 2007, pp. 190-193; Chirino, 2008, pp. 17-52; García Arán, 2008, pp. 85-113.

12 En definitiva la crítica a la falta de dictado de la prisión preventiva o a la concesión de la excarcelación, se traduce en una crítica a la presunción de inocencia. Véase la opinión de E. S. P. en la Nación del 3 de febrero de 1995, p. 14 A y la del Editorial de la Prensa Libre del 16 de enero de 1995. Una crítica a la falta de dictado de la prisión preventiva en: Mayorga, A. (2008). En un sentido similar dice Rodrigo París Steffens "A quién protege el Código, que permite que reincidentes y delincuentes, atrapados in fraganti, sean liberados con medidas cautelares ridículas, como firmar cada quince días, simplemente con probar que tienen arraigo, palabrita mágica que permite contra sentidos legales?. París Steffens (2008). Véase también: Murillo, Víctor Hugo (2008), quien dice: "Se escucha una y otra vez: 'Ahorita los sueltan'. Muchos ciudadanos están perdiendo la confianza en el sistema judicial en momentos cuando la seguridad se deteriora". En contra: Llobet Rodríguez, 2008, pp. 41-57; García Aguilar, 2008, pp. 9-39; Montero, 2004, pp. 96-98.

miembros de la delincuencia organizada y los terroristas. Se pretende una relativización de las garantías, que se reflejaría en particular en lo relativo a la prisión preventiva. En suma se está dispuesto al sacrificio de las libertades o derechos fundamentales, a cambio de que se garantice una mayor seguridad ciudadana. Todo ello se ha traducido en contra-reformas a la legislación procesal, endureciendo entre otros aspectos la regulación de la prisión preventiva, por ejemplo en El Salvador, Venezuela y Costa Rica, a lo que se suma una presión sobre los jueces para que ordenen la prisión preventiva en asuntos que han causado una gran alarma social. Este recurso a la prisión preventiva, como consecuencia del miedo al crimen y del aumento de la criminalidad fue criticado por Sergio García Ramírez en el voto razonado de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Bayarri<sup>13</sup>. El endurecimiento del sistema penal y de la regulación y práctica de la prisión preventiva ha hecho que Julio Maier haga referencia a “La esquizofrenia del Derecho Penal” actual, haciendo una serie de consideraciones que recuerdan lo que se hizo antes de Raúl Zaffaroni. Así ha indicado: “La ‘expansión hacia atrás’ (de la sentencia) de la fuerza pública, sobre todo en forma de privación de libertad, acerca de cuya aplicación anticipada y preventiva parece existir cada vez mayor consenso mediático y ciudadano, genera en el procedimiento penal un cambio fundamental de único método o instrumento para verificar la culpabilidad de una persona como autor de un hecho punible o participe en él, con el fin de autorizar una pena - o una medida de seguridad -, se convierte, cada

---

13 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Bayarri vs. Argentina, sentencia de 30 de octubre de 2008, voto razonado de Sergio García Ramírez: “8. No obstante los argumentos que campean para la reducción racional de la privación cautelar de la libertad, en diversos lugares se ha observado el empleo creciente, hasta ser desmesurado, de este medio supuestamente precautorio. Esta expansión resulta de lo que he llamado la “desesperación y exasperación” de la sociedad — la opinión pública o las corrientes que la informan y administran— frente al auge de la delincuencia. El temor que ésta impone a la sociedad, ante la impotencia de los instrumentos formales e informales del control social —ineficacia, insuficiencia, indiferencia, colusión—, sugiere al legislador una vía sencilla y expedita, aunque cuestionable y regularmente ineficaz: imponer la prisión preventiva en un creciente número de hipótesis, casi siempre en condiciones que igualan o empeoran las que rigen —constantemente denunciadas en las resoluciones de la Corte Interamericana— en un elevado número de reclusorios, que no hacen honor a su designio como planteles de readaptación, rehabilitación, reeducación, reinserción, etcétera”.

vez más rápidamente en un mecanismo de verificación – incoado por el propio Estado – acerca de si existe un eventual yerro estatal en la decisión autorizante de una pena ‘ya aplicada’ y en ejecución”<sup>14</sup>.

Así a la reforma procesal latinoamericana iniciada en la década de los noventa del siglo pasado, ha seguido poco después una contrarreforma, que ha incluido como aspecto fundamental la extensión del dictado de la prisión preventiva. A ello se han unido que las prácticas inquisitivas, consecuencia de los Códigos derogados, se hayan mantenido bajo la nueva legislación, ello en gran parte por el gran ámbito valorativo que implica la valoración en el caso concreto de los peligros de fuga y de obstaculización, a lo que se une la problemática causal de peligro de reiteración delictiva, lo mismo que la previsión legal o de hecho de la alarma social como justificadora de la prisión preventiva, a lo que se agregan las prohibiciones excarcelatorias con respecto a determinados delitos. A este divorcio entre la normativa constitucional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con la legislación y práctica judicial latinoamericana, se refirió, por ejemplo Sergio García Ramírez en la sentencia de la CIDH del caso Tibi, llamando a la reforma que se ha dado como de “pizarrón”, que funciona en el salón de clases y en los congresos, pero sin efectos en la disminución de los presos preventivos<sup>15</sup>.

Frente a la tendencia actual en Latinoamérica hacia la dureza del sistema penal y hacia una mayor extensión de la prisión preventiva

---

14 Maier, 2008, p. 897. Sobre ello véase además, pp. 875-900; 931-944.

15 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Tibi Vs. Ecuador, sentencia de 7 de septiembre de 2004, voto razonado de Sergio García Ramírez: “62. Pese al consenso doctrinal y a la oratoria política sobre la indispensable reducción de la prisión preventiva –que constituiría otra manifestación del carácter “mínimo” del sistema penal en una sociedad democrática, ya no sólo en orden a los tipos y las penas, sino también a los instrumentos del proceso–, la realidad ha instalado otra cosa. En nuestros países se prodiga la prisión preventiva, asociada a sistemas de enjuiciamiento que propician la lentitud del proceso. Es muy elevado el número de los presos sin condena, como lo ha puesto de relieve el Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD), con sede en San José, Costa Rica, al igual que la Corte Interamericana. Una buena parte del esfuerzo por llevar adelante la reforma del enjuiciamiento penal –no, por cierto, una “reforma de pizarrón”, que funciona en el salón de clases y en el seminario, pero no en la realidad indócil – debiera tener como objetivo la disminución drástica de este ejército de inculpados –es decir, “presuntos inocentes”– que pueblan las cárceles en número mayor, a menudo, que el de sus compañeros de cautiverio ya sentenciados”.

como un mecanismo que se estima esencial para la garantía de la seguridad ciudadana, convirtiéndose incluso la prisión preventiva en el principal instrumento de prevención general y de prevención especial de la criminalidad, es importante rescatar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, especialmente la sentencia del Caso Suárez Rosero<sup>16</sup>, como pionera, y la sentencia del caso Chaparro Álvarez, como la que ha realizado un desarrollo más profundo sobre la prisión preventiva<sup>17</sup>, lo mismo que las resoluciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, destacándose el informe 35-07, relativo al caso de Jorge, José y Dante Peirano Basso<sup>18</sup>. Por otro lado, deben resaltarse las consideraciones que sobre la presunción de inocencia y la prisión preventiva hace Sergio García Ramírez en los votos razonados de la sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de los casos Tibi<sup>19</sup>, López Álvarez<sup>20</sup> y Bayarri<sup>21</sup>, que desde una redacción más libre que la del pleno de la Corte Interamericana ha hecho mención a los problemas que envuelve la prisión preventiva en Latinoamérica.

A través de estas sentencias de la Corte Interamericana y de los informes de la Comisión Interamericana, puede obtenerse un límite a la demagogia del populismo penal. Es importante tener en cuenta además que de acuerdo con la Convención Americana de Derechos Humanos los fallos dictados en la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana son de obligatorio cumplimiento para las partes involucradas<sup>22</sup>, resultando que en diversos fallos la Corte Interamericana ha ordenado que el Estado responsable reforme su

---

16 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Suárez Rosero, sentencia de 12 de noviembre de 1997, No. 77. Sobre este caso: Bovino, 2005, pp. 3-54.

17 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 2007, especialmente 93, 101-103, 145-146.

18 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 35/07, caso 12.553, caso de Jorge, José, Dante Periano Basso contra la República Oriental de Uruguay.

19 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Tibi Vs. Ecuador, sentencia de 7 de septiembre de 2004, voto razonado de Sergio García Ramírez, No. 32-35, 61-63.

20 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso López Álvarez Vs. Honduras, sentencia de 1 de febrero de 2006, voto razonado de Sergio García Ramírez, No. 18-24.

21 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Bayarri vs. Argentina, sentencia de 30 de octubre de 2008, voto razonado de Sergio García Ramírez, No. 3-15.

22 Art. 68 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Cf. Llobet Rodríguez, 2008a, pp. 259-277.

legislación en un plazo razonable y no ha faltado tampoco algún caso en que ha dispuesto directamente la ineficacia de la legislación del Estado cuya responsabilidad se ha declarado<sup>23</sup>. Por otro lado, conforme al principio de buena fe en la recepción de los convenios internacionales, se considera que una resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos debería ser acatada también por los Estados que no participaron en el procedimiento contencioso en que se decretó, ello si no quieren que posteriormente se declare su responsabilidad en un procedimiento contencioso que se les siga. Igualmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resaltado que conforme al principio de buena fe también son de obligatorio cumplimiento los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>24</sup>. Con todo debe reconocerse la siempre precariedad de que goza la ejecución de las resoluciones del sistema de protección de los derechos humanos interamericano, debido a la inexistencia de una fuerza coactiva internacional que las ejecute<sup>25</sup>, lo que ha llevado en ocasiones a en diversos momentos, Estados como el Perú<sup>26</sup> y Venezuela<sup>27</sup>, hayan manifestado expresamente su voluntad

---

23 En el caso Barrios Altos la Corte Interamericana declaró directamente la ineficacia de la auto-amnistía (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Barrios Altos, sentencia de 30 de noviembre de 2001, No. 42. En otros casos como el de "La última tentación de Cristo" y el de Mauricio Herrera se ordenó al Estado modificar su legislación (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso La última tentación de Cristo, sentencia de 5 de febrero de 2001; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Mauricio Herrera, sentencia de 2 de julio de 2004). Cf. Llobet Rodríguez, 2008, pp. 268-271.

24 Sobre ello véase: Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Loaiza Tamayo, sentencia de 1 de septiembre de 1997, No. 80. Cf. Llobet Rodríguez, 2008a, p. 258.

25 Sobre el tema: Faúndez Ledesma, 2004, p. 916.

26 Indica Héctor Faúndez Ledesma que en cuanto al incumplimiento de lo resuelto por la Corte Interamericana: "(...) la situación más crítica se produjo cuando, a través de distintos órganos del Estado, incluyendo la Presidencia de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo Supremo de Justicia Militar, el Perú declaró 'inejecutables' las sentencias dictadas por la Corte Interamericana en los casos Loayza Tamayo (reparaciones) y Castillo Petruzzi y otros. Luego de la caída del régimen de Fujimori, el nuevo gobierno del Perú rápidamente adoptó las medidas indispensables para dar cumplimiento a las sentencias de la Corte". Faúndez Ledesma, 2004, p. 913.

27 La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela en sentencia de 18 de diciembre de 2008 consideró como no ejecutable la orden dada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de restituir a tres jueces que habían sido destituidos en 2003. Se consideró que las resoluciones de la Corte

de desobedecer las resoluciones desfavorables que se dictó en contra de ellos por la Corte Interamericana, o bien otros Estados, sin renegar expresamente de lo resuelto por la Corte Interamericana no han tenido la voluntad de cumplir lo resuelto por ésta, especialmente en lo relativo a la obligación de realizar una investigación seria tendiente a establecer los responsables de la violación de los derechos humanos.

La coexistencia de la presunción de inocencia y la prisión preventiva no es improbable, a lo que hizo mención en particular Sergio García Ramírez en el voto razonado de la sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos Tibi<sup>28</sup>, López

---

Interamericana de Derechos Humanos no son de obligatorio cumplimiento cuando violan la Constitución. <http://actualidad.terra.es/nacional/articulo/supremo-cidh-no-reincorporara-magistrados-3002211.htm>. Lo anterior relacionado con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela, sentencia de 5 de agosto de 2008.

28 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Tibi Vs. Ecuador, sentencia de 7 de septiembre de 2004, voto razonado de Sergio García Ramírez: “34. No pierdo de vista, por supuesto, los escollos que se oponen a la vigencia plena de esta presunción o de este principio. Lo son, incuestionablemente, las muy cuestionadas medidas precautorias en el proceso penal, a la cabeza de ellas la siempre combatida prisión preventiva. Y lo es el hecho mismo de que el enjuiciamiento se construye a partir de una idea de signo contrario: el indicio racional de criminalidad, la probable responsabilidad penal, la presencia de datos que permiten sustentar la participación de cierta persona en determinado delito, y así sucesivamente. 35. Con todo, esa presunción o ese principio representan una referencia de valor supremo para informar la construcción del proceso, resolver las dudas que se plantean en el curso de éste, rescatar las garantías y reducir las injerencias desmedidas. El carácter y la desembocadura de los actos procesales y del proceso en su conjunto son muy diferentes cuando se trata al enjuiciado “como si fuera culpable”, que es un rasgo del sistema inquisitivo, y cuando se le trata “como si fuera inocente”, que lo es del acusatorio. En fin de cuentas, lo que pretende la presunción o el principio de inocencia es excluir el prejuicio –juicio anticipado, general y condenatorio, que se dirige en contra del inculcado, sin miramiento sobre la prueba de los hechos y de la responsabilidad– y ahuyentar la sanción adelantada que se funda en vagas apariencias”.



## Álvarez<sup>29</sup> y Bayarri<sup>30</sup>. Se resaltó por García Ramírez en el voto razonado

29 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso López Álvarez Vs. Honduras, sentencia de 1 de febrero de 2006, voto razonado de Sergio García Ramírez: “4. La prisión preventiva, que precede a la punitiva en la historia de la privación de la libertad vinculada a la sanción actual o futura de los delitos, tropieza con obstáculos éticos y lógicos de primera magnitud. Basta recordar —evocando al clásico Beccaria— que constituye una pena anticipada a la proclamación oficial de la responsabilidad penal de quien la sufre. Este dato pone en guardia frente a la “justicia” de una medida que suprime, restringe o limita la libertad (en rigor, varias libertades o manifestaciones de la libertad humana: la ambulatoria, sin duda, pero también otras, irremisiblemente arrastradas por aquélla) aun antes de que el Estado resuelva, por el conducto pertinente, que existe un fundamento cierto y firme para suprimir, restringir o limitar esa libertad. Hay, pues, un juicio adelantado y en este sentido inoportuno, pero no por ello menos efectivo, sobre la responsabilidad penal del inculpaado. 5. Dificilmente se podría sostener, pues, que la prisión preventiva es una medida “justa”, aunque se practique al amparo de la justicia. Si es injusto castigar para saber si se puede castigar, habrá que buscar otros argumentos —a reserva de hallar, mejor aún, medidas sucedáneas de la privación de libertad— para sustentar la legitimidad de semejante medida. En otros términos, será preciso establecer que la privación cautelar de la libertad es “necesaria” desde la perspectiva de la justicia misma —en el caso concreto, por supuesto— y se halla provista por las razones y consideraciones que facultan al Estado para restringir derechos de los individuos: no hay derecho absoluto; todo derecho halla su límite en la frontera de los derechos ajenos, el bien común, el interés general, la seguridad de todos, siempre en el marco —estricto y exigente— de la sociedad democrática (artículos 30 y 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Cabe formular las mismas consideraciones, por cierto, a propósito de la otra vertiente privativa de la libertad: la prisión punitiva, medida penal en sentido estricto, que debiera reducirse a su expresión indispensable. Pero no es éste el tema del presente voto”.

30 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Bayarri vs. Argentina, sentencia de 30 de octubre de 2008, voto razonado de Sergio García Ramírez: “4. La prisión preventiva, que precede a la punitiva en la historia de la privación de la libertad vinculada a la sanción actual o futura de los delitos, tropieza con obstáculos éticos y lógicos de primera magnitud. Basta recordar —evocando al clásico Beccaria— que constituye una pena anticipada a la proclamación oficial de la responsabilidad penal de quien la sufre. Este dato pone en guardia frente a la ‘justicia’ de una medida que suprime, restringe o limita la libertad (en rigor, varias libertades o manifestaciones de la libertad humana: la ambulatoria, sin duda, pero también otras, irremisiblemente arrastradas por aquélla) aun antes de que el Estado resuelva, por el conducto pertinente, que existe un fundamento cierto y firme para suprimir, restringir o limitar esa libertad. Hay, pues, un juicio adelantado y en este sentido inoportuno, pero no por ello menos efectivo, sobre la responsabilidad penal del inculpaado. 5. Dificilmente se podría sostener, pues, que la prisión preventiva es una medida “justa”, aunque se practique al amparo de la justicia. Si es injusto castigar para saber si se puede castigar, habrá que buscar otros argumentos —a reserva de hallar, mejor aún, medidas sucedáneas de la privación de libertad— para sustentar la legitimidad de semejante medida. En otros términos, será preciso establecer

al caso Bayarri el alto grado de afectación que sufre el imputado con el dictado de la prisión preventiva<sup>31</sup>. Además en el caso López Álvarez hizo referencia a la dificultad para la diferenciación desde el punto de vista práctico, de la injerencia en los derechos del privado de libertad, entre la prisión preventiva y la pena privativa de libertad, resultando que en muchas ocasiones inclusive la primera es de más duración que la segunda<sup>32</sup>.

---

que la privación cautelar de la libertad es ‘necesaria desde la perspectiva de la justicia misma –en el caso concreto, por supuesto– y se halla provista por las razones y consideraciones que facultan al Estado para restringir derechos de los individuos: no hay derecho absoluto; todo derecho halla su límite en la frontera de los derechos ajenos, el bien común, el interés general, la seguridad de todos, siempre en el marco –estricto y exigente– de la sociedad democrática (artículos 30 y 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Cabe formular las mismas consideraciones, por cierto, a propósito de la otra vertiente privativa de la libertad: la prisión punitiva, medida penal en sentido estricto, que debiera reducirse a su expresión indispensable. Pero no es éste el tema del presente voto”. Señala más adelante: “7. No sobra reiterar lo que tanto se ha dicho: existe una tensión casi insoluble entre el gran aporte del liberalismo penal, que rescata los derechos del individuo y acota los poderes de la autoridad: la presunción o principio de inocencia –raíz de múltiples derechos particulares y fundamento de numerosos deberes públicos–, por una parte, y la prisión preventiva, por la otra. La subsistencia de ésta –no se diga su proliferación y agravamiento– militan directamente contra aquel principio: ¿cómo justificar la privación de libertad de quien es presuntamente inocente y debe ser tratado en los términos, tan garantistas, de esa presunción que le favorece? ¿Cómo confinar al inocente, incomunicarlo, restringir el ejercicio de otros derechos inevitablemente afectados, exponerlo a la vista pública como un presunto –o seguro– culpable?”.

31 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Bayarri vs. Argentina, sentencia de 30 de octubre de 2008, voto razonado de Sergio García Ramírez: “6. La prisión preventiva forma filas entre los medios de que se vale el Estado para asegurar –cautelar o precautoriamente– la buena marcha de la justicia y el eficaz cumplimiento de las decisiones jurisdiccionales. En este sentido, la preventiva obedece a los mismos factores y debiera atender las mismas reglas que gobiernan otros expedientes cautelares. Todos éstos entrañan cierta anticipación en el juicio, con el propósito de salvar el juicio mismo, si se permite la expresión. Empero, la preventiva es la más intensa y devastadora de esas medidas, incomparablemente más severa que la vigilancia por la autoridad, el aseguramiento de bienes, la prohibición de realizar determinadas operaciones o actividades, la limitación en la libertad de tránsito, etcétera. En realidad, todas las medidas precautorias generan daños difícilmente reparables, aunque compensables; la preventiva causa, por su parte, un daño absolutamente irreparable, como es la pérdida de tiempo de vida, con todo lo que ello significa: de ahí la necesidad de analizarla y adoptarla con infinito cuidado”.

32 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso López Álvarez Vs. Honduras, sentencia de 1 de febrero de 2006, voto razonado de Sergio García Ramírez: “18.

Debido a la problemática que implica que se pueda privar de libertad a una persona que se presume inocente, algunos autores han combatido el reconocimiento de la presunción de inocencia por considerarla incompatible con la prisión preventiva<sup>33</sup>. Otros, por el contrario, han criticado la posibilidad de que se dicte la prisión preventiva, por estimarla un quebranto a la presunción de inocencia<sup>34</sup>.

Sin embargo, ambas posiciones son minoritarias, sosteniéndose por la doctrina mayoritaria que la presunción de inocencia no implica que no pueda disponerse la prisión preventiva. Así cuando los autores latinoamericanos y alemanes se ocupan de la relación de la presunción de inocencia con la prisión preventiva, sostienen que la presunción de inocencia no podría significar que el imputado debiera estar libre de toda medida coercitiva durante el proceso, ya que ello haría que ningún proceso penal pudiera ser realizado<sup>35</sup>. Sin embargo, se reconoce a su vez que la presunción de inocencia influye la regulación de la prisión preventiva.

Prueba de la coexistencia de la presunción de inocencia y la prisión preventiva es que los instrumentos internacionales de

---

Una vez más nos hallamos ante el problema de la prisión preventiva, es decir, de la más severa de las medidas cautelares que hasta hoy conserva el enjuiciamiento penal, en tanto entraña una restricción profunda de la libertad, con muy importantes consecuencias. Solemos afirmar que la prisión preventiva no es una verdadera sanción; no constituye una medida punitiva, sino apenas precautoria y efímera. Técnicamente, es cierto. Sin embargo, considerado este fenómeno de cara a la realidad –aunque ésta tropiece con el tecnicismo– la prisión preventiva no difiere en nada, salvo en el nombre, de la prisión punitiva: ambas son privación de libertad, se desarrollan (a menudo) en pésimas condiciones, causan al sujeto y a quienes le rodean un severo gravamen material y psíquico, y traen consigo repercusiones de largo alcance, a veces devastadoras. Inclusive, en no pocas ocasiones –el Caso López Álvarez es muestra de ello, ciertamente no única– la reclusión preventiva se prolonga tanto o más que una reclusión punitiva. Por ello, entre otras cosas, es preciso ponderar seriamente la justificación, las características, la duración y las alternativas de la prisión preventiva”.

33 Cf. Garofalo, 1882, p. 392; Garofalo, s.f., pp. 452-453, 458-459, 461; Manzini, T. I, 1954; Manzini, 1960, pp. 43-44. Sobre ello: Llobet Rodríguez, 1995, pp. 48-60; Llobet Rodríguez, 1999, pp. 67-106.

34 Cf. Pastor, 2004, pp. 25-26; Ferrajoli, 1995, pp. 555-561; Larrauri, 1991, pp. 57-58; Anitua, 2003, p. 292. Rectificando la posición anterior y en contra de la abolición de la prisión preventiva: Pastor, 2007, pp. 456-457. Sobre ello: Llobet Rodríguez, 1999, pp. 126-132.

35 Cf. BVerfGE 35, 185 (190); BVerfGE 36, 264 (269-270); Sax, 1959, p. 987; Linß, 1991, p. 53.

derechos humanos regulan no solamente la presunción de inocencia, sino también la posibilidad de privar de libertad al imputado durante el proceso. Así la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establecen la presunción de inocencia como un principio fundamental, pero prevén también la posibilidad de que el imputado sea detenido, al disponer que toda persona detenida tiene derecho a ser juzgada en un plazo razonable<sup>36</sup>. Estos mismos instrumentos internacionales de Derechos Humanos reconocen la influencia de la presunción de inocencia sobre la regulación de la prisión preventiva. Así tanto la Convención Americana de Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establecen la necesidad de que los detenidos preventivamente estén separados de aquellos que cumplen una pena privativa de libertad<sup>37</sup>. Los dos tratados internacionales en dicha regulación enfatizan en el trato diferente que debe darse a los detenidos preventivamente, ello partiendo de su condición de personas no condenadas. Esto se encuentra desarrollado en diversas recomendaciones, reglas mínimas y directrices de la ONU, en la que se ha regulado la ejecución de la prisión preventiva, por ejemplo en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos<sup>38</sup>. Se enfatiza en dichas normas que debe respetarse la presunción de inocencia de las personas en prisión preventiva, estableciéndose un régimen especial para la ejecución de la privación de libertad. Con respecto a ello Sergio García Ramírez en su voto razonado a la sentencia del caso Tibi hizo mención a que la regulación de la presunción de inocencia se encuentra a la cabeza de las regulaciones sobre los procesados privados de libertad<sup>39</sup>.

---

36 Art. 7 inciso 5) de la CADH; Art. 9 inciso 3) del PIDCP. Véase además: Art. 9 inciso 3) del PIDCP. Sobre la temática de la prisión preventiva en los instrumentos internacionales de derechos humanos: Falcone, 2004, pp. 179-191.

37 Art. 5 inciso 4) de la CADH; Art. 10 inciso 2) a) del PIDCP.

38 Véase: Art. 84 inciso 2) de las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. Consúltese también: Arts. 16 y 18 de las reglas de la ONU para la protección de los menores privados de libertad y principios 8 y 36 inciso 1) del catálogo de principios para la protección de los sometidos a cualquier forma de encarcelamiento o prisión penal.

39 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Tibi Vs. Ecuador, sentencia de 7 de septiembre de 2004, voto razonado de Sergio García Ramírez: "33. Este principio se localiza a la cabeza de las disposiciones sobre procesados, en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, de 1955: 'El acusado gozará de una presunción

Una interpretación histórica lleva a conclusiones similares. Debe tenerse en cuenta que la regulación de la presunción de inocencia en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en las diversas declaraciones y convenciones de Derechos Humanos tiene sus raíces en la Declaración Francesa de Derechos Humanos de 1789. El Art. 9 de la misma indica:

Todo hombre se presume inocente mientras no haya sido declarado culpable; por ello, si se juzga indispensable detenerlo, todo rigor que no fuera necesario para asegurar su persona debe ser severamente reprimido por la ley.

En este artículo se contempló expresamente la presunción de inocencia, pero al mismo tiempo se señaló que no excluía la posibilidad de que al imputado se le privase de la libertad durante el transcurso del proceso. Sin embargo, dicha privación de libertad, como consecuencia de la presunción de inocencia, estaría sometida a limitaciones.

Una de las mayores preocupaciones de los diversos autores que ejercieron una influencia sobre la regulación de la presunción de inocencia en la Declaración Francesa de Derechos Humanos, por ejemplo Beccaria, fue precisamente la relación entre la presunción de inocencia con respecto a la prisión preventiva<sup>40</sup>. Así se reconoció que

---

de inocencia y deberá ser tratado en consecuencia' (regla 84.2). Y el Principio 36 del conjunto destinado a la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, de 1988, resuelve: 'Se presumirá la inocencia de toda persona sospechosa o acusada de un delito y se la tratará como tal mientras no haya sido probada su culpabilidad conforme a derecho en un juicio público en el que haya gozado de todas las garantías necesarias para su defensa'".

40 Indica Beccaria que "La estrechez de la cárcel (prisión preventiva) no puede ser más que la necesaria o para impedir la fuga o para que no se oculten las pruebas de los delitos". Beccaria, 1988, p. 61 (lo que se encuentra entre paréntesis no es del original). Sobre Beccaria y la prisión preventiva: Llobet Rodríguez, 2004, pp. 290-295. Otros como Marat y Pufendorf sólo admitieron el peligro de fuga como causal de prisión preventiva. Cf. Marat, 1955, p. 148; Pufendorf, No. 759, 1993 p. 51 Sobre ello véase: Llobet Rodríguez, 2006, p. 292. Con todo debe reconocerse que la mayor preocupación de la doctrina ilustrada era la prohibición de la tortura, para lo cual enfatizaba la existencia de una presunción de inocencia. Cf. Llobet Rodríguez, 1995, p. 71, nota al pie 256. Debido a que en ese entonces la prisión no tenía importancia como pena, la doctrina de la Ilustración no se preocupó mucho por la distinción entre pena privativa de libertad y prisión preventiva, aunque como se dijo, sí señaló que fines debía perseguir ésta. Sin embargo, como excepción Hobbes (1588-1679), que le asignó a la prisión preventiva una función

la presunción de inocencia traza límites a la regulación de la prisión preventiva. Ello hace posible determinar, como la versión moderna de la presunción de inocencia, que surge de la Declaración Francesa de Derechos Humanos<sup>41</sup>, está relacionada con la limitación al dictado de las medidas coercitivas.

Resumiendo, la presunción de inocencia no significa la prohibición de que se ordene la prisión preventiva, pero debe reconocerse que la presunción de inocencia ejerce influencia sobre la regulación de ésta.

En general sostiene la doctrina que la prisión preventiva no puede constituir una pena anticipada<sup>42</sup>. En ese sentido ha dicho el Tribunal Federal Constitucional alemán que la presunción de inocencia prohíbe que se dispongan medidas en anticipo de la pena, que en sus efectos igualen a la pena privativa de libertad<sup>43</sup>. En este sentido se pronunció la Corte Interamericana en el caso Acosta Calderón<sup>44</sup> y Chaparro

---

de simple aseguramiento del imputado, sí trató la distinción entre pena de prisión y prisión preventiva. Dijo: "Prisión existe cuando un hombre queda privado de libertad por la autoridad pública, privación que puede ocurrir de dos diversas maneras; una de ellas consiste en la custodia y vigilancia de un hombre acusado, la otra en infligir una penalidad a un condenado. La primera no es pena, porque nadie se supone que ha de ser castigado antes de ser judicialmente oído y declarado culpable. Por consiguiente, cualquier daño que se cause a un hombre, antes de que su causa sea oída en el sentido de sufrir encarcelamiento o privación más allá de lo que resulta necesario para asegurar su custodia, va contra la ley de la naturaleza". Hobbes, 1994, pp. 358-359.

41 De acuerdo con Köster con la regulación de la presunción de inocencia en la Declaración Francesa de Derechos Humanos y la previsión de ésta en los Códigos Procesales Penales orientados de acuerdo con los principios del Estado de Derecho, puede considerarse la historia jurídica del desarrollo de la presunción de inocencia por terminado. Köster, 1979, p. 115.

42 Cf. Maier, 1981, pp. 30-31; Maier, 2002, p. 522; Vélez Mariconde, 1969, T. I, p. 325; Eser, 1983, p. 160; Müller-Dietz, 1984, p. 83; Veit, 1971, p. 22; Zipf, 1977, p. 121; Joachimsky, 1991, p. 53; Kühne, 1993, Parr. 17, No. 136.2; Llobet Rodríguez, 1995, pp. 72-77.

43 BVerfGE 19, 347.

44 Corte Interamericana de Derechos humanos, caso Acosta Calderón Vs. Ecuador, sentencia de 24 de junio de 2005: "111. Esta Corte ha señalado que el principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. En este sentido, la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto figura en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles

Álvarez<sup>45</sup>, ello al negar que sea admisible que la prisión preventiva se convierta en una pena anticipada. Sin embargo, cuesta explicar qué puede significar esto, en particular cuando se trata de distinguir entre la prisión preventiva y la pena privativa de libertad, ya que ambas privaciones tienen efectos similares para quien las sufre, tal y como lo indicó Sergio García Ramírez en el voto razonado de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso López Álvarez, a lo que se hizo mención antes<sup>46</sup>. Ello ha llevado a que Müller-Dietz haya dicho que la distinción solamente puede hacerse desde el punto de vista de la finalidad de la privación de libertad<sup>47</sup>. Se llega a señalar en forma expresa que la prisión preventiva, como consecuencia de la presunción de inocencia, no puede perseguir fines de prevención general ni especial. A esta conclusión tiende un sector de la doctrina alemana<sup>48</sup> y latinoamericana<sup>49</sup>. De gran importancia al respecto es el

---

y Políticos dispone que la prisión preventiva de los procesados no debe constituir la regla general (artículo 9.3). Se incurriría en una violación a la Convención al privar de libertad, por un plazo desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene los principios generales del derecho universalmente reconocidos”.

45 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 2007: “146. La Corte ha señalado que se incurriría en una violación a la Convención al privar de libertad, por un plazo desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida, puesto que equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene los principios generales del derecho universalmente reconocidos”.

46 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso López Álvarez Vs. Honduras, sentencia de 1 de febrero de 2006, voto razonado de Sergio García Ramírez, No. 18, arriba citado.

47 Müller-Dietz, 1984, p. 83.

48 Cf. Arbeitskreis Strafprozeßreform, 1983, pp. 31-32; Fachausschuß I „Strafrecht und Strafvollzug“ des Bundeszusammenschlusses für Straffälligenhilfe, 1983, p. 11; Hassemer, 1984, pp. 40-41; Hassemer, 1998, pp. 105-127; Heinz, 1987, pp. 7-8; Jung, 1985, p. 33; Krauß, 1971, p. 161; Linß, 1991, p. 43. Müller-Dietz, 1981, pp. 1268-1269; Wolter, 1981, p. 454 ss. La prohibición de que la prisión preventiva cumpla funciones de prevención general y especial, es una conclusión a la que tiende la doctrina latinoamericana. Véase al respecto la bibliografía que se cita en: Llobet Rodríguez, 1995, p. 99, nota al pie 15.

49 Cf. Abal Oliú, 1986, p. 172; Cafferata Nores, 1983, p. 32; Cafferata Nores, 1986, pp. 1-13; Clariá Olmedo, 1975, p. 39; Cruz Castro, 1989, pp. 113-120; De la Rúa/Maier, 1982, p. 90; Guariglia, 1993, p. 84; Llobet Rodríguez, 1991, pp. 306-307; Maier, 1978, p. 199; Maier, T. Ib, 1989, pp. 252-289; Minvielle, 1988, p. 92; Torres Gudiño, 1973, p. 125; Vélez Mariconde, 1962, pp. 12-13; Vélez Mariconde, T. I, 1969, pp. 325,

caso Chaparro Álvarez, en el que la Corte Interamericana dijo que la privación de libertad no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales<sup>50</sup>. En este sentido en forma reiterada la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que la prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva, por ejemplo en los casos Suárez Rosero<sup>51</sup>, Acosta Calderón<sup>52</sup>, López Álvarez<sup>53</sup>, García Asto<sup>54</sup>, Chaparro Álvarez<sup>55</sup> y Bayarri<sup>56</sup>.

---

331-332; Vitele, 1990, pp. 170-171; propuesta No. 9 del III Encuentro de Profesores Argentinos de Derecho Procesal Penal de 1987. En: Cafferata Nores, 1991, pp. 68-69. En general la doctrina latinoamericana admite solamente la prevención de la fuga y de la obstaculización, como fines de la prisión preventiva. Se tiende actualmente a exigir que debe darse en concreto el peligro de fuga o de obstaculización, por ejemplo por Julio Maier, aunque algunos autores, como por ejemplo Alfredo Vélez Mariconde y Jorge Clariá Olmedo, admiten como legítimas la llamada "presunción de fuga", con base en el monto de la pena prevista para el delito atribuido, no exigiendo con ello el peligro concreto de fuga o de obstaculización. Sin embargo, es discutible que esa presunción de fuga no contenga realmente una consideración de prevención general tras de sí. En este sentido: Llobet Rodríguez, 1995, pp. 112-119. Por otro lado, Alberto Bovino, gran crítico de la prisión preventiva, considera que de acuerdo con el artículo 7, No. 5, de la Convención Americana de Derechos Humanos solamente es admisible la causal de peligro de fuga. Cf. Bovino, 2005, pp. 40-41.

50 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 2007: "103 (...) La privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar, como se señaló anteriormente (supra párr. 93), en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia".

51 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Suárez Rosero, sentencia de 12 de noviembre de 1997: "77 (...) La prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva (...)".

52 Corte Interamericana de Derechos humanos, caso Acosta Calderón Vs. Ecuador, sentencia de 24 de junio de 2005, No. 75: "(...) el Tribunal considera que la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva (...)".

53 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso López Álvarez Vs. Honduras, sentencia de 1 de febrero de 2006: "69 (...) La prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva (...)".

54 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2005: "106 (...) El Tribunal ha señalado que la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva".

55 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 2007: "145 (...) La prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva."

56 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Bayarri vs. Argentina, sentencia de 30 de octubre de 2008: "110. Este Tribunal ha establecido que, al ser la prisión



Con todo, se afirma que la prisión preventiva debe cumplir una función procesal, lo que lleva a que se diga que solamente son admisibles las causales de peligro concreto de fuga y de obstaculización, tal y como lo afirmaba Beccaria<sup>57</sup>. Ello ha sido afirmado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde el caso Suárez Rosero<sup>58</sup>, siendo reiterado en diversos fallos posteriores, por ejemplo en los casos Tibi<sup>59</sup>, Palamara Iribarne<sup>60</sup>, Acosta Calderón<sup>61</sup>, López Álvarez<sup>62</sup>,

---

preventiva una medida cautelar y no punitiva (...)"

57 Beccaria, 1988, p. 61.

58 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Suárez Rosero, sentencia de 12 de noviembre de 1997: "77. Esta Corte estima que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva (...)"

59 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Tibi Vs. Ecuador, sentencia de 7 de septiembre de 2004, No. 180: "Esta Corte ha señalado que el principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia (...)"

60 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Palamara Iribarne Vs. Chile, sentencia de 22 de noviembre de 2005: "198. En ocasiones excepcionales, el Estado puede ordenar la prisión preventiva cuando se cumpla con los requisitos necesarios para restringir el derecho a la libertad personal, existan indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia (...)"

61 Corte Interamericana de Derechos humanos, caso Acosta Calderón Vs. Ecuador, sentencia de 24 de junio de 2005: "111. Esta Corte ha señalado que el principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. En este sentido, la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva (...)"

62 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso López Álvarez Vs. Honduras, sentencia de 1 de febrero de 2006: "69. Del artículo 7.3 de la Convención se desprende la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia (...)"

Servellón García<sup>63</sup>, Chaparro Álvarez<sup>64</sup>, Yvon Neptune<sup>65</sup> y Bayarri<sup>66</sup>. Es importante tener en cuenta que en esas sentencias se ha exigido por la Corte Interamericana que el peligro de fuga o de obstaculización sea concreto, lo que excluye las llamadas presunciones de fuga con base en el monto de la pena esperada, tan frecuentes antes del proceso de reforma procesal en Latinoamérica y que perduran todavía en algunos países. Lo anterior fue desarrollado especialmente en las sentencias de

---

63 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Servellón García y otros Vs. Honduras, sentencia de 21 de septiembre de 2006: “90 (...) La Corte ha establecido que para que se cumplan los requisitos necesarios para restringir el derecho a la libertad personal, deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que la detención sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludiré la acción de la justicia (...)”.

64 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 2007: “93 (...) Este Tribunal ha reconocido como fines legítimos el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludiré la acción de la justicia (...)”. También: “103 (...) La privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar, como se señaló anteriormente (supra párr. 93), en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludiré la acción de la justicia”. Además: “145. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludiré la acción de la justicia. En este sentido, la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva”.

65 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Yvon Neptune vs. Haití, sentencia de 6 de mayo de 2008: “(...) Este Tribunal ha reconocido como fines legítimos el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludiré la acción de la justicia (...)”.

66 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Bayarri vs. Argentina, sentencia de 30 de octubre de 2008: “74 (...) Las autoridades nacionales deben ofrecer los fundamentos suficientes que permitan conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad, la cual, para que sea compatible con el artículo 7.3 de la Convención Americana, debe estar fundada en la necesidad de asegurar que el detenido no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludiré la acción de la justicia (...)”.

los casos Chaparro Álvarez<sup>67</sup> y Bayarri<sup>68</sup>, en el que se enfatizó el deber de fundamentar el dictado de la prisión preventiva y de analizar el cumplimiento de los diversos requisitos para el dictado de la misma. Por ello mismo se ha enfatizado que en cuanto dejen de subsistir las razones que llevaron al dictado de la prisión preventiva, debe dejarse sin efecto la misma, lo que implica la obligación de revisión periódica, lo que se indicó por ejemplo los casos Chaparro Álvarez<sup>69</sup> y Bayarri<sup>70</sup>.

---

67 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 2007: “107. El Tribunal recalca que son las autoridades nacionales las encargadas de valorar la pertinencia o no del mantenimiento de las medidas cautelares que emiten conforme a su propio ordenamiento. Al realizar esta tarea, las autoridades nacionales deben ofrecer la fundamentación suficiente que permita a los interesados conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad. Para determinar lo anterior, es necesario analizar si las actuaciones judiciales garantizaron no solamente la posibilidad formal de interponer alegatos sino la forma en que, sustantivamente, el derecho de defensa se manifestó como verdadera salvaguarda de los derechos del procesado, de tal suerte que implicara una respuesta motivada y oportuna por parte de las autoridades en relación con los descargos. Al respecto, el Tribunal ha resaltado que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. La motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión. En este entendido, la Corte reseña los argumentos ofrecidos por las víctimas para conseguir su libertad y la respuesta que obtuvieron de las autoridades competentes”.

68 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Bayarri vs. Argentina, sentencia de 30 de octubre de 2008: “74. La prisión preventiva no debe prolongarse cuando no subsistan las razones que motivaron la adopción de la medida cautelar. El Tribunal ha observado que son las autoridades nacionales las encargadas de valorar la pertinencia o no del mantenimiento de las medidas cautelares que emiten conforme a su propio ordenamiento. Al realizar esta tarea, las autoridades nacionales deben ofrecer los fundamentos suficientes que permitan conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad (...)”.

69 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 2007: “117. La Corte resalta que en los casos de personas detenidas los jueces no tienen que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que los detenidos recuperen su libertad, sino que deben valorar periódicamente que las causas y fines que justificaron la privación de libertad se mantienen, si la medida cautelar todavía es absolutamente necesaria para la consecución de esos fines y si es proporcional. En cualquier momento que la medida cautelar carezca de alguna de estas condiciones, deberá decretarse la libertad. De igual forma, ante cada solicitud de liberación del detenido, el juez tiene que motivar aunque sea en forma mínima las razones por las que considera que la prisión preventiva debe mantenerse”.

70 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Bayarri vs. Argentina, sentencia de 30 de octubre de 2008: “76. El Tribunal resalta que, además, el juez no tiene que

En forma expresa en el informe 35-07 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se ha negado la posibilidad de que se ordene la prisión preventiva para evitar que el imputado cometa nuevos hechos delictivos<sup>71</sup>. Con ello se desautorizó el peligro de reiteración como causal de prisión preventiva, a la prisión preventiva a los delincuentes habituales o a los reincidentes, causales asociadas a la prevención especial negativa y que en general son autorizadas en la legislación latinoamericana<sup>72</sup>. En el informe indicado la Comisión Interamericana también desautorizó que se pudiera ordenar la prisión preventiva para tranquilizar al público, debido a la repercusión del hecho<sup>73</sup>. Además

---

esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que una persona detenida recupere su libertad, sino debe valorar periódicamente si las causas, necesidad y proporcionalidad de la medida se mantienen, y si el plazo de la detención ha sobrepasado los límites que imponen la ley y la razón. En cualquier momento en que aparezca que la prisión preventiva no satisface estas condiciones, deberá decretarse la libertad sin perjuicio de que el proceso respectivo continúe”.

71 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 35/07, caso 12.553, caso de Jorge, José, Dante Periano Basso contra la República Oriental de Uruguay: “84. Como se ha dicho, esta limitación al derecho a la libertad personal, como toda restricción, debe ser interpretada siempre en favor de la vigencia del derecho; en virtud del principio pro homine. Por ello, se deben desechar todos los demás esfuerzos por fundamentar la prisión durante el proceso basados, por ejemplo, en fines preventivos como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delitos en el futuro o la repercusión social del hecho, no sólo por el principio enunciado sino, también, porque se apoyan en criterios de derecho penal material, no procesal, propios de la respuesta punitiva. Esos son criterios basados en la evaluación del hecho pasado, que no responden a la finalidad de toda medida cautelar por medio de la cual se intenta prever o evitar hechos que hacen, exclusivamente, a cuestiones procesales del objeto de la investigación y se viola, así el principio de inocencia. Este principio impide aplicar una consecuencia de carácter sancionador a personas que aún no han sido declaradas culpables en el marco de una investigación penal”.

72 Sobre el quebranto a la presunción de inocencia por la causal de peligro de reiteración delictiva y las causales relacionadas con ella, por ejemplo la prohibición de prisión preventiva para los delincuentes reincidentes, los habituales y los que tengan otros procesos pendientes: Llobet Rodríguez, 1992b, pp. 517-527; Llobet Rodríguez, 1999, pp. 194-216. Se analizan allí las discusiones que han existido con respecto a la causal de peligro de reiteración delictiva, la que ha sido tratada de justificar con base en la necesidad de protección de la colectividad, utilizando el principio de proporcionalidad en contra del imputado.

73 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 35/07, caso 12.553, caso de Jorge, José, Dante Periano Basso contra la República Oriental de Uruguay, No. 84. Véase la cita trasanterior.

se pronunció en contra de los delitos no excarcelables<sup>74</sup>, rechazados por la doctrina latinoamericana, pero tan frecuentes en la legislación de Latinoamérica<sup>75</sup>. Con esto se ratificó lo indicado en el informe 77-02, que tenía como antecedente el 12-96 de la Comisión<sup>76</sup>, pero que se había contrapuesto al informe 30-97, que había admitido el peligro de reiteración delictiva y la necesidad de tranquilizar al público, aunque rechazó los delitos no excarcelables. Ya las referencias explícitas al rechazo del peligro de reiteración, de la alarma social y de los delitos no excarcelables, se podía deducir de diversas resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo en el caso López Álvarez, se dijo que las características del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente

---

74 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 35/07, caso 12.553, caso de Jorge, José, Dante Periano Basso contra la República Oriental de Uruguay: "141. En cuanto a este tipo de relación, en ningún caso la ley podrá disponer que algún tipo de delito quede excluido del régimen establecido para el cese de prisión preventiva o que determinados delitos reciban un tratamiento distinto respecto de los otros en materia de libertad durante el proceso, sin base en criterios objetivos y legítimos de discriminación, por la sola circunstancia de responder a estándares como 'alarma social', 'repercusión social', 'peligrosidad' o algún otro. Esos juicios se fundamentan en criterios materiales, desvirtúan la naturaleza cautelar de la prisión preventiva al convertirla en una verdadera pena anticipada, pues el predicamento de que todos los culpables reciban pena presupone, precisamente, la previa declaración de su culpabilidad".

75 La doctrina mayoritaria latinoamericana es contraria a las prohibiciones excarcelatorias que con respecto a determinados delitos se establecen en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas. Cf. Arias, 1990, pp. 61-63; Carranza/Mora Mora/Houed Vega/Zaffaroni, 1988, pp. 116-117; Clariá Olmedo, T. V, 1964, p. 318; Clariá Olmedo, 1973, pp. 89-91; Cruz Castro, 1989, p. 116; Guzmán, 1973, p. 37; Hendler, 1984, pp. 729-732; Llobet Rodríguez, 1991, p. 319; Maier, 1981, p. 48; Torres, 1976, pp. 49-52; Vélez Mariconde, T. I, 1969, p. 340; Vitele, 1990, p. 474; Zaffaroni, 1984a, pp. 535-536. En contra: Álvarez, 1982-1983, pp. 200-202; Chichizola, 1963, p. 154; Huacuja Betancourt, 1989, pp. 101-102; Vela, 1981, p. 10. Sobre el tema: Llobet Rodríguez, 1995, pp. 120-123

76 Sobre este informe véase: Falcone, 2004, p. 184.

de la prisión preventiva<sup>77</sup>. Ello fue reiterado en el caso Bayarri<sup>78</sup>. Además en el López Álvarez se hizo mención también a la prohibición de delitos no excarcelables con base en la pena prevista en abstracto. Además se indicó que en ningún caso la aplicación de la prisión preventiva estará determinada por el tipo de delito que se atribuye<sup>79</sup>. En el caso Palamaca Iribarte la Corte Interamericana se había anticipado a la prohibición de que con base en la pena se establecieran delitos no excarcelables<sup>80</sup>.

---

77 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso López Álvarez Vs. Honduras, sentencia de 1 de febrero de 2006. “69. Del artículo 7.3 de la Convención se desprende la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva (...)”.

78 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Bayarri vs. Argentina, sentencia de 30 de octubre de 2008: “74) (...) Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva (...)”.

79 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso López Álvarez Vs. Honduras, sentencia de 1 de febrero de 2006: “81. En el presente caso, pese a que el artículo 93 de la Constitución de Honduras determina que “[a]ún con auto de prisión, ninguna persona puede ser llevada a la cárcel ni detenida [...], si otorga caución suficiente”, el artículo 433 del Código de Procedimientos Penales sólo permitía la concesión de dicho beneficio en el supuesto de delitos que “no merezca[n] pena de reclusión que pase de cinco años”. La pena aplicable por tráfico ilícito de drogas, del que se acusó a la presunta víctima, era de 15 a 20 años de reclusión. En razón de ello, la privación de la libertad a que fue sometido el señor Alfredo López Álvarez fue también consecuencia de lo dispuesto en la legislación procesal penal. Dicha legislación ignoraba la necesidad, consagrada en la Convención Americana, de que la prisión preventiva se justificara en el caso concreto, a través de una ponderación de los elementos que concurran en éste, y que en ningún caso la aplicación de tal medida cautelar sea determinada por el tipo de delito que se impute al individuo”.

80 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Palamara Iribarne Vs. Chile, sentencia de 22 de noviembre de 2005: “212. En la jurisdicción militar chilena, al parecer, la prisión preventiva procede como regla y no como excepción. De las normas del Código de Justicia Militar y del Código Procesal Penal aplicado al señor Palamara Iribarne que regulan la prisión preventiva se desprende que al momento de emitir el auto de procesamiento el juez puede conceder la excarcelación al procesado sin caución alguna cuando ‘el delito de que se trata está sancionado únicamente con penas pecuniarias o privativas de derechos, o con una pena privativa o restrictiva de la libertad de duración no superior a la de presidio menor en su grado mínimo’. Es decir, la libertad condicional es un ‘beneficio’ que el juez puede otorgar al procesado cuando se reúnen ciertos requisitos exigidos por la ley, partiendo de la premisa de la privación de su libertad como regla”.

Por otro lado, como se dijo antes, en el caso Chaparro Álvarez la Corte Interamericana en forma expresa se pronunció en contra de los fines preventivo-generales y de los fines preventivo especiales de la prisión preventiva<sup>81</sup>, lo que desautoriza implícitamente causales de prisión preventiva como la alarma social y la flagrancia como supuesto que autoriza dicha prisión, asociada a la necesidad de tranquilizar a la comunidad<sup>82</sup>. Estas causales tienen relación con la prevención general, lo mismo que la prohibición de excarcelación y la necesidad del dictado de prisión preventiva cuando la pena prevista supera un determinado monto. Por ello mismo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso García Asto desautorizó que se fundamentara la prisión preventiva solamente en la gravedad del hecho y la pena prevista para el delito que se imputa<sup>83</sup>.

Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Servellón García se pronunció en contra de las detenciones masivas realizadas sin ningún fundamento legal y con base en la apariencia<sup>84</sup>, lo que debe decirse está relacionado con las políticas de tolerancia cero importadas de los Estados Unidos de América.

---

81 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 2007: "103 (...) La privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena (...)".

82 En el siglo XIX Zucker indicó que el encarcelamiento del atrapado in fraganti persigue tranquilizar el ánimo de la comunidad. Cf. Zucker, III Sección, 1879, p. 17. En contra de la prisión preventiva del atrapado in fraganti, por el mero hecho de haberlo sido: Llobet Rodríguez, 1995, pp. 126-128.

83 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2005: "128. El artículo 135 del Código Procesal Penal establecía que no constituiría "criterio suficiente para establecer la intención de eludir a la justicia, la pena prevista en la Ley para el delito que se le imputa". Sin embargo, el Primer Juzgado Especializado presumió que el imputado trataría de eludir la acción de la justicia por "la gravedad del hecho imputado y las consecuencias jurídicas que acarrearía la probanza de los mismos". Al respecto, este Tribunal advierte que en el presente caso el Primer Juzgado Especializado Penal en Delito de Terrorismo no presentó motivación suficiente para mantener la detención del señor Wilson García Asto".

84 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Servellón García y otros vs. Honduras, sentencia de 21 de septiembre de 2006: "93. Por ello, una detención masiva y programada de personas sin causa legal, en la que el Estado detiene masivamente a personas que la autoridad supone que podrían representar un riesgo o peligro a la seguridad de los demás, sin indicios fundados de la comisión de un delito, constituye una detención ilegal y arbitraria. En concordancia con ello, en el Caso Bulacio la Corte

Debe resaltarse que en todo ello la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, deben ser elogiadas, ya que han llegado más lejos que la Corte Europea de Derechos, que no ha rechazado la posibilidad del dictado de la prisión preventiva en casos de peligro de reiteración delictiva<sup>85</sup>. Con todo no debe dejarse de reconocer la influencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, especialmente en el tema de la prohibición de que la prisión preventiva supere el plazo razonable, a lo que se hará mención luego.

Esto tiene importancia con respecto a los fines de la prisión preventiva y las causales de la misma, pero también lo tiene en relación

---

estableció que las razzas son incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales, entre otros, la presunción de inocencia, la existencia de orden judicial para detener – salvo en hipótesis de flagrancia- y la obligación de notificar a los encargados de los menores de edad”. Señaló además: “96. Las detenciones programadas y colectivas, las que no se encuentran fundadas en la individualización de conductas punibles y que carecen del control judicial, son contrarias a la presunción de inocencia, coartan indebidamente la libertad personal y transforman la detención preventiva en un mecanismo discriminatorio, por lo que el Estado no puede realizarlas, en circunstancia alguna”.

85 Al analizar la razonabilidad de la duración de la prisión preventiva el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha controlado si existe peligro de fuga, peligro de obstaculización, peligro de reiteración o la necesidad de mantener el orden público. Por ejemplo en lo relativo con el peligro de reiteración Cf. caso Ringeisen (sentencia del 16-7-1971); caso Störmüller (sentencia del 10-11-1969); caso Clooth (sentencia del 12-12-91) en: RUDH 1991, 582 (584); caso Toth (sentencia del 12-12-91), RUDH 1991, 578 (579). Sobre ello: Grabenwarter, 2003, Par. 21, No. 8, p. 184; Falcone, 2004, p. 184; Woischnik, 2003, p. 271, nota al pie 846; Llobet Rodríguez, 1999, pp. 215-216. Un argumento que se da en Alemania en favor de la causal de peligro de reiteración, es que de acuerdo con el Art. 5 aparte 1 c) de la convención europea de derechos humanos dicha causal está autorizada. Cf. BVerfGE 35, 185 (191); KK-Boujong, 1993, Par. 112a, No. 3; Dreher, 1970, p. 967; Gnam, 1972, pp. 249-250; Kleinknecht, 1965, p. 116; Kleinknecht/Meyer/Meyer-Gößner, 1993, Par. 112a, No. 1; R. Schmitt, 1965, p. 194; Schorn, 1965, p. 842; Speck, 1969, p. 181; Kuhne, 2003, No. 421, p. 225. El principio 2 inciso 2 de la recomendación No. R (80) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa contempla el peligro de reiteración como causal de prisión preventiva para hechos de gravedad. Se discute, sin embargo, si realmente dicho artículo contempla la causal de prisión preventiva por peligro de reiteración delictiva, pues algún sector minoritario sostiene que se prevé solamente el encarcelamiento hasta la decisión del juez sobre dicha medida preventiva. Cf. Kühne, 1993, Par. 24, No. 193, nota al pie 12; Trechsel, 1974, p. 228; Grabenwarter, 2003, Par. 21, No. 8, p. 184; Falcone, 2004, p. 184; Woischnik, 2003, p. 271, nota al pie 846; Llobet Rodríguez, 1999, pp. 215-216.



con la ejecución de la prisión preventiva<sup>86</sup>. La misma Convención Americana de Derechos Humanos señala que los presos preventivos deben ser separados de los condenados y deben ser tratados conforme a su condición. En el caso *Yvon Neptune* se enfatizó por la Corte Interamericana sobre la relación entre la obligación de separación entre separados y condenados, estableciendo la relación de ello con la presunción de inocencia y el trato como inocentes que se le debe dar a los procesados<sup>87</sup>. La Corte en otras sentencias ya había hecho referencia a esta separación entre procesados y condenados, pero

---

86 Cf. Arbeitskreis Strafprozessreform, 1983, p. 54; Baumann, 1990, pp. 10, 12; Haberstroh, 1984, pp. 232-233; Isola, 1987, p. 33; Seebode, 1988, p. 45; Müller-Dietz, 1991, p. 227; Winkelmann/Engsterhold, 1993, pp. 113-114. § 2 (1) del proyecto de una ley de ejecución penal, presentado por la comunidad de trabajo de juristas socialdemócratas en 1986 indica: "En la ejecución de la prisión preventiva debe considerarse que el preso vale como inocente hasta que no haya sido condenado por sentencia firme". El Par. 3 inciso 2) del proyecto de ejecución de la prisión preventiva presentado por Baumann prevé: "Todo apariencia a una pena así como toda presunción de culpabilidad es inadmisibles. El tratamiento de los presos debe tener en cuenta esto". Baumann, 1981, p. 10. Se critica por la doctrina que aunque teóricamente la situación de los presos preventivos debería ser mejor que aquella de los que cumplen pena privativa de libertad, en la práctica impera lo contrario. Cf. Isola, 1987, p. 32; Preusker, 1981, p. 136; Seebode, 1991, p. 183.

87 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Yvon Neptune vs. Haití*, sentencia de 6 de mayo de 2008: "145. El Comité de Derechos Humanos ha señalado, en su Observación general no. 21 sobre el trato humano de las personas privadas de libertad, que la separación entre procesados y condenados establecida en el artículo 10.2.a) del Pacto es "necesaria para recalcar su condición de personas no condenadas; que están también protegidas por la presunción de inocencia establecida en el párrafo 2 del artículo 14 del Pacto". Además, el Comité señaló que "[l]os Estados Partes deben indicar [...] en sus informes las modalidades de separación de los procesados y los condenados y precisar las diferencias entre los regímenes que se aplican a unos y otros". 146. Esta Corte ha considerado que el artículo 5.4 de la Convención Americana impone a los Estados la obligación de establecer un sistema de clasificación de los reclusos en los centros penitenciarios, de manera que se garantice que los procesados sean separados de los condenados y que reciban un tratamiento adecuado a su condición de persona no condenada. Estas garantías pueden ser entendidas como corolario del derecho de una persona procesada a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad, el cual está reconocido en el artículo 8.2 de la Convención. Corresponde al Estado demostrar la existencia y funcionamiento de un sistema de clasificación que respete las garantías establecidas en el artículo 5.4 de la Convención, así como la existencia de circunstancias excepcionales en caso de no separar los procesados de los condenados. 147. La Corte estima que la separación de los procesados y de los condenados requiere no solamente mantenerlos en diferentes celdas, sino también que estas celdas estén ubicadas en diferentes secciones dentro

sin hacer un mayor desarrollo al respecto, por ejemplo en el caso del Instituto de Reeducción del Menor, se hizo mención a la necesidad de distinción en el trato de los procesados y los condenados<sup>88</sup>. En el caso Tibi la Corte Interamericana se refirió también a la división entre presos preventivos y condenados, aunque no hizo mención a la diferenciación de tratamiento, sino al sometimiento de los presos preventivos a una mayor situación de violencia cuando no se les separa de los condenados<sup>89</sup>.

De acuerdo con mi criterio, la limitación de la prisión preventiva a fines procesales y no los propios de la pena, es insuficiente, ya que la prisión preventiva supone una injerencia de gran gravedad a la libertad personal, que debe ser tolerada por una persona que se presume inocente. Ello debe llevar a considerarlo como un sacrificio especial indemnizable, conforme a la reglas de responsabilidad civil estatal por conducta lícita<sup>90</sup>, ello tanto si luego es condenado, como si es absuelto, solamente que en el caso de la condena la reparación considerará la deducción que debe hacerse de la pena de prisión que deba cumplirse,

---

de un determinado centro de detención, o en diferentes establecimientos si resultara posible”.

88 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay, sentencia de 2 de septiembre de 2004: “169. Además, ha quedado establecido que los internos del Instituto procesados sin sentencia no estaban separados de los condenados y, por tanto, todos los internos eran sometidos al mismo trato sin distinción alguna (...)”.

89 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Tibi Vs. Ecuador, sentencia de 7 de septiembre de 2004: “169. Además, ha quedado establecido que los internos del Instituto procesados sin sentencia no estaban separados de los condenados y, por tanto, todos los internos eran sometidos al mismo trato sin distinción alguna (supra párrs. 134.20 y 134.21). Esta situación coadyuvó a que en el Instituto existiera un clima de inseguridad, tensión y violencia. El propio Estado ha reconocido la falta de separación entre procesados y condenados y ha señalado que ésta existía en el Instituto por “la falta de disponibilidad de medios (...)”.

90 Sobre el preso preventivo como sacrificio especial: Dencker, 1971, p. 627; Seebode, 1985, pp. 136-141; Vedel, 1980, p. 352. A pesar de la falta de reconocimiento en general del preso preventivo como un sacrificio especial en la legislación latinoamericana, existe una tendencia de la doctrina a admitir dicha indemnización. Cf. Llobet Rodríguez, 1990, pp. 23-26; Llobet Rodríguez, 1995, pp. 76-77; Zaffaroni, 1986, p. 95 y ss.; Castillo González, 1980, p. 250; Minvielle, 1988, p. 111; Muñoz Quesada, 1980, p. 47; Piza Rocafort, 1989, pp. 163-181; Cafferata, 1984, p. 74 y ss.

del período cumplido en prisión preventiva<sup>91</sup>. De este criterio partía el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988, aunque las legislaciones aprobadas han tendido a no seguirlo. Debe reconocerse que la Convención Americana de Derechos Humanos no reconoce ese derecho, ni ha sido admitido tampoco por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aunque debería deducirse de la presunción de inocencia, establecida en la Convención Americana.

Desde la perspectiva de un Estado de Derecho la grave injerencia a la libertad personal que implica la prisión preventiva, debe darse dentro de ciertos límites. Dos principios son los que ejercen una influencia fundamental en la determinar de los límites de la prisión preventiva: la presunción de inocencia y el principio de proporcionalidad<sup>92</sup>.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en diversas resoluciones ha hecho mención a la presunción de inocencia y al principio de proporcionalidad, mencionándolos como dos principios diferentes. Así ha dicho, por ejemplo en los casos Acosta Calderón<sup>93</sup>,

---

91 Cf. Dencker, 1971, p. 627; Dreher, 1970, p. 968. Un resumen de las posiciones de la doctrina con respecto al principio del cómputo del Par. 51 del Código Penal alemán en: Burmann, 1984, pp. 17-18. Por ello no es acertada la afirmación del argentino Zaffaroni, en el sentido de que el cómputo de la prisión preventiva, prueba que ésta significa siempre una violación de la presunción de inocencia. Zaffaroni, 1992, pp. 39-40. Un criterio paralelo al de Zaffaroni se encuentra en la concepción defendida por un sector de la doctrina alemana, que entiende que la prisión preventiva es una pena anticipada, debido al cómputo de la prisión preventiva cumplida. Cf. Glaser, T. II, 1885, p. 298. Acerca del reconocimiento legislativo de la similitud entre la prisión preventiva y la pena privativa de libertad, como consecuencia del cómputo de la prisión preventiva cumplida: Amelung, 1987, p. 742; Tiedemann, 1991, p. 17. Al contrario de lo indicado por Zaffaroni, el cómputo de la prisión preventiva es una consecuencia de la presunción de inocencia.

92 Sobre la relación entre los principios de presunción de inocencia y de proporcionalidad como límites de la prisión preventiva: Llobet Rodríguez, 2005b, pp. 355-372; Llobet Rodríguez, 2008b, pp. 325-360.

93 Corte Interamericana de Derechos humanos, caso Acosta Calderón Vs. Ecuador, sentencia de 24 de junio de 2005, No. 74: "La Corte considera indispensable destacar que la prisión preventiva es la medida más severa que se puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática".

Tibi<sup>94</sup>, Instituto de Reeducción del Menor<sup>95</sup>, García Asto<sup>96</sup> y López Álvarez<sup>97</sup>, que la prisión preventiva está limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad.

La Comisión Interamericana en el informe 35-07 ha retomado esa distinción, pero en forma confusa ha indicado que la proporcionalidad se trata de una ecuación entre el principio de inocencia y el fin de la medida cautelar, con lo que no es clara la relación que se establece entre la presunción de inocencia y el principio de proporcionalidad<sup>98</sup>. Sin embargo, se pretendía aparentemente referir al principio de

---

94 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Tibi Vs. Ecuador, sentencia de 7 de septiembre de 2004, No. 107: “106. La Corte considera indispensable destacar que la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática (...)”.

95 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay, sentencia de 2 de septiembre de 2004: “228. La Corte considera indispensable destacar que la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por el derecho a la presunción de inocencia, así como por los principios de necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática”.

96 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2005: “106. El Tribunal entiende que la prisión preventiva es la medida más severa que se puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. En este sentido, el Tribunal ha señalado que la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva”.

97 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso López Álvarez Vs. Honduras, sentencia de 1 de febrero de 2006: “67. La prisión preventiva está limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática (...)”

98 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 35/07, caso 12.553, caso de Jorge, José, Dante Periano Basso contra la República Oriental de Uruguay: “109. Otro de los principios limitadores de la prisión preventiva se refiere a la proporcionalidad, en virtud del cual una persona considerada inocente no debe recibir peor trato que una condenada ni se le debe deparar un trato igual a ésta. La medida cautelar no debe igualar a la pena en cantidad ni en calidad (artículo 5(4) y 6 de la Convención Americana). La proporcionalidad se refiere justamente a eso: se trata de una ecuación entre el principio de inocencia y el fin de la medida cautelar. No se trata de una equivalencia. No se debe confundir la equiparación que se establece entre la prisión preventiva y la pena a los fines de computar los plazos de detención, con la equiparación de su naturaleza”.

proporcionalidad en sentido estricto o de prohibición del exceso y al balance entre la afectación producida por la medida cautelar al imputado y el fin perseguido a través de esa medida, todo de acuerdo con un principio de justicia al caso concreto.

Hoy día debe reconocerse que uno de los reclamos que se pretende realizar por el neopunitivismo, como bien lo ha criticado Winfried Hassemer, es la relativización de las garantías propias de un Estado de Derecho, entre ellas la presunción de inocencia, utilizando el principio de proporcionalidad, no como protector del administrativo<sup>99</sup>, sino en sentido inverso, como reductor de los derechos del administrado<sup>100</sup>, a lo que se expresa cuando se trata de justificar la prisión preventiva debido al interés de la colectividad, ello debido al peligro de reiteración delictiva o la alarma social, tal y como es propuesto por el neopunitivismo, causales desautorizadas por la Corte Interamericana y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, tal y como se dijo con anterioridad.

El fraccionamiento del principio de proporcionalidad en los subprincipios de: a) necesidad, b) idoneidad y c) proporcionalidad en sentido estricto, hecho en la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional alemán<sup>101</sup>, constituye hoy día una afirmación repetida por los diversos contralores de constitucionalidad, entre ellos los latinoamericanos<sup>102</sup>.

---

99 Sobre la función protectora del imputado que cumple el principio de proporcionalidad: Kleinknecht, 1966, pp. 1539-1540; Schütz, 1969, pp. 100-101.

100 Una crítica a esta tendencia en: Albrecht, 1993, pp. 163-164; Albrecht, 1994, p. 269-270; Hassemer, 2001, pp. 129-147; Hassemer, 2000, pp. 87-108; Riehle, 1980, pp. 316-324. De acuerdo con Jürgen Wolter la presunción de inocencia no puede ser relativizada por el principio de proporcionalidad. Cf. Wolter, 1990, p. 514. Winfried Hassemer considera que la presunción de inocencia es un principio indisponible. Cf. Hassemer, 2000, p. 107. En Latinoamérica Hernando Londoño defiende la concepción de que las reglas del debido proceso (por ejemplo la presunción de inocencia) no pueden ser relativizadas conforme al interés de la colectividad. Cf. Londoño Jiménez, 1992, pp. 463-469.

101 Cf. BVerfGE 30, 392 (316); BVerfGE 77, 84 (107 ss.); Degener, 1985, pp. 25-42; González-Cuéllar Serrano, 1990, p. 25; Katz, 1992, pp. 99-100; Pedraz Penalva, 1990, pp. 292-293; Falcone, 2004, p. 185; Llobet Rodríguez, 1999, pp. 220-221; Ipsen, 2007, No. 169-172, 633-642, pp. 45-47, 170-172.

102 En este sentido ha dicho la Sala Constitucional de Costa Rica: "Siguiendo la doctrina alemana, esta Sala Constitucional ha considerado que los componentes básicos de la proporcionalidad lo son la legitimidad, la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto". Sala Constitucional, voto 10730-08 del 26 de julio de 2008. Véase también: Sala Constitucional de Costa Rica, voto 11932-2008 del 30 de julio de 2008. Sobre la influencia de la jurisprudencia del Tribunal Federal

En lo relativo al reconocimiento del principio de proporcionalidad como límite para el dictado de la prisión preventiva, asociándolo a la prohibición de la privación de libertad arbitraria es la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del caso Chaparro Álvarez<sup>103</sup>.

Con respecto a esa resolución es importante tener en cuenta que trata en un mismo párrafo aspectos relacionados con los fines legítimos de la prisión preventiva y otros atinentes al principio de proporcionalidad, todo lo cual lo hace para mencionar cuándo una prisión preventiva es arbitraria, por no cumplir con esos fines o bien no ser necesaria, idónea o ser desproporcionada. De acuerdo con mi criterio los fines legítimos de la prisión preventiva tienen una relación con la presunción de inocencia, como se hace mención en forma expresa en otros apartados de la resolución. En lo relativo al principio de proporcionalidad se hace mención en definitiva a los subprincipios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto. A ello se hizo mención también en el caso Yvon Neptune<sup>104</sup>.

---

Constitucional alemán en la aceptación del principio de proporcionalidad: Sarmiento Ramírez-Escudero, 2007, pp. 255-256.

103 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 2007: “93. En suma, no es suficiente que toda causa de privación o restricción al derecho a la libertad esté consagrada en la ley, sino que es necesario que esa ley y su aplicación respeten los requisitos que a continuación se detallan, a efectos de que dicha medida no sea arbitraria: i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención. Valga señalar que este Tribunal ha reconocido como fines legítimos el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia; ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto. Por esta razón el Tribunal ha señalado que el derecho a la libertad personal supone que toda limitación a éste deba ser excepcional, y iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida. Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención”.

104 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Yvon Neptune vs. Haití, sentencia de 6 de mayo de 2008: “98. En suma, no es suficiente que toda causa de privación o restricción al derecho a la libertad esté prevista en la ley, sino que es

Es importante considerar que el principio de proporcionalidad es de justicia al caso concreto, de modo que se afirma que implica un criterio de justicia material<sup>105</sup>, que opera como correctivo frente a la aplicación estricta de la ley. Traza los límites de lo que, aun siendo formalmente legal, no puede obligarse a un administrado que tolere. Este criterio se encuentra expresado por la CIDH en el caso López Álvarez, en cuanto se dijo que la legitimidad de la prisión preventiva no proviene solamente de aplicar la ley en ciertas hipótesis generales, sino además de realizar en el caso concreto un juicio de proporcionalidad<sup>106</sup>. A manera de ejemplo, el principio de proporcionalidad lleva a que no se pueda dictar la prisión preventiva en asuntos de poca gravedad, o bien cuando la privación de libertad suponga para el imputado una carga insoportable, por ejemplo debido a su edad o a una enfermedad

---

necesario que esa ley y su aplicación sean compatibles con la Convención, es decir, que respeten los requisitos que a continuación se detallan, a efectos de que dicha medida no sea arbitraria: i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea legítima. Valga señalar que este Tribunal ha reconocido como fines legítimos el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia; ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto. Por esta razón el Tribunal ha señalado que el derecho a la libertad personal supone que toda limitación a éste deba ser excepcional, y iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida. Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención”.

105 Cf. Llobet Rodríguez, 1999, pp. 220, 225, 230-231. En este sentido Amendt, indica que el principio de proporcionalidad puede ser catalogado como expresión del concepto material de Estado de Derecho. Amendt, 1986, pp. 85-86. Carlos Bernal Pulido critica, sin embargo, que la fundamentación del principio de proporcionalidad en el valor justicia es etérea y abstracta, pudiendo simplemente tal vez afirmar que el principio de proporcionalidad es uno de los elementos que componen el valor justicia. Cf. Pulido, 2007, pp. 605-606.

106 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso López Álvarez Vs. Honduras, sentencia de 1 de febrero de 2006: “68. La legitimidad de la prisión preventiva no proviene solamente de que la ley permite aplicarla en ciertas hipótesis generales. La adopción de esa medida cautelar requiere un juicio de proporcionalidad entre aquélla, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan. Si no hay proporcionalidad, la medida será arbitraria”.

grave que padece y que no puede tratarse adecuadamente en prisión preventiva. Igualmente debería desautorizar la prisión preventiva cuando no pueda esperarse que el imputado sobreviva a la realización del proceso, por ejemplo padece de una enfermedad terminal que lo llevará a morir antes de la realización del juicio oral y público.

Precisamente allí está la relación que debemos establecer entre la presunción de inocencia y el principio de proporcionalidad. Este último indica cuándo una prisión que sea conforme a la presunción de inocencia, por tener un carácter meramente cautelar, no es tolerable, por injusta, porque la privación de la libertad de la envergadura de la prisión o la prolongación de la misma, excede de lo que pueda exigírsele a un administrado, por sus graves consecuencias.

Cuando se habla de los requisitos materiales de la prisión preventiva, en general se tiende a mencionar tres: a) probabilidad de la responsabilidad del imputado, b) existencia de una causal de prisión preventiva y c) respeto al principio de proporcionalidad<sup>107</sup>.

Ya se hizo referencia a las causales de prisión preventiva y la influencia que sobre las mismas ejerce la presunción de inocencia. Igualmente se ha hecho mención al principio de proporcionalidad, aunque la referencia al respecto ha sido general y no propiamente a los límites que de dicho principio puede extraerse. En cuanto a la probabilidad de la responsabilidad de la responsabilidad penal del imputado es importante determinar si tiene relación con la presunción de inocencia o con el principio de proporcionalidad.

Uno de los aspectos que siempre ha ocupado a la doctrina es la exigencia de la probabilidad de la responsabilidad penal del imputado como requisito material para el dictado de la prisión preventiva. Precisamente en ello se han basado las críticas a la presunción de inocencia como un principio absurdo, formuladas por Garofalo<sup>108</sup> y por Manzini<sup>109</sup>. A esa problemática hizo mención Sergio García Ramírez en

---

107 Cf. Llobet Rodríguez, 1999, pp. 147-250.

108 Cf. Garofalo, 1882, p. 392; Garofalo, s.f., pp. 452-453, 458-459, 461. Sobre ello: Llobet Rodríguez, 1999, pp. 70-76.

109 Manzini, T. I, 1954; Manzini, 1960, pp. 43-44. Sobre ello: Llobet Rodríguez, 1999, pp. 80-83.



el voto razonado a la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Tibi<sup>110</sup>.

Ya Ferri había propuesto una relativización de la presunción de inocencia como consecuencia del aumento del grado de sospecha existente, de modo que la presunción de inocencia se fuera diluyendo conforme existiera más prueba incriminatoria, reduciéndose con respecto al atrapado infraganti, al reincidente, o bien a aquel con respecto al cual se hubiera ordenado enviarlo a juicio oral y público por haber prueba suficiente<sup>111</sup>. Ello constituye lo que Sax ha defendido como la concepción psicológica de la presunción de inocencia<sup>112</sup>, habiendo encontrado eco en un sector importante de la doctrina latinoamericana, especialmente la colombiana, la que ha considerado que la exigencia de la probabilidad de la responsabilidad penal del imputado como requisito de la prisión preventiva, es consecuencia de la presunción de inocencia<sup>113</sup>. La misma Corte Interamericana de Derechos Humanos no ha estado exenta de asumir una concepción psicológica de la presunción de inocencia. Así en el caso Palamaca Iribarne consideró la falta de acreditación no solamente del peligro

---

110 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Tibi Vs. Ecuador, sentencia de 7 de septiembre de 2004, voto razonado de Sergio García Ramírez: "34. No pierdo de vista, por supuesto, los escollos que se oponen a la vigencia plena de esta presunción o de este principio. Lo son, incuestionablemente, las muy cuestionadas medidas precautorias en el proceso penal, a la cabeza de ellas la siempre combatida prisión preventiva. Y lo es el hecho mismo de que el enjuiciamiento se construye a partir de una idea de signo contrario: el indicio racional de criminalidad, la probable responsabilidad penal, la presencia de datos que permiten sustentar la participación de cierta persona en determinado delito, y así sucesivamente".

111 Ferri, T. II, 1908, p. 194. Cf. Ferri, 1887, pp. 308-309; Ferri, 1896, pp. 362-363. En este sentido: Guarnieri, 1952, p. 303; Longhi, 1911, pp. 522-523; Mortara/Aloisi, T. II, 1920, pp. 7-8.

112 Sax, 1959, p. 987. Véase también: Schroeder, 2007, No. 367, p. 241. En el sentido de un concepto psicológico de la presunción de inocencia debe entenderse lo indicado por Kühne, al decir que al valorarse la sospecha de culpabilidad se hace un balance entre la culpabilidad y la presunción de inocencia. Cf. Kühne, 1979, p. 622; Kühne, 1993, Par. 23, No. 183; Kühne, 2003, No. 337, p. 182.

113 Cf. Londoño Jiménez, 1983, p. 30; Londoño Jiménez, 1981, pp. 289-295; Tocora, 1990, p. 101; Velásquez Velásquez, 1987, pp. 28-29. Un concepto psicológico de la presunción de inocencia puede encontrarse en las "bases o principios para un código tipo de derecho procesal penal en los países iberoamericanos", elaboradas por el profesor español Víctor Fairén Guillén. Cf. Fairén Guillén, 1990, p. 16; Fairén Guillén, 1992, p. 405. Sobre el tema véase en particular: Llobet Rodríguez, 1995, pp. 83-87.

de fuga y de obstaculización, sino también de la sospecha suficiente de culpabilidad, como una violación a la presunción de inocencia, señalando que el Estado no desvirtuó con prueba suficiente la presunción de inocencia<sup>114</sup>. Por otro lado, en el caso Acosta Calderón, al hacer mención a la flagrancia y a la falta de necesidad de que se comunique la razón de la detención<sup>115</sup>, aparentemente se siguió una concepción psicológica, al establecer menos derechos al atrapado in fraganti y partir en apariencia de la evidencia de su conocimiento del hecho de los motivos de la detención, debido al hecho que habría estado cometiendo, lo que fue rectificado posteriormente en el caso López Álvarez<sup>116</sup>.

---

114 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Palamara Iribarne Vs. Chile, sentencia de 22 de noviembre de 2005: “198. En ocasiones excepcionales, el Estado puede ordenar la prisión preventiva cuando se cumpla con los requisitos necesarios para restringir el derecho a la libertad personal, existan indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludir la acción de la justicia. De esta forma, para que se respete la presunción de inocencia al ordenarse medidas restrictivas de la libertad es preciso que el Estado fundamente y acredite la existencia, en el caso concreto, de los referidos requisitos exigidos por la Convención”.

115 Corte Interamericana de Derechos humanos, caso Acosta Calderón Vs. Ecuador, sentencia de 24 de junio de 2005: “73. La Corte no considera que exista una violación del artículo 7.4 de la Convención en virtud de que la detención de la presunta víctima fue hecha con fundamento en que supuestamente se trataba de un flagrante delito. En dicha circunstancia, cabía suponer que el señor Acosta Calderón conocía que la razón de su detención era por el supuesto tráfico de drogas”.

116 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso López Álvarez Vs. Honduras, sentencia de 1 de febrero de 2006: “83. El derecho de la persona detenida o retenida de ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, de los cargos formulados en su contra está consagrado en el artículo 7.4 de la Convención Americana, que no distingue entre la detención efectuada por orden judicial y la que se practica in fraganti. Por ello se puede concluir que el arrestado en flagrante delito conserva aquel derecho. 84. Tomando en cuenta que esa información permite el adecuado derecho de defensa, es posible sostener que la obligación de informar a la persona sobre los motivos y las razones de su detención y acerca de sus derechos no admite excepciones y debe ser observado independientemente de la forma en que ocurra la detención. 85. El artículo 84 de la Constitución de Honduras también dispone tal garantía al establecer con respecto a cualquier forma de privación de libertad, incluida la que ocurre por flagrancia, que “el arrestado o detenido debe ser informado en el acto y con toda claridad de sus derechos y de los hechos que se le imputan; y además, la autoridad debe permitirle comunicar su detención a un pariente o persona de su elección”. 86. En el caso sub iudice quedó demostrado que las autoridades estatales

El informe de la Comisión Interamericana 35-07 no es claro al respecto, pero aparentemente no sigue una concepción psicológica, al afirmar en forma confusa que la existencia de elementos de prueba serios que vinculen al imputado, es una exigencia ineludible, que distingue al imputado, inocente, contra el que se dispone la medida, de las demás personas, contra quienes no se establece medida de coerción alguna, igualmente inocentes<sup>117</sup>.

Frente a la concepción psicológica, Krauss ha defendido una concepción normativa de la presunción de inocencia, la que se mantiene constante durante el proceso hasta que exista sentencia condenatoria firme<sup>118</sup>. Esta posición, puede ser considerada como mayoritaria y es acorde con los instrumentos internacionales de derechos humanos y fue sostenida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Canese, en el que dijo la presunción de inocencia acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia

---

que detuvieron al señor Alfredo López Álvarez no le notificaron las razones de su detención ni los cargos formulados en su contra (supra párr. 54.11). En tal virtud, el Estado violó el artículo 7.4 de la Convención, en perjuicio del señor Alfredo López Álvarez". En el voto razonado a esa sentencia de parte de Sergio García Ramírez dijo: "14. Esta decisión de la Corte significa un cambio de criterio con respecto al sustentado en la Sentencia del Caso Acosta Calderón (Sentencia del 24 de junio de 2005, Serie C, No. 129, párr. 73), en la que este Tribunal sostuvo que cuando hay flagrancia no es necesario informar al detenido sobre las razones de su detención. Celebro este cambio de criterio por parte de la Corte. Lo celebro por partida doble: porque estimo que un tribunal debe ser sensible a la necesidad de modificar sus opiniones cuando considera que existe fundamento para ello, y porque en la especie creo plenamente justificada esa modificación. Por lo demás, en este caso no se planteó siquiera -que sería un planteamiento válido, para motivar la reflexión- que hubiese razones extraordinarias para que los agentes que practicaron la detención se abstuvieran de dar al detenido la información que ordena el artículo 7.4 del Pacto".

117 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 35/07, caso 12.553, caso de Jorge, José, Dante Periano Basso contra la República Oriental de Uruguay. Se dice: "77. Como presupuesto para disponer la privación de libertad de una persona en el marco de un proceso penal deben existir elementos de prueba serios que vinculen al imputado con el hecho investigado. Ello configura una exigencia ineludible a la hora de imponer cualquier medida cautelar, ya que esa sola circunstancia, la prueba que vincula a la persona al hecho, es lo que distingue al imputado - inocente - contra quien se dispone la medida, de las demás personas, contra quienes no se establece medida de coerción alguna - igualmente inocentes".

118 Krauß, 1971, p. 158. En este sentido también: Burmann, 1984, p. 22; Gropp, 1991, pp. 805-806; Linß, 1991, p. 40.

condenatoria que determine su culpabilidad quede firme<sup>119</sup>. Conforme a esta concepción no puede explicarse la exigencia de la probabilidad de la responsabilidad penal del imputado desde la perspectiva de la presunción de inocencia. Si se tratara de hacerlo se caería en la concepción psicológica de la misma. Más bien debe estimarse que dicho requisito es una consecuencia del principio de proporcionalidad, apreciándose aquí con claridad la interacción entre los principios de presunción de inocencia y de proporcionalidad como límites a la prisión preventiva. Así como no es posible dictar una prisión preventiva cuando no puede esperarse que se dicte una sentencia condenatoria que ordene la prisión efectiva del imputado, ya que ello iría en contra del principio de proporcionalidad, como principio de justicia material, tampoco podría dictarse una prisión preventiva cuando ni siquiera pueda esperarse con un grado de probabilidad que se llegue posteriormente a dictar una sentencia condenatoria. Este parece haber sido el criterio sostenido por la Corte Interamericana en el caso Tibi, ya que consideró que el hecho de que se dispusiera la prisión preventiva sin que existieran indicios suficientes de que el imputado fuera responsable de algún delito hace que la detención o encarcelamiento sea arbitrario, no fundamentando con ello el quebranto a la Convención Americana de Derechos Humanos en la presunción de inocencia<sup>120</sup>. Por otro lado en el caso Chaparro Álvarez la Corte Interamericana partió que el quebranto a la exigencia de la probabilidad de la responsabilidad penal del imputado, como requisito para el dictado de la prisión preventiva, hace que la misma sea arbitraria<sup>121</sup>, no acudiendo para ello a afirmar que se quebrantó la

---

119 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Ricardo Canese Vs. Paraguay, sentencia de 31 de agosto de 2004: "154. La Corte considera que el derecho a la presunción de inocencia es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme. Este derecho implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el onus probandi corresponde a quien acusa".

120 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Tibi Vs. Ecuador, sentencia de 7 de septiembre de 2004: "107. El Estado dispuso la prisión preventiva del señor Daniel Tibi, sin que existieran indicios suficientes para suponer que la presunta víctima fuera autor o cómplice de algún delito; tampoco probó la necesidad de dicha medida. Por ello, este Tribunal considera que la prisión preventiva a la que estuvo sometido el señor Tibi fue arbitraria y constituyó violación del artículo 7.3 de la Convención".

121 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñíguez vs. Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 2007: "101. La Corte ha

presunción de inocencia. En ese voto se señaló que la exigencia de la probabilidad de la responsabilidad penal del imputado no es suficiente para el dictado de la prisión preventiva, sino se requiere que exista además peligro de fuga o de obstaculización<sup>122</sup>. Con ello se rechaza una concepción psicológica de la presunción de inocencia, conforme a la cual la probabilidad de la responsabilidad penal del imputado sería suficiente para el dictado de la prisión preventiva, por haberse producido una disminución o eliminación de la presunción de inocencia.

Es importante tener en cuenta que la distinción entre la concepción psicológica y la normativa tiene gran relevancia, ya que, como dice Veit, precisamente aquel contra el que existe razonablemente prueba incriminatoria es quien necesita de la protección de la presunción de inocencia<sup>123</sup>, de modo que se le dé un trato como inocente, mientras que en general aquel contra el que no existe mayor prueba incriminatoria no necesitara de dicha protección. Por otro lado, la concepción psicológica de la presunción de inocencia, formulada por Ferri al final de cuentas no es muy lejana de la negativa de la presunción de inocencia hecha por Garofalo<sup>124</sup>, el que habla de la existencia más bien de una precondena, cuando el juez hace un análisis provisional de la responsabilidad

---

establecido que para restringir el derecho a la libertad personal a través de medidas como la prisión preventiva deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso haya participado en el ilícito que se investiga. 102. En el mismo sentido, la Corte Europea ha señalado que 'la razonabilidad de las sospechas sobre las que se debe fundar una detención constituye un elemento especial de la garantía ofrecida por el artículo 5.1 del Convenio Europeo contra las privaciones de libertad arbitrarias', añadiendo que "[la existencia] de sospechas razonables presupone la [...] de hechos o información capaces de persuadir a un observador objetivo de que el encausado puede haber cometido una infracción". 122 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 2007: "103. Para esta Corte, la sospecha tiene que estar fundada en hechos específicos y articulados con palabras, esto es, no en meras conjeturas o intuiciones abstractas. De allí se deduce que el Estado no debe detener para luego investigar, por el contrario, sólo está autorizado a privar de la libertad a una persona cuando alcance el conocimiento suficiente para poder llevarla a juicio. Sin embargo, aún verificado este extremo, la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar, como se señaló anteriormente (supra párr. 93), en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia".

123 Cf. Veit, 1971, p. 21.

124 Sobre ello: Llobet Rodríguez, 1999, p. 79.

del imputado, por ejemplo al analizar si procede enviar el asunto a juicio, afirmando la existencia de elementos suficientes en su contra. Por otro lado, la concepción psicológica de la presunción de inocencia hace que en diversos países se considere suficiente para el dictado de la prisión preventiva la existencia de un juicio de probabilidad de la responsabilidad penal del imputado, no requiriendo propiamente la existencia de una causal de prisión preventiva, de modo que sea luego que se discuta si procede la excarcelación del imputado, lo que se ve entonces como una excepción a ese dictado de la prisión preventiva. Por otro lado, la concepción psicológica de la prisión preventiva lleva también en ocasiones a que se considere que procede la misma cuando el imputado es atrapado in flagranti, lo que precisamente era parte de las exigencias de Ferri<sup>125</sup> y Garofalo<sup>126</sup>. Además una concepción psicológica podría llevar a interpretar que la presunción de inocencia no rige luego del dictado de la sentencia condenatoria no firme.

Es también el principio de proporcionalidad el que explica, lo que critica Frister en Alemania, esto es por qué a pesar de que el peligro de obstaculización pueda existir no solamente de parte del imputado, sino también de testigos y peritos, solamente puede ordenarse la prisión preventiva en contra del primero. Sería desproporcionado, ordenar una medida del grado de injerencia de la prisión preventiva en contra de un testigo<sup>127</sup>.

Uno de los problemas que existían en Latinoamérica cuando se hizo la investigación del ILANUD de 1981 era la ausencia de alternativas a la prisión preventiva, salvo la caución monetaria, lo que dificultaba la excarcelación, debido a que las dificultades económicas que presentaban las personas que eran privadas de su libertad, las que correspondían a los sectores más desfavorecidos socialmente<sup>128</sup>. A ello se sumaba los altos montos que se fijaba a la excarcelación, que hacían

---

125 Ferri, 1908, T. II, p. 194.

126 Garofalo, s. f. pp. 452-453.

127 Frister considera que la causal de prisión preventiva por peligro de obstaculización debería ya sea ser derogada o al menos ampliarse también para no sospechosos en caso de existencia de concretos actos preparatorios de obstaculización. De lo contrario, estima, se quebranta la presunción de inocencia. Cf. Frister, 1988, pp. 118-119. Kuleman a principios del siglo XX llegó a pedir que se autorizara la prisión preventiva incluso con respecto a terceros. Cf. Kulemann, 1904, p. 706.

128 Sobre ello véase: Llobet Rodríguez, 1994, pp. 347-351.

nugatoria la misma<sup>129</sup>. Frente a ello la reforma procesal penal que se ha dado en Latinoamérica a partir de la década de los noventa del siglo pasado, ha tendido a regular una extensa lista de alternativas a la prisión preventiva, ello sobre la base de lo establecido en el Código Procesal Penal para Iberoamérica de 1988. La idea es que cuando se pueda combatir razonablemente el peligro procesal existente, por ejemplo el peligro de fuga o el peligro de obstaculización a través de una medida coercitiva menos gravosa, sea preferible ésta. Esto es aplicable también para las causales problemáticas con la presunción de inocencia, como el peligro de reiteración delictiva. Ello es una derivación del principio de proporcionalidad, cuyo subprincipio de proporcionalidad lleva a la exigencia de la menor afectación posible para el administrado. Además el subprincipio de idoneidad o adecuación, lleva a que la medida menos gravosa que se disponga tenga relación con el peligro que se trata de combatir. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en diversos fallos ha enfatizado el carácter excepcional que tiene la prisión preventiva, pero ha desarrollado poco la temática de la preferencia de las alternativas a la prisión preventiva. A esas alternativas se refirió en particular en el caso Instituto de Reeducción del Menor, en el que simplemente enfatizó la rigurosidad con que debe aplicarse la prisión preventiva, de modo que la preferencia la deben tener las medidas coercitivas alternativas<sup>130</sup>.

Uno de los grandes problemas en Latinoamérica es no solamente la facilidad con que se dicta la prisión preventiva, sino también la larga duración de la misma<sup>131</sup>.

---

129 Cf. Carranza/Houed/Mora/Zaffaroni, 1988, p. 119; Llobet Rodríguez, 1994, p. 350.

130 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Instituto de Reeducción del Menor" vs. Paraguay, sentencia de 2 de septiembre de 2004: "230. En el caso de privación de libertad de niños, la regla de la prisión preventiva se debe aplicar con mayor rigurosidad, ya que la norma debe ser la aplicación de medidas sustitutorias de la prisión preventiva (...)"

131 Cf. Llobet Rodríguez, 1994, pp. 352-353.

La Corte Interamericana en diversos fallos, como el Suárez Rosero<sup>132</sup>, Acosta Calderón<sup>133</sup> y Chaparro Álvarez<sup>134</sup>, ha establecido parámetros para la determinación de la prohibición de que la prisión preventiva exceda el plazo de lo razonable, tal y como lo contempla la Convención Americana de Derechos Humanos, para lo cual ha seguido lo establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el plazo razonable.

Es importante la exigencia de que el proceso sea realizado en un plazo razonable y que la duración de la prisión preventiva no pueda exceder el plazo razonable, de modo que cuando se excede el imputado debe ser liberado. Como concretización de ello se ha tendido a prever límites absolutos a la duración, no siempre respetados, que se agregan a los límites adicionales que implica el análisis del caso concreto. A esos límites absolutos de duración de la prisión preventiva hizo referencia el informe 35-07 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, mencionado, indicando que a través de los mismos el Estado decide autolimitarse en el ejercicio del poder cautelar, pero no puede sostenerse que autoricen a privar de libertad durante todo el lapso previsto, ya que por debajo del límite debe analizarse si subsisten los motivos que dieron lugar a la prisión preventiva<sup>135</sup>, además de que

---

132 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Suárez Rosero, sentencia de 12 de noviembre de 1997.

133 Corte Interamericana de Derechos humanos, caso Acosta Calderón Vs. Ecuador, sentencia de 24 de junio de 2005.

134 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 2007.

135 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 35/07, caso 12.553, caso de Jorge, José, Dante Periano Basso contra la República Oriental de Uruguay. "138. En este sentido, cuando un Estado ha resuelto autolimitarse en el ejercicio de su poder cautelar en el marco de una investigación criminal, ha realizado una evaluación de costos y beneficios en términos de respeto a los derechos al imputado frente al poder coercitivo estatal y ha llegado a la conclusión de que superado ese límite temporal, el Estado se habrá excedido más allá de lo tolerable en el uso de su poder de policía. 139. Sin embargo, la existencia de un plazo legal no otorga una facultad al Estado de privar de la libertad a un imputado por ese lapso. Ese plazo es un límite máximo. Por encima de ese término, la detención es ilegítima, siempre. Debajo de él, habrá que analizar, en cada caso, si subsisten los motivos que originariamente dieron razón a esa detención. Es decir, el no cumplimiento del plazo, no hace presumir que la detención es legítima".



debe analizarse la razonabilidad de la prisión preventiva en el caso concreto<sup>136</sup>.

Ningún imputado puede ser tratado peor que una persona condenada. Se ha tendido a establecer en Latinoamérica, bajo la influencia del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988, que deben regularse no solamente límites temporales a la prisión preventiva, sino debe establecerse además que no puede limitarse la libertad por un plazo mayor que la privación de libertad efectiva que se espera se podría dictar en caso de sentencia condenatoria. Ello es, por un lado, problemático ya que supone partir de un prejuicio que se hace cuando se tiene que hacer una prognosis del monto esperado de la sentencia condenatoria. Se agrega a ello, por otro lado, que se queda corto, debido a que el principio de proporcionalidad se mira desde una perspectiva muy limitada cuando simplemente se exige que no se trate al preso preventivo peor que al condenado. Por ello es que la Comisión Interamericana en su informe 35-07, ha requerido que para el límite de la pena esperada se parta del mínimo legal, además de que no se supere dos tercios de ese mínimo<sup>137</sup>. Esto lejos de alejarse del concepto

---

136 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 35/07, caso 12.553, caso de Jorge, José, Dante Periano Basso contra la República Oriental de Uruguay: “135. El ‘plazo razonable’ no puede ser establecido en forma abstracta porque responde a criterios cuya concurrencia habrán de ser determinados en cada caso(41). En consecuencia, su fijación en las legislaciones internas no garantiza su consonancia con la Convención. Las particularidades de cada caso determinarán cuándo ese plazo se habrá cumplido, sin perjuicio de lo legalmente establecido”.

137 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 35/07, caso 12.553, caso de Jorge, José, Dante Periano Basso contra la República Oriental de Uruguay: “109. Otro de los principios limitadores de la prisión preventiva se refiere a la proporcionalidad, en virtud del cual una persona considerada inocente no debe recibir peor trato que una condenada ni se le debe deparar un trato igual a ésta. La medida cautelar no debe igualar a la pena en cantidad ni en calidad (artículo 5(4) y 6 de la Convención Americana). La proporcionalidad se refiere justamente a eso: se trata de una ecuación entre el principio de inocencia y el fin de la medida cautelar. No se trata de una equivalencia. No se debe confundir la equiparación que se establece entre la prisión preventiva y la pena a los fines de computar los plazos de detención, con la equiparación de su naturaleza. 110. En ese sentido, no se podrá recurrir a la prisión cautelar cuando la pena prevista para el delito imputado no sea privativa de la libertad. Tampoco cuando las circunstancias del caso permitan, en abstracto, suspender la ejecución de una eventual condena. También se deberá considerar en abstracto, si de haber mediado condena los plazos hubieran permitido solicitar la libertad provisoria o anticipada. 111. A estos fines, como derivación del principio de inocencia, corresponde la consideración ‘en abstracto’ de

de prohibición del exceso, como lo sostienen Bigliani y Bovino, más bien debe ser considerado como una expresión de ese principio, que no es sino el de proporcionalidad<sup>138</sup>. Conforme a la prohibición del exceso, a un preso preventivo se le puede obligar a tolerar mucho menos que a un condenado, de modo que la prohibición del exceso o principio de proporcionalidad, no puede simplemente partir de que al preso preventivo no se le puede obligar más que al condenado.

## CONCLUSIÓN

La prisión preventiva es un instituto problemático por el grado de injerencia en la libertad personal que implica a una persona que se presume inocente. Por ello tienen gran importancia los límites que de acuerdo al Derecho Constitucional y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos trazan los principios de presunción de inocencia y de proporcionalidad.

Desde el caso Suárez Rosero han existido una serie de resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que han enfatizado los límites que debe tener la prisión preventiva. Debe destacarse en particular lo resuelto en el caso Chaparro López y además el informe 35-07 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Sin embargo, la legislación ordinaria y la práctica judicial latinoamericana siguen resistiéndose al cambio al respecto y más bien se han endurecido con los reclamos de ley y orden.

---

la pena prevista para el delito imputado y la estimación, siempre de la imposición del “mínimo” legal de la clase de pena más leve. Porque cualquier pronóstico de pena que se realice en una etapa anterior a la valoración de pruebas y sentencia y que supere ese mínimo, conculcaría el derecho de defensa en juicio y la garantía de juez imparcial”. Agregó más adelante: “136 (...) La Comisión considera que se puede fijar un criterio rector, indiciario, que configure una guía a los fines de interpretar cuándo se ha cumplido el plazo razonable. En este sentido, luego de un análisis de las legislaciones penales de los países del sistema, la Comisión estima bastante el cumplimiento de las dos terceras partes del mínimo legal previsto para el delito imputado. Esto no autoriza al Estado a mantener en prisión preventiva a una persona por ese término sino que constituye un límite, superado el cual se presume prima facie que el plazo es irrazonable. Ello no admite una interpretación a contrario sensu en el sentido de que, por debajo de ese límite, se presume que el plazo sea razonable. En todo caso habrá que justificar, debidamente y de acuerdo a las circunstancias del caso, la necesidad de la garantía. En el supuesto en que se haya superado ese término, esta justificación deberá ser sometida a un examen aún más exigente”.

138Bigliani/Bovino, 2008, pp. 51-54. Sobre ello véase además: Bovino, 2005, pp. 42-48.

Frente a una realidad negativa, lo que se nos exige a nosotros no es resignarnos. Nuestra labor es luchar, desde las diversas posiciones que ocupamos, como profesores, jueces, fiscales, abogados defensores, ciudadanos, porque el tema de la presunción de inocencia y el principio de proporcionalidad dejen de tener un carácter teórico, cuyo desarrollo nos entusiasma en las clases y en los seminarios y jornadas, tal y como lo ha dicho Sergio García Ramírez, y lleguen a tener una realidad.



# ¿UNA JUSTICIA REALMENTE HUMANA CON PENA DE MUERTE? INADMISIBILIDAD DE LA PENA DE MUERTE A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE HUMANIDAD

**José Luis de la Cuesta<sup>1</sup>**

Presidente honorario de la Asociación Internacional de Derecho Penal;  
Director del Instituto Vasco de Criminología, España.

1. En la necesariamente continua lucha hacia una justicia más humana que la mayoría compartimos, las recientes contribuciones del Papa Francisco merecen una consideración especial. De particular relevancia se presentan en este sentido las ideas contenidas<sup>2</sup> en la *Carta del Santo Padre Francisco a los participantes del XIX Congreso Internacional de la AIDP y del III Congreso de la ALPEC* (30 de mayo de 2014) y en el *Discurso del Santo Padre Francisco* (23 octubre 2014) a las Cinco Asociaciones Mundiales activas en el campo del derecho penal *Asociación Internacional de Derecho Penal –AIDP*), la criminología (Sociedad Internacional de Criminología –SIC), defensa social (Sociedad Internacional de Defensa Social –SIDS), penal y penitenciario (Fundación Internacional Penal y Penitenciaria –FIPP) y victimología (Sociedad Mundial de Victimología –WSV), así como a la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología (ALPEC). En estos importantes documentos el Papa Francisco, partiendo de una

---

1 GICCAS (GIC 07/39; Gobierno Vasco, IT-585-13); UFI 11/05, UPV/EHU.

2 Ver el volumen, “*For a Real Human Justice / Por una Justicia realmente Humana*”. *Audience of Pope Francis / Audiencia del Papa Francisco to / a Association Internationale de Droit Pénal, Société Internationale de Criminologie, Société Internationale de Défense Sociale, International Penal and Penitentiary Foundation, World Society of Victimology, Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología*, Érès, Toulouse, 2015, pp.77 ss. Y 21 ss. (descargable de: [http://www.penal.org/sites/default/files/Book%20%20Pope%27s%20Audience\\_0.pdf](http://www.penal.org/sites/default/files/Book%20%20Pope%27s%20Audience_0.pdf))

“asimetría necesaria”<sup>3</sup> entre el delito y la pena, propone un cambio de paradigma que coloca a la víctima en el punto central del debate de la intervención penal: “se trata de hacer justicia a la víctima, no de ajusticiar al agresor”<sup>4</sup>.

Para el Papa Francisco una justicia realmente humana debe reconocer que “no pocas veces la delincuencia hunde sus raíces en las desigualdades económicas y sociales, en las redes de la corrupción y en el crimen organizado, que buscan cómplices entre los más poderosos y víctimas entre los más vulnerables”<sup>5</sup>. Y, frente a lo que el moderno populismo penal proclama, afirma que la meta de la intervención penal no puede ser simplemente la retribución del daño mediante la imposición de un daño adicional, puesto que “un ojo o un diente roto no se remedia rompiendo otro”. Una justicia “humanizadora” no puede estar vuelta hacia el pasado; por el contrario, ha de mirar al futuro y presentarse como “genuinamente reconciliadora”: i.e. dirigida a la reconstrucción de las relaciones interpersonales y sociales dañadas o rotas<sup>6</sup>.

Principios directores de esta justicia realmente humana deben ser, según el Papa, el “principio guía de la *cautela in poenam*”<sup>7</sup> y la primacía de la vida y dignidad de la persona humana (*Primatus principii pro homine*)<sup>8</sup>.

- Asumir que la cautela ha de ser un principio básico en la aplicación de la pena resulta perfectamente coherente con la naturaleza de *ultima ratio* del Derecho penal, que reclama a los juristas serios esfuerzos dirigidos a la limitación y contención de esos “impulsos de venganza que crece en la sociedad”<sup>9</sup> y con el fin de evitar castigos desproporcionados –frecuentemente aplicados “en nombre de una finalidad preventiva cuya eficacia,

---

3 “Carta del Santo Padre Francisco a los participantes del XIX Congreso Internacional de la AIDP y del III Congreso de la ALPEC”, en “*For a real human justice...*”, *cit.*, p.80.

4 *Ibidem*, p.80.

5 *Ibidem*, p.80.

6 *Ibidem*, p.81.

7 “Discurso del Santo Padre Francisco. Sala de los Papas. Jueves 23 de octubre de 2014”, en “*For a real human justice...*”, *cit.*, p.27.

8 *Ibidem*, p.28.

9 *Ibidem*, p.28.

hasta ahora, no se pudo verificar” – y en contraste con “la escala de valores amparados por el Estado”<sup>10</sup>.

- Asegurar la “plena vigencia y operatividad del principio *pro homine*” demanda a los Estados un verdadero respeto de la dignidad de la persona humana, que no puede quedar subordinada a “cualquier otra finalidad, incluso cuando se logre alcanzar una especie de utilidad social”<sup>11</sup>.

En línea con estos dos principios inspiradores se encuentra, para el Papa Francisco, el rechazo a que los Estados puedan quitar la vida,

- de un lado, a través de “las así llamadas ejecuciones extrajudiciales o extralegales”, consideradas por el Papa como “homicidios deliberados cometidos por algunos Estados o por sus agentes, que a menudo se hacen pasar como enfrentamientos con delincuentes o son presentados como consecuencias no deseadas del uso razonable, necesario y proporcional de la fuerza para hacer aplicar la ley”<sup>12</sup>;
- e igualmente por medio de la pena de muerte, inadmisibile *per se*, cualquiera que sea la gravedad del crimen cometido<sup>13</sup>.

Consiguientemente, en su importante *Discurso*, el Papa Francisco llama a “todos los cristianos y los hombres de buena voluntad (...) a luchar (...) por la abolición de la pena de muerte, legal o ilegal que sea, y en todas sus formas”<sup>14</sup>. Aún más, urge igualmente a todos a “mejorar las condiciones carcelarias, en el respeto de la dignidad humana de las personas privadas de libertad” y, en particular por lo que se refiere a la cadena perpetua, que califica como “una pena de muerte oculta”<sup>15</sup>.

Para el Papa, “el firme compromiso de la comunidad internacional en reconocer el primado del principio *pro homine*” o, lo que es lo mismo, “de la dignidad de la persona humana sobre todas las cosas”<sup>16</sup> debería asimismo llevar

---

10 *Ibidem*, p.28.

11 *Ibidem*, p.31.

12 *Ibidem*, p.28.

13 *Ibidem*, p.28.

14 *Ibidem*, p.28.

15 *Ibidem*, p.28.

16 *Ibidem*, p.29.

bien común, como el crimen de trata de seres humanos y la corrupción<sup>17</sup>.

2. Al igual que el Papa, destacados autores<sup>18</sup> insistieron con anterioridad en que el principio de humanidad debía ser incluido entre esos axiomas principales<sup>19</sup> de la política criminal (al lado de la necesidad, legalidad y culpabilidad) que todo sistema penal debería siempre respetar. Esto es algo particularmente relevante en una sociedad democrática, donde la prohibición de sumisión de cualquier ser humano a humillación y a todo tipo de tratamiento cruel, inhumano o degradante debería ser un postulado natural, con consecuencias relevantes en el campo de la pena y otras respuestas al delito<sup>20</sup>.

El respeto del principio de humanidad se vincula internacionalmente a la prohibición de la tortura, recogida en todos los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. Pero, a pesar de su palmaria incompatibilidad con el principio de humanidad<sup>21</sup>, y de su condición real de pena cruel e inhumana<sup>22</sup>, la abolición de la pena de muerte no encuentra todavía un rechazo similar por parte del conjunto de la comunidad internacional<sup>23</sup>.

Ciertamente, el movimiento abolicionista gana terreno paso a paso, como ponen de manifiesto las restricciones al uso de la pena

---

17 *Ibidem*, pp. 29 ss.

18 El que fuera Presidente de la AIDP Hans-Heinrich Jescheck fue uno de los primeros en incluir el principio de humanidad entre los principios fundamentales de la política criminal, H.H.Jescheck/Th.Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Berlín, 1996, p. 27.

19 A.Beristain, "Axiomas fundamentales de la Criminología ante la globalización y la multiculturalidad", *Eguzkilore*, 17, 2003, pp. 89 ss.

20 J.L.de la Cuesta, "El principio de humanidad en Derecho Penal", *Eguzkilore*, XXX Aniversario de la Fundación del IVAC/KREI. Homenaje a nuestro fundador el Profesor Dr. Dr. h.c. Antonio Beristain, núm. 23, 2009, pp. 209 ss.

21 J.L.de la Cuesta, "Peine de mort: vers l'abolition globale / Death penalty: towards Global Abolition", *Revue électronique de l'AIDP / Electronic Review of the IAPL / Revista electrónica de la AIDP*, 2013, A-01.

22 L.Arroyo Zapatero / W.Schabas / K.Takayama / M.Muñoz de Morales, *Death Penalty: A Cruel and Inhuman Punishment*, Tirant, Valencia, 2014.

23 Según el artículo 1 de la Convención de 1984, la prohibición de la tortura no cubre aquellos " los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas". Pero las penas y tratamientos dirigidos de manera exclusiva a la destrucción de seres humanos o de naturaleza inequívocamente cruel, inhumana o degradante no deberían quedar cubiertos por esta excepción (J.L.de la Cuesta Arzamendi, *El delito de tortura*, Barcelona, 1990, pp.56 ss.).



capital por razones humanitarias y los informes periódicos de ciertos países retencionistas sobre los esfuerzos dedicados a la reducción del número de ejecuciones (o su limitación a los casos más graves). La ausencia de la pena de muerte en la lista de penas que los Tribunales Penales Internacionales (de la Ex-Yugoslavia y de Ruanda) y la Corte Penal Internacional pueden imponer por los más graves crímenes internacionales<sup>24</sup> constituye también un reflejo destacado de la evolución internacional hacia la abolición global de la pena de muerte.

La aprobación de diferentes moratorias<sup>25</sup> por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas o a nivel regional y nacional debe igualmente subrayarse en esta "tendencia global (...) llamada a convertirse en una marea mundial irreversible"<sup>26</sup>.

3. Con todo, el debate sobre la inadmisibilidad de la pena de muerte no ha llegado todavía a su fin. Y aun cuando la lista de argumentos contrarios es larga y rica, no faltan sectores que siguen mencionando a la justicia y la prevención como defensas fundamentales en favor del mantenimiento de la pena de muerte.

Tiene razón el Papa cuando afirma que la investigación no ha conseguido demostrar empíricamente el efecto disuasor de la pena de muerte en los criminales más graves<sup>27</sup>. Es más, en países vecinos y comparables, los índices de criminalidad parecen más susceptibles de influencia por parte de elementos ajenos a la presencia y ejecución de la pena de muerte, cuya abolición no ha solido resultar en un aumento del número de los delitos anteriormente sometidos a la pena capital. Además, prestigiosos criminólogos advierten contra el uso más extenso de violencia grave por parte de aquellos que, por sus actos, ya arriesgan la pena de muerte<sup>28</sup>.

---

24 W.Schabas, "Life, Death and the Crime of Crimes. Supreme Penalties and the ICC Statute", *Punishment and Society*, 2, 2000, pp. 263 ss.

25 L.Arroyo Zapatero, "Towards a universal moratorium on the death penalty", en L.Arroyo, P.Biglino, W.A.Schabas (eds.), *Towards universal abolition of the death penalty*, Tirant lo blanch, REPRECAP, Valencia, 2010, pp. 39 ss.

26 Zhao Bingzhi/Wang Shuiming, "Development Trend...", *cit.*, p.38. Ver también, R.Hood, "Towards world-wide abolition of the death penalty: Progress and prospects", *Cahiers de Defense Sociale*, 2011-2012, pp. 83 ss.

27 "Discurso...", *cit.*, pp. 27 s.

28 Así, por ejemplo, E.A.Fattah, "The use of the death penalty for drug offences and for economic crime. A discussion and a critique", *Revue Internationale de Droit Pénal*, 58, 3-4, 1987, p. 726.

Por su parte, en el discurso retributivista tradicional, la restauración del orden social exige que un castigo siga a toda infracción penal; y este castigo debería producir en el delincuente un daño proporcional a la gravedad de la agresión al bien jurídico destruido, dañado o puesto en peligro por el delito. La idea de proporcionalidad es, en este sentido, inherente a este enfoque que, coherentemente, debería excluir de la pena de muerte a los crímenes no letales<sup>29</sup>. Sin embargo, la práctica de no pocos países retencionistas muestra claramente que demasiado a menudo la pena de muerte se aplica también a delitos menos graves<sup>30</sup>, y, en particular, en relación con el tráfico de drogas<sup>31</sup>. La racionalidad no es realmente lo propio de la pena de muerte que se presenta más bien como una respuesta irracional a la frustración social generada por el delito<sup>32</sup>.

El Papa Francisco subraya también cuántas veces en nuestra sociedad la justicia se confunde con venganza<sup>33</sup> y cómo la “experiencia nos dice que el aumento y endurecimiento de las penas con frecuencia no resuelve los problemas sociales, ni logra disminuir los índices de delincuencia”<sup>34</sup>. En este sentido, la ya evocada propuesta de ruptura con el discurso tradicional en el que la pena retributiva es vista como un mal que se añade al mal causado por el delito (supuestamente para contrarrestarlo)<sup>35</sup> constituye un cambio de paradigma particularmente necesario en una época en que las tentaciones defensistas parecen vencer a cualquier precio, ignorando todos los resultados de la investigación

---

29 R.Lines, *Death penalty for drug offences: a violation of International Human Rights Law*, IHRA, London, 2007, pp.15 ss. Ver también R.Lines, “A ‘Most Serious Crime’? – The Death Penalty for Drug Offences in International Human Rights Law”, *Amicus Journal*, 21, 2010, pp. 21 ss.

30 Esto prueba el fracaso, en su afán limitador del margen de decisión de los Estados, del artículo 6(2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que admite excepcionalmente la pena de muerte sólo “por los más graves delitos”, una expresión que debería identificarse exclusivamente con los ataques más graves a la vida: homicidio agravado/asesinato.

31 W.Schabas, *The Abolition of the Death Penalty in International Law*, 3ª ed., Cambridge University Press, 2002, 105, 108 s; J.L.de la Cuesta, “Pena de muerte y drogas”, en *Un Derecho penal comprometido. Libro homenaje al Prof.Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Tirant lo blanch, Valencia, 2011, pp. 295 ss.

32 E.A.Fattah, “The use”, *cit.*, p. 729.

33 “Letter...”, *cit.* p. 78.

34 *Ibidem*, p. 80.

35 J.L.de la Cuesta, “Preface / Prefacio”, en “*For a real human justice...*”, *cit.*, p. 11.

criminológica más relevante sobre las causas del delito y acerca de la realidad diaria de quienes sufren la justicia penal, y poniendo toda la confianza en respuestas punitivas simplistas, crecientemente duras en su extensión y ejecución<sup>36</sup>.

Por último, aunque no en importancia, en un mundo en el que los países retencionistas subrayan la ausencia de consenso internacional en cuanto a la abolición de la pena de muerte, que es considerada como una cuestión doméstica que no afecta a los derechos humanos<sup>37</sup>, el compromiso del Papa Francisco, que une la demanda global de abolición de la pena de muerte con el principio *pro homine* y el respeto de la dignidad humana, puede tener importantes consecuencias de cara a la promoción y refuerzo del más amplio consenso internacional.

---

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>37</sup> UN General Assembly 2008: *Implementing a moratorium on executions*. (<http://www.amnesty.org/en/library/asset/ACT50/016/2008/en/03afbd2e-74ee-11dd-8e5e-43ea85d15a69/act500162008en.html>)



# LA EDUCACIÓN EN RECLUSIÓN

**José Luis Musi Nahmías**

Criminólogo y penitenciarista mexicano; Comisionado del Órgano Administrativo Desconcentrado de Prevención y Readaptación Social (Comisión Nacional de Seguridad, México); ex Director de la prisión federal de Islas Marías.

Diversas interpretaciones se han dado sobre la readaptación, que en esencia implica la capacidad y la posibilidad del sujeto para comprender, acatar, compartir y transmitir las normas sociales, vivenciar los valores que las rigen y de esta manera discurrir por la sociedad en armonía con sus semejantes.

Se trata, pues, de corregir criterios equivocados, errores de conducta pretéritos, visión estrecha y unilateral de las cosas e ideas, a fin de que el sujeto ajuste su ritmo vital personal, único, según las circunstancias ambientales en que se ha desenvuelto para acomodarse a los sistemas objetivos que lo rodean. Esto significa que el hombre debe conocerse y entenderse a sí mismo y ubicarse en el contorno social sin pugnas ni procedimientos ilegales.

La educación ocupa, en este contexto, un sitio preminente, ya que es el vehículo por el cual el individuo recibe el acervo cultural de su sociedad, lo aprende, y acto seguido inicia su proceso dialéctico de integración al grupo que se le muestra a través de los libros de texto y de otros medios de obtención de cultura.

Entendemos por educación dos integrantes que la componen y definen:

## Instrucción y Formación

No basta que alguien sepa matemáticas, gramática, ciencias, etc., si no entiende para qué son útiles en su vida diaria por distantes y ajenas que le parezcan y si no colaboran para la estructuración de una sana personalidad y un respeto por sus semejantes.

La repetición hueca, exacta, pero muerta de palabras y datos que en un primer plano cubren el requisito básico de la instrucción

constatada en respuestas compactas vertidas al papel, sirven para que los profesores cuenten con elementos para calificar, es cierto, y para asentar que el alumno ha pasado el curso, pero se ignora si tal alumno ha incorporado a su conducta los valores enseñados y si ha extraído de ellos sustento para fortalecer su existencia social. En pocas palabras, si se ha formado dinámicamente.

Estas consideraciones, de validez general en todos los niveles de enseñanza, deben adecuarse a los núcleos especiales del alumnado, sobre todo en los casos de adultos cuya instrucción y formación defectuosas los han colocado en posiciones sancionadas por la sociedad y por la ley.

El interno tiene para estos efectos diversos rasgos de carácter que se deben tener presentes para evaluar los sistemas educativos puestos en práctica. En términos generales, se trata de un sujeto emocionalmente inestable e inmaduro, con escasa información y escolaridad, quien ha optado en sus relaciones sociales por realizar actos de beneficio personal, pasando por sobre los derechos de los demás. Ignoramos si este proceder se debe a criterios revanchistas, al desconocimiento de sus propios valores personales, a un estado de abandono desde la infancia, a compañías que lo desorientaron, o a enfermedades que abarcan daño orgánico del sistema nervioso central o daño emocional o a otras causas.

De todas suertes, no estamos frente a una población normal ni ante infantes que tienen la mente disponible para recibir la enseñanza antes de haber creado mecanismos de conducta antisociales.

Nos encontramos, pues, con adultos que emocionalmente operan en ocasiones como niños anhelantes de orientación y regaño en manifestaciones de necesidad de diálogo y acercamiento. Adultos que lo son cronológicamente, pero cuya inmadurez les impide analizar objetivamente su contorno humano e institucional.

El grupo que los rodea en dormitorios, centros de reunión, etc. es propicio para incrementar derrotismos, rebeldías, soledad, violencia, corrupción y desconcierto.

En tales circunstancias, el interno no encuentra sana compañía y seguridad entre quienes carecen de una escala de valores aceptables para la sociedad libre.

Los motivos de orgullo no son aquí la calidad de producción en el trabajo, sino la magnitud del delito imputado. No son la capacidad

de entendimiento con los demás sino la habilidad de manipular, de sobrevivir en agresiones, y en última instancia, de la dureza interior capaz de rechazar todo llamado a la concordia. Opera entonces la voz colectiva de la pandilla, de los líderes, de los manipuladores mayores que rehúyen vínculos con la institución cualquiera que esta sea con la familia, con el acatamiento al deber.

Este cúmulo de presiones se refleja en la enseñanza, en la educación de manera negativa.

Considerado el interno desde su grupo al que pertenece, encontramos en él un deseo de identificación con sus vecinos y amigos. Pero al tratarlo de manera separada, confidencial, descubrimos en él sus carencias y anhelos, sus arrebatos y desesperanzas que nos permiten obtener un cuadro distinto: quiere ser comprendido y comunicarse. Quiere ser aceptado y aceptarse a sí mismo. Se siente solo y eso lo angustia. Pero el conjunto de elementos negativos que operan en él le dificultan obtener esos anhelos y satisfacer esas necesidades. Entonces reacciona con mayor presión, soltando su debilidad convertida en fanfarronerías y retos, violaciones e indisciplina. Acude al castigo como expiación subconsciente, pero lo toma como revancha a la autoridad opresora a la que debe responder con la misma agresión que percibe de ella.

Una vez que se ha desahogado y tiene que quedarse consigo mismo, renacen sus necesidades de afecto y atención. Entonces se manifiesta como niño perdido en busca de un padre, nosotros que deberíamos, según él, estar atentos a sus llamados y ruegos. Tal inestabilidad dificulta la enseñanza desde el punto de vista académico, pero la enriquece desde el ángulo humanista social.

El sistema de enseñanza que se aplica en los planteles para los internos tiene la cualidad de ser resultado de investigaciones académicas que están conscientes de la problemática que representa instruir, aleccionar a una población adulta, cuya estancia en el reclusorio preventivo es pasajera e incalculable, toda vez que se supedita a los procesos jurídicos de cada quien y es más durable en las penitenciarías al cumplir con la pena de prisión impuesta. El plan de estudios debe ser elaborado por técnicos de la secretaría de educación pública que pugnen por derrumbar viejos sistemas rigoristas, y así han creado la escuela abierta como medio para que el alumno se exprese con libertad y asuma su propia responsabilidad en su avance personal,

aunque pensamos que la educación formal, tradicional, de asistencia diaria al aula proporciona mejores hábitos, mayor disciplina, un mejor marco de referencia, un sitio de respeto y un lugar más propicio para la enseñanza de valores y un mejor control y seguimiento del alumno por parte del maestro.

Estamos a favor de toda innovación positiva de parte de quienes aportan elementos de vanguardia para ajustar sistemas a la realidad actual.

Pero, sobre todo, estamos del lado de los que señalan rutas sólidas, razonadas que representen un efectivo avance humano en el conocimiento y la formación de la personalidad. No nos deslumbra un cohete hacia el futuro; nos apasiona el futuro mismo. No nos conmueve un gesto que habla de progreso; nos interesa un progreso escalonado, sistemático, técnico, duradero, dúctil y abierto para cambios y ajustes, como debe ser el trato y tratamiento en sí mismos; progresivo y con bases técnicas, tanto en reclusión preventiva como en penitenciarías o centros de readaptación social.

Antes de señalar objetivos, debemos mencionar ciertas características del alumnado tanto en prisión preventiva y/o en un centro de cumplimiento de sentencias.

Población transitoria.

Durabilidad incierta.

Desconocimiento de aspectos elementales de enseñanza (analfabetismo inclusive y primaria incompleta).

Atavismos ya impregnados de muchos años atrás.

Proclividad al escapismo mental y al ausentismo.

Falta de costumbre por espacio muy prolongado al estudio.

Amplitud de gama de edades, costumbres, características socioeconómicas, etc.

Heterogeneidad intelectual.

Respecto a rasgos de conducta:

Manipuladores

Irresponsables

Explotadores

Tendencia al ocio



Baja autoestima

Vergüenza por asistir a clases

Esta lista breve, enunciativa, nos revela que la educación no debe circunscribirse a la edad cronológica del alumno y a su nivel de instrucción.

Tal criterio nos sacaría de la realidad intelectual de la población. Por ello, todo sistema que no tome en cuenta las características mencionadas corre el riesgo de no ser funcional u operativo.

El centro escolar canaliza sus recursos por medio de “asesores”, tal es la denominación que asigna a los profesores. Sabemos que esto se debe a que no se llevan los cursos a la manera ortodoxa de explicaciones a los grupos, sino que el maestro revisa el trabajo de cada alumno durante cinco minutos en promedio o menos en privado, mientras el resto de los alumnos de la clase realizan sus trabajos en espera de que el profesor concluya su recorrido.

Otra explicación para este procedimiento radica en que las capacidades de entendimiento y aprovechamiento difieren entre los individuos y que esta mecánica permite al inteligente avanzar sin tropiezos.

Me surgen preguntas que desearía aclarar aquí: ¿hasta qué grado se toman en cuenta los rasgos enunciados en exposición? ¿Cómo hablar de “asesores” en un medio como el que existe en el reclusorio?

Hemos señalado que el interno requiere de apoyo en su formación. Que no es suficiente que sepa una lección la memorice y alcance una buena calificación. Que la comunidad de condiscípulos le sirve para contrarrestar la influencia que recibe en dormitorios, etc.

¿Cómo podemos hablar de asesoría cuando se trata de analfabetas o de escasa instrucción?

Lo que se precisa es una guía que excede al asesoramiento. El sujeto inmaduro, desorientado, que se siente rechazado por la sociedad no requiere de “asesores” sino de técnicos que, a través de una asignatura trabajen en su adaptación personal y social.

Dijimos antes que estábamos a favor de tesis progresistas pero no podemos ni debemos soslayar el hecho fundamental de que no estamos frente a alumnos normales, sino ante hombres desorientados. En este sentido todo avance pedagógico debe supeditarse a la estructura de

personalidad de la población, y así como a los niños se les atrae y motiva en juegos, distracciones, etc. Que ayudan al aprendizaje, también los adultos inmaduros emocionalmente claman por un trato más vivo, más cercano, terapéutico, humanista, y antes que nada, fortalecedor.

Comprendo que una labor como la que estamos apuntando resulta más difícil que la asesoría que analiza resultados gráficos sobre un papel.

Pero, ¿se estaría cumpliendo con una auténtica tarea educativa y formativa con el simple pasar de hojas y dibujos?

Si existen grupos según los niveles, ¿por qué destruir esa fuerza de comunicación, de diálogo colectivo, de compañerismo para convertir la clase en células individuales?

No perdamos la brújula, el interno necesita cursos intensivos pero no únicamente de instrucción típicamente escolar, o sea, de aprendizaje, sino también de formación.

Se precisa entonces una relación de tutelaje, de cuidado, de órdenes que deben acatarse a efecto de ir formando en el alumno una personalidad encausada al deber y a la superación humana, no sólo académica, sino ética y moral.

Y uno de los vehículos es la solidaridad, la conciencia de grupo, de compañerismo que se sustenta en el progreso escolar, en el avance educativo. Los internos en gran proporción vienen de haber sufrido soledad o compañías negativas y desorientadoras. Si acuden a la escuela es para aprender pero también para superar su pasado solitario y sus relaciones erráticas. Si podemos ofrecerles una solución a ambos problemas, ¿por qué mutilar esta labor con racionalizaciones estrictamente funcionales, operativas, de un sistema que se concreta y reduce al mero expediente burocrático?

No estoy proponiendo ideales inalcanzables. Trato de ver la problemática del interno y de encontrar cauces en todas las áreas y disciplinas. Sé que el centro escolar o su equivalente en la prisión representan múltiples panoramas y perspectivas alentadoras dentro de la reforma penitenciaria que urge realizar y pienso también que el profesorado que lo conduce y alienta tiene la mente abierta a la incorporación de procedimientos humanistas cuya aplicación es cada vez más necesaria.

Hasta ahora hemos hablado del alumno, del interno, de sus necesidades y requerimientos. Es oportuno describir ya el rol del maestro, su postura y preparación.

Para alcanzar el objetivo primordial que persigue la ley de normas mínimas o las de ejecución de sentencias, o sea, la readaptación del interno mediante escuela y trabajo, deporte, actividades culturales y otros tipos de tratamientos que buscan ser integrales. Estos aspectos se convierten en columnas del planteamiento básico: la readaptación. Caer en el extremo opuesto, es decir, la escuela por la escuela misma o el trabajo por el trabajo mismo es un error que debemos evitar porque significa no comprender el espíritu de la ley.

Por ello, es preciso que el maestro se vincule al alumno. En este sentido creo en la conveniencia, en la necesidad de restaurar la figura del encargado del grupo, el guía que imparte las asignaturas de un curso, lo que le permite conocer y ser conocido por sus alumnos a quienes imparte los diversos temas que comprenden el nivel, curso o año escolar.

Se apoya en maestros auxiliares excepcionalmente, pero con la responsabilidad del grupo escolar. Todo ello puede ahora ser subrogado a la iniciativa privada, exigiéndole y vigilando cuidadosamente el contenido de los cursos.

En un reclusorio el maestro debe ejercer un tutelaje, una vigilancia continua para erradicar el ausentismo y motivar al interno, presionándolo si es necesario, a fin de que supere sus atavismos culturales y sociales. En este rol el profesor se convierte en guía con una figura paternal que educa y forma. Para ello debe acercarse a sus alumnos y proponerles soluciones o caminos a sus problemas urgentes. Esta comunicación humana que tuvimos en los primeros años de la primaria, cuando éramos niños se repetiría en el reclusorio para adultos con problemas de personalidad.

Dentro de este plan educativo, el regaño, la reprimenda, tienen un valor terapéutico que puede manejarse con eficacia. El niño y el interno requieren de palabras y actitudes firmes que por debajo de la voz fuerte, amenazante o represora, esconden un lenguaje de auténtica comunicación y cuidado. El calor del enojo se concibe así como una atención personal a la que el alumno se acerca para cobijarse de la angustia de su soledad y abandono, pero el riesgo es la manipulación del alumno, y de ello hay que estar consciente permanentemente.

Lo que falta al interno de madurez interior emocionalmente le sobra en recursos manipuladores. Aparentará fatiga, enfermedad, lentitud en el aprendizaje, circunstancias legales y familiares que le alejan conjunta o separadamente de sus clases o presiones y burlas de los compañeros de prisión.

El tutelaje debe entonces mantenerse objetivo y alerta para no caer en el juego del interno y así como el niño desconfía y posteriormente rechaza al padre débil, también domina al maestro manipulable e inexperto en relaciones humanas.

Por tanto, el profesor que imparte sus clases en el reclusorio debe tener a su vez conocimientos en la manifestación de la conducta, formación de carácter y estructura de personalidad para entender los mecanismos del interno, sus rasgos de carácter y, de esta suerte, salir triunfante de esa relación estrecha y en ocasiones conflictiva, que es la vinculación profesional con el alumno-interno.

Con estas bases y estos planteamientos que consideramos indispensables para que sea funcional la educación en un reclusorio, se ve lejana la imagen del “asesor” que opera en este momento. Nuestro planteamiento implica una superación del maestro, una mayor amplitud de conocimientos y una disposición a la verdadera enseñanza. Sobra personal dispuesto a la instauración inmediata de recursos de psicología para los maestros que les serán herramientas valiosas.

No nos satisfacen soluciones aparentes. Si estamos obsesionados con la necesidad de una reforma penitenciaria, es nuestro deber aplicarla en todos sus campos y dimensiones posibles. Si estamos a favor del método de vanguardia, como dijimos al principio, estamos en contra de adelantos aparentes y superficiales que no han traído los resultados esperados.

La clave no está en crear métodos que faciliten el aprendizaje, sino en el uso pleno del tiempo del interno en lucha contra el ocio y el decaimiento; si hay sujetos lentos, entonces instituyamos cursos de más horas adicionales al regular en donde incluyamos a los que necesitan de más explicaciones para ponerse al corriente con el resto del grupo.

Por encima de todo, no perdamos la idea del grupo por móvil y cambiable que parezca. Recordemos que se trata de enseñarlo precisamente a vivir en grupo y respetar a los integrantes del mismo.

# EL DERECHO DE DEFENSA EN EL PROCESO DISCIPLINARIO PENITENCIARIO COLOMBIANO

**Juan David Posada Segura**

Docente e investigador en materia penitenciaria y derechos humanos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia; Doctor en Derecho, sociología jurídico-penal por la Universidad de Barcelona; Magister en Derechos Humanos por la Universidad Internacional de Andalucía; Actualmente Director del Grupo del Grupo de Investigación Sistema Penitenciario y Director del Semillero Penitenciario de la Universidad de Antioquia.

**Jheison Estivent Aristizabal Henao**

Abogado por la Universidad de Antioquia; Especialista en Ciencias Penales y Penitenciarias, Universidad de San Buenaventura; Codirector del Semillero de Penitenciario, Universidad de Antioquia.

El presente artículo pretende analizar los aspectos relacionados con el derecho a la defensa como parte del debido proceso en el proceso disciplinario penitenciario en los establecimientos de reclusión del orden municipal en el departamento de Antioquia en Colombia, esto a partir de la normativa internacional, el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, la ley 65 de 1993 y las modificaciones que trae la nueva ley 1709 de 2014, la resolución 5817 de 1994, en la interpretación que la Corte Constitucional Colombiana ha hecho en materia de este derecho en cuanto las personas privadas de la libertad en Colombia, la doctrina y la materialización de este derecho en las cárceles municipales de Antioquia. De acuerdo a esto se planteará lo referente al concepto de derecho penitenciario, cárcel municipal, debido proceso, derecho de defensa como pilar fundamental del debido proceso, el proceso disciplinario penitenciario y el cómo todo lo anterior se vislumbra fácticamente en los establecimientos de reclusión de orden municipal de Antioquia.

Para que el lector tenga más claridad sobre la temática que se pretende describir, resulta adecuado de manera inicial describir brevemente cuales son las cárceles municipales en la estructura penitenciaria y carcelaria colombiana, con el ánimo de delimitar el alcance de la pregunta de investigación sobre la cual se enmarca el presente escrito.

Teniendo claro que esta investigación se encuentra dentro del saber del derecho penitenciario, es importante establecer todo lo referente a cuáles son los establecimientos de reclusión del orden municipal, en el entendido que la parte práctica que comprende este ejercicio de investigación está dirigido a este tipo de establecimientos. Según el código penitenciario y carcelario colombiano ley 65 de 1993 modificada por la ley 1709 de 2014 en sus artículos 16 y 17, establece que los establecimientos de reclusión pueden ser del orden, nacional, departamental o municipal; divididos a su vez en:

*Cárceles* de detención preventiva, penitenciarías, casas para la detención y cumplimiento de pena por conductas punibles culposas cometidas en accidente de tránsito o en ejercicio de toda profesión u oficio, centros de arraigo transitorio, establecimientos de reclusión para inimputables por trastorno mental permanente o transitorio con base patológica y personas con trastorno mental sobreviniente, cárceles y penitenciarías de alta seguridad, cárceles y penitenciarías para mujeres, cárceles y penitenciarías para miembros de la Fuerza Pública, y colonias<sup>1</sup>.

El artículo 17 de la ley 65 de 1993 continúa mencionando que está a cargo de los departamentos, municipios y áreas metropolitanas, la creación, dirección, organización, administración, sostenimiento y vigilancia de las cárceles para las personas detenidas preventivamente. Además, deja claro que el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario será quien ejerza control sobre las cárceles administradas por los entes territoriales, es decir, la administración municipal de cada municipio es quien administra sus cárceles, pero el INPEC será la entidad que los vigile. Así las cosas, también se establece de manera expresa todos los gastos locativos de manutención de cada cárcel municipal o departamental adscritas al ente territorial correrán a cargo de la

---

1 Colombia. Congreso de Colombia. Ley 65 de 1993: Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario. Bogotá: Diario oficial. 1993.

administración municipal de cada municipio, por lo cual este está obligado a establecer dentro de su presupuesto todo lo que ello conlleve como: nómina de empleados, alimentación, vigilancia y traslado de las personas detenidas preventivamente, equipos de seguridad y en general todos los demás servicios necesarios para llevar la labor de custodia de las personas privadas de libertad que les corresponda<sup>2</sup>.

Acto seguido, continúa esta ley en su artículo 21 diciendo que las cárceles deben funcionar con un régimen de reclusión cerrado y deben ser usadas exclusivamente para albergar personas en situación jurídica de sindicado o imputado, es decir, que se encuentren en detención preventiva, sin una condena en firme, lo último de acuerdo a lo establecido en el artículo 17 del código penitenciario<sup>3</sup>. Sin embargo, es un hecho ya documentado que, en estas cárceles y pabellones, aunque fueron concebidas para albergar sólo personas detenidas preventivamente mantienen personas con condena en firme.

Partiendo de una postura liberal centrada en la teoría del garantismo penal estudiada y desarrolla por el maestro Luigi Ferrajoli<sup>4</sup> en donde define el debido proceso como una garantía de índole constitucional consagrada en beneficio de todos los ciudadanos y que representa la tutela de los derechos de la persona contra la arbitrariedad que se concreta en garantías primarias y secundarias. Las primarias son llamadas por Ferrajoli de esta manera en el entendido en que de ellas se desprenden otras garantías (secundarias), las cuales no podrían ser parte del ordenamiento jurídico sin que de manera anterior existan las primarias; así las cosas las garantías primarias son: la garantía derivada de la formulación de imputación que se hace efectiva con el derecho a la contradicción; la garantía de la carga probatoria que pesa sobre el ente acusador y por último, la garantía que plantea el derecho de defensa que tiene el procesado; por su parte las garantías secundarias son: la garantía de publicidad, la cual es importante en la medida en que permite que se ejerza un control intrínseco y extrínseco de toda actividad procesal; la garantía de la oralidad, la cual encierra los principios de concentración e inmediatez de la actividad probatoria; la garantía de legalidad, supone la preexistencia de un procedimiento previamente establecido en la ley y debe ser aplicada a todos los

---

2 Ibidem.

3 Ibidem.

4 Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón; teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta. 1997.

procedimientos judiciales y administrativos que se desarrollen en un Estado, y por último se encuentra la garantía de la motivación, la cual es fundamental a fin de blindar el sistema de apreciaciones subjetivas pues supone que siempre exista una fundamentación en cada argumentos que se pretenda hacer valer por medio de elementos de prueba<sup>5</sup>.

Resulta acertado manifestar que el debido proceso es una garantía constitucional que constituye un conjunto de derechos contemplados en el ordenamiento jurídico, que tienen como fin de proteger al individuo, o como lo plantea Ferrajoli: "al ciudadano, que se encuentra inmerso en una actuación de índole judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus demás derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia"<sup>6</sup>.

Esta garantía constitucional quedó circunscrita no solo a los procesos judiciales, sino que se incluyó para todas las actuaciones administrativas. La Corte Constitucional, en sentencias como la C-214 de 1994, C- 980 de 2010, T- 796 de 2006 y T- 001 de 1993 no ha sido ajena a esta posición del constituyente, dejando una clara línea jurisprudencial en la cual, señala que el debido proceso es un concepto que reúne un conjunto de garantías que tienen como fin blindar al ciudadano que se encuentra sujeto a cualquier tipo de proceso, entendiéndose judicial o administrativo, asegurando así, que este se realice siguiendo los lineamientos propuestos en la constitución y la ley procurando que se concrete una cumplida administración de justicia, dotada de seguridad jurídica que dé como resultado resoluciones judiciales ajustadas a derecho.

Es de resaltar en que el debido proceso es una garantía suprema, es decir no sólo es de orden constitucional, tal cual lo suscribe el maestro Ferrajoli sino que también tiene un amplio desarrollo como garantía de carácter universal, pues se encuentra reglada dentro de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en los artículos 10 y 11, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en los artículos 18 y 26, en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos artículo 14 y 15, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículos 8 y 9, incluso sobre el tema que específicamente se desarrolla en este artículo, el derecho penitenciario,

---

5 *Ibidem*, p. 606.

6 *Ibidem*.



en el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión en los principios 13,17, 28, 23 y 30 establece el debido proceso y en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, desarrollan este derecho en las reglas 30 y 93.

El amplio desarrollo que ha tenido el debido proceso por parte de la ley, jurisprudencia y doctrina, no sólo como garantía constitucional, sino como derecho humano ha dejado claro que este está integrado por unos derechos y garantías, las cuales tal como lo menciona el profesor Fabián Marín Cortes “se concretan en sentido amplio en el debido proceso que es un derecho fundamental que comprende un conjunto de garantías que la parte débil de una relación de tipo sancionatorio pueden hacer valer frente a la parte fuerte”<sup>7</sup>. Estos derechos son: Derecho a ser informado sobre sus derechos y formas de ejercerlos, derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, derecho al respeto de la independencia judicial, derecho al cumplimiento de los términos procesales, derecho a designar abogado defensor, derecho a tener abogado de la Defensoría Pública cuando no se cuenten con los recursos para designar uno, o en su defecto un abogado de oficio (Defensa técnica) esto ligado al derecho de defensa, derecho a no intervenir en diligencias en ausencias del abogado defensor y a que las que así se realicen sean consideradas inexistentes, derecho a la legalidad de la prueba, derecho a la contradicción probatoria, derecho a derecho a que el funcionario judicial exponga el mérito que le asigne a cada prueba, derecho a que la carga de la prueba sobre la ocurrencia del hecho y sobre la responsabilidad del procesado sea del Estado, derecho a la doble instancia, derecho a interponer recursos, derecho a solicitar prorroga de los términos procesales, derecho a ser notificado personalmente, derecho a conocer las actuaciones en investigación previa, derecho a que la autoridad judicial garantice la igualdad de los sujetos procesales, derecho al juez o funcionario predeterminado por la ley.

De acuerdo a lo anterior, el debido proceso está conformado por varios derechos, todos importantes para el desarrollo de esta garantía, pero es el derecho a la defensa el pilar más importante en el debido

---

7 Marín Cortes, Fabián. *Aspectos constitucionales del derecho fundamental al debido proceso*, trabajo de grado para optar al título de abogado, Universidad de Antioquia, 1995, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Medellín, 1995, p.8.

proceso, en el entendió de que es considerado como el derecho que le asiste a todo ciudadano de defenderse de todos los cargos que le presenten en el curso de un proceso judicial o administrativo, en este mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional Colombiana en sentencia C-025 de 2009 en donde además de establecer una definición acerca de lo que es el derecho a la defensa, lo pone como una de las principales garantías contenidas dentro del debido proceso, en el entendido que, constituye la oportunidad que se le otorga a cualquier persona de manifestar sus razones y argumentos, de ser parte del debate probatorio facultándolo para objetar, contradecir y controvertir las pruebas allegadas en su contra, así como solicitar, practicar y pedir que sean evaluadas las pruebas que considere sean beneficiosas para sí y ejercer recursos sobre las decisiones que considere contrarias a derecho, es decir, en general este derecho faculta a cualquier persona para que sea oída, todo esto en el marco de un proceso. Todo ello es de vital importancia pues se constituye en el elemento idóneo para la búsqueda de la verdad ya que con la participación de la persona que puede verse directamente afectada por la decisión judicial o administrativa, se evita la arbitrariedad durante el proceso por parte de los agentes estatales y se procura evitar condenas injustas<sup>8</sup>.

El derecho a la defensa con plenas garantías es indispensable para el debido proceso, pues está conformado por garantías que serán ineficaces si durante el proceso no se brinda la posibilidad de ejercer la defensa; es decir, sin el derecho de defensa “el proceso no sería más que una parodia y un ritual sancionatorio”<sup>9</sup>.

Para que este derecho de defensa con plenas garantías esté dotado de la operatividad necesaria que sea el pilar del debido proceso, se nutre de otros derechos, siendo los más importantes, según la Observación General Nro. 13 del Comité de Derechos Humanos, relativa al artículo 14 del Pacto relativo a la administración de justicia: 1. El derecho que tiene toda persona (Incluidas las privadas de su libertad) a ser informada, sin dilación injustificada de la acusación que se surta en su contra. 2. El

---

8 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 025 de 2009. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 237 (parcial), 242 (parcial), 243, 244 (parcial) y 245 de la Ley 906 de 2004 “por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Bogotá: 2009.

9 Montealegre & Bernal. *El proceso penal. Tomo I: Fundamentos constitucionales y teoría general*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2013, p. 134.

derecho que tiene toda persona cuando se encuentra siendo investigada por una autoridad judicial o administrativa a disponer del tiempo y de los medios necesarios para preparar su defensa y comunicarse con un defensor de su elección, o uno asignado por el Estado. 3. El derecho a la defensa técnica, y que en esta el defensor pueda comunicarse con la persona acusada en condiciones que garanticen el carácter confidencial de sus comunicaciones y se salvaguarde el secreto profesional. 4. El derecho a estar presente durante el proceso, y a actuar por medio de su defensa técnica utilizando los medios disponibles, y en caso a considerar actuaciones injustas o contrarias a derecho impugnar estas. 5. El derecho a la paridad de armas, teniendo las mismas facultades jurídicas que su contraparte (Estado, en estos procesos sancionatorios) y dentro de esta tener la facultad para obligar a comparecer a testigos para interrogar y contrainterrogar<sup>10</sup>.

El código de procedimiento penal colombiano ley 906 de 2004 estableció el debido proceso en su artículo 8 como un principio rector del proceso penal y una garantía para el imputado. Por otro lado, el Código Penitenciario y carcelario en su artículo 117 Modificado por el art. 77, Ley 1709 de 2014<sup>11</sup> regla la obligación de garantizar el debido proceso en las sanciones disciplinarias, y más adelante en el artículo 134 y siguientes le da un desarrollo normativo a este debido proceso. En este punto es importante dejar claro que a lo largo de todo el código penitenciario y carcelario colombiano en ningún artículo es mencionado expresamente el derecho a la defensa, simplemente deja mención de que las personas privadas de la libertad pueden interponer recurso de reposición cuando no están de acuerdo con una sanción impuesta por el director del establecimiento o el consejo de disciplina, pero no deja expreso el derecho a contar con una defensa técnica, ni los términos para ejercer dicha defensa durante estos procesos sancionatorios, lo cual va en contravía de la normativa internacional. Por último, el régimen disciplinario aplicado a las personas privadas de la libertad en Colombia fue establecido mediante la resolución 5817

---

10 Comité de Derechos Humanos. Observación general Numero 13: Relativa al artículo 14 del pacto internacional de derechos civiles y políticos. Nueva York: Comité de Derechos Humanos. 1984.

11 Colombia. Congreso de Colombia. Ley 1709 de 2014: Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones. Bogotá: Diario oficial. 2014.

de 1994<sup>12</sup> y dentro de este el derecho a la defensa aparece consagrado en sus artículos 11 y 41 al mencionar que las personas privadas de la libertad podrán ser oídos en descargos y podrán solicitar pruebas.

El régimen disciplinario penitenciario es “aquel conjunto de normas que regulan las infracciones que los internos pueden cometer derivadas del acatamiento de las normas de régimen interior y de las sanciones que pueden imponerse por comisión de esas infracciones disciplinarias, con la finalidad de garantizar la seguridad y la consecución de una ordenada convivencia”<sup>13</sup>. Es decir, el régimen disciplinario penitenciario es un mecanismo jurídico que tiene dos fines, el primero, lograr la convivencia y garantizar el orden de las personas privadas de la libertad dentro de las cárceles y penitenciarias, y segundo, garantizar la seguridad no sólo los privados de la libertad sino de todas las personas que se ven involucradas dentro del mundo de la privación de libertad; estos fines se logran a través de imposición de sanciones a las personas privadas de la libertad que violen las normas de conducta prescritas previamente en la norma jurídica.

Dada la sujeción especial que existe entre los privados de libertad y el Estado, puede darse el escenario en el cual se ven limitados los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad, amparado en la premisa por parte de la administración de generar buen orden y seguridad dentro de los establecimientos penitenciarios y carcelarios, pero es claro que esta limitación no puede ser la regla, sino que debe ser algo excepcional pues la privación de libertad intramural supone ya por si sola la limitación al derecho fundamental a la libertad y se debe ser muy estricto con el proceso que se debe llevar a la hora de limitar otros derechos fundamentales, es por eso, que unido a la idea de sujeción especial aparece todo el régimen disciplinario penitenciario que tal y como las normas que lo regulan, debe estar acompañado por un debido proceso pleno, esto es, cargado de todas las garantías que lo complementan, antes de imponerse una sanción que supone la limitación de otros derechos fundamentales.

---

12 Colombia. Instituto nacional penitenciario y carcelario. Resolución 5817 de 1994: Régimen disciplinario. Bogotá: Instituto nacional penitenciario y carcelario. 1994.

13 García Fernández. R. *El régimen disciplinario en el ordenamiento penitenciario español: Luces y sombras*. Zaragoza: Publicaciones Universidad de Alicante. 2002, p. 284.

En este orden de ideas tal como se menciona en por parte de la Procuraduría General de la Nación la relación de sujeción especial que existe del Estado frente a los privados de libertad en virtud de una orden judicial, supone una diferenciación entre los ciudadanos del común y los que se encuentran dentro de un centro de reclusión, pues frente a los segundos deja abierta la posibilidad para que existan limitaciones en relación con derechos constitucionalmente protegidos, pero claro está, esto debe suponer que no sea la regla general sino que, simplemente sea una excepción, dado que sin importar la calidad que tenga un ciudadano, estos deben ser objeto de protección de sus derechos fundamentales. Por lo anterior, dicha limitación tiene necesariamente que ser necesaria, justificada y proporcional con el fin que se busca, el cual es el buen orden y la seguridad dentro de los centros penitenciarios y carcelarios, es decir, debe quedar claro que la facultad de limitar derechos constitucionalmente protegidos no es una facultad discrecional de la administración, sino que tiene que cumplir con unos requisitos taxativos<sup>14</sup>.

En este punto es claro como desde la teoría ampliamente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia<sup>15</sup> de la relación especial de sujeción existente entre el Estado y los privados de libertad, se dieron las bases necesarias para crear en materia penitenciaria colombiana el régimen disciplinario penitenciario. Dicho régimen lo comprende un conjunto de normas jurídicas, siendo la primera a mencionar la ley 65 de 1993, Código Penitenciario y Carcelario en su Título XI, artículos 116 y siguientes al establecer que será el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC quien tiene la potestad de expedir el reglamento general al que se deberán ceñir los reglamentos disciplinarios de los diferentes establecimientos penitenciarios y carcelarios colombianos.

Otra norma importante a tener en cuenta a la hora de hablar de régimen disciplinario penitenciario es el Acuerdo N° 0011 del 17 de agosto de 2006 el cual dispone el reglamento del régimen interno general, siendo importante traerlo a colación, pues en este se establece de manera expresa como parámetros todo lo contenido sobre la

---

14 Colombia. Procuraduría General de la Nación. Lecciones de derecho disciplinario. (Vol. 2). Bogotá: Instituto de estudio del ministerio público. 2007, p. 279.

15 Colombia. Corte Constitucional. Sentencias C-394 de 1995, T-1108 de 2002, T-424 de 1992, T-596 de 1992, T-490 de 2004, T-639 de 2004, T-706 de 1992, T-702 de 2001, y T-743 de 2005, entre otras.

materia en la Constitución Política Colombiana, las leyes Colombianas, la jurisprudencia dictada por las altas Cortes Nacionales, los tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por Colombia en materia de derechos humanos y los que versen sobre el manejo de personas privadas de la libertad con orden judicial y sobre el manejo de penitenciarias y cárceles. Es decir, garantías como el derecho de defensa como parte del debido proceso, que son protegidas de manera no solo nacional sino internacional, entran a ser parte de este Acuerdo. También esgrime la importancia de este acuerdo en que establece que los reglamentos internos de cada establecimiento de reclusión dictados por los Directores de los establecimientos tiene que remitirse a la Dirección General del INPEC para su respectiva aprobación, buscando que no vayan a desconocer las disposiciones contenidas en el reglamento general; una vez este reglamento sea aprobado, será aplicado dentro del centro de penitenciario y carcelario que lo haya expedido y será aplicable a las personas sin importar su situación jurídica, es decir, que son objeto de sanciones disciplinarias todas las personas que se encuentren privadas de la libertad en virtud de orden judicial bien sea de manera preventiva o con condena en firme<sup>16</sup>.

Durante todo el articulado que conforma el Código Penitenciario y Carcelario Colombiano en ningún artículo es mencionado de manera expresa el derecho a la defensa, sólo existe una pequeña mención en el artículo 135 al señalar que las personas privadas de la libertad pueden interponer recurso de reposición cuando no están de acuerdo con una sanción impuesta por el director del establecimiento o el consejo de disciplina en los siguientes términos:

Asumida la competencia por el director o por el Consejo de Disciplina según el caso, se decidirá la sanción aplicable en un término máximo de tres días, vencidos los cuales se notificará al sancionado (...) la decisión admite recurso de reposición por parte del sancionado, debidamente sustentado<sup>17</sup>.

Pero no se deja expreso en el anterior artículo, ni en el resto del articulado de la ley 65 de 1993 el derecho a contar con una defensa

---

16 Colombia. Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario. Acuerdo N° 0011 de 2006: Por medio del cual se adopta el régimen interno general. Bogotá: Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario. 2006.

17 *ibídem*

técnica, ni los términos para ejercer dicha defensa durante estos procesos sancionatorios, ni los términos para presentar pruebas a su favor, ni los términos procedimentales con los cuales las personas privadas de la libertad pueden defenderse a sí mismas, ni el derecho a disponer del tiempo y de los medios necesarios para la preparar su defensa y comunicarse con un defensor de su elección, es decir, la norma penitenciaria lo único que deja expreso referente al derecho de defensa es que podrán los privados de libertad interponer recurso de reposición.

El Código penitenciario no establece ninguna norma que garantice el derecho de defensa a través de abogado o por sí mismo y aun en contravía de las normas internacionales, constitucionales y procesales penales, la única oportunidad que la norma parece establecer para la defensa de las personas privadas de la libertad es el recurso de solicitar la reposición de una decisión ya tomada por el mismo funcionario o cuerpo de funcionarios que tomo la decisión inicial<sup>18</sup>.

A pesar de lo anterior, el Código penitenciario y carcelario colombiano tuvo un acierto al consagrar en su artículo 154 modificado a su vez por el artículo 89 de la ley 1709 de 2014<sup>19</sup> en la medida en que incluyó la obligación por parte de la Defensoría del Pueblo de asignar abogados a cada establecimiento para la atención jurídica de los internos que no cuenten con recursos para contratar uno, también abrió la posibilidad a los estudiantes de los pregrados de derecho para que realicen prácticas de consultorio jurídico y de judicatura dentro de los centros de reclusión. Al utilizarse la palabra “internos” se puede afirmar que el trabajo de los defensores públicos no termina con las personas detenidas preventivamente, sino que cobija jurídicamente también a los condenados; podría llegarse a pensar que estos defensores pueden actuar en los proceso disciplinarios que se surtan en contra de las personas privadas de la libertad en la medida en que la ley habla de “atención jurídica”; pero la realidad ha mostrado que esto no es más que una construcción legal que buscaba seguir los estándares constitucionales e internacionales, pues operativamente es poco o nada lo que hacen los escasos defensores que se asignan (Cuando esporádicamente se

---

18 Posada Segura, Juan David. *El sistema penitenciario: Estudio sobre normas y derechos relacionados con la privación de libertad*. Bogotá: Comlibros y Cía. Ltda. 2009. p. 474.

19 Colombia. Congreso de Colombia. Ley 1709 de 2014: Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones. Bogotá: Diario oficial. 2014.

asignan) y en el caso de los estudiantes de derecho, sí se les permite realizar sus prácticas, pero no cumpliendo su labor como defensores, sino como realizando actividades de índole administrativo en favor del INPEC, a esto se suma el hecho de que en casi ninguna facultad de derecho colombiana existen cursos que desarrollen el tema de la privación de libertad por lo cual los estudiantes derecho e incluso los abogados carecen de formación que los haga técnicamente idóneos para ejercer la labor como defensores penitenciarios. Además la figura de juez que existe en Colombia “juez de ejecución de penas y medidas de seguridad” no tiene verdaderas facultades para dirimir conflictos, a lo sumo logra dar fe de los actos que realiza la administración penitenciaria si es que la ley se lo permite “La intervención del juez de ejecución de penas ni siquiera es planteada como revisor de los actos administrativos ejecutoriados que son fallos disciplinarios penitenciarios, violando de paso el elemental derecho de acudir ante la jurisdicción para que revise los actos de la administración”<sup>20</sup>.

Habiendo dejado claro los límites conceptuales en los que nos moveremos iniciaremos ahora con una breve descripción metodológica que nos permita entrar a ofrecer información específica sobre El derecho de defensa en el proceso disciplinario penitenciario, haciendo una revisión del caso en algunos establecimientos de reclusión del orden municipal en Colombia. Valiéndose de la herramienta de la entrevista en su modalidad de encuesta, se obtuvo información directa sobre la percepción o nivel de satisfacción de los derechos humanos que manifiestan las personas privadas de la libertad en los establecimientos de reclusión de orden municipal en el departamento de Antioquia en Colombia<sup>21</sup>.

A continuación, se presentará un consolidado por medio de gráficas de las respuestas dadas en cuanto al tema que nos ocupa, por

---

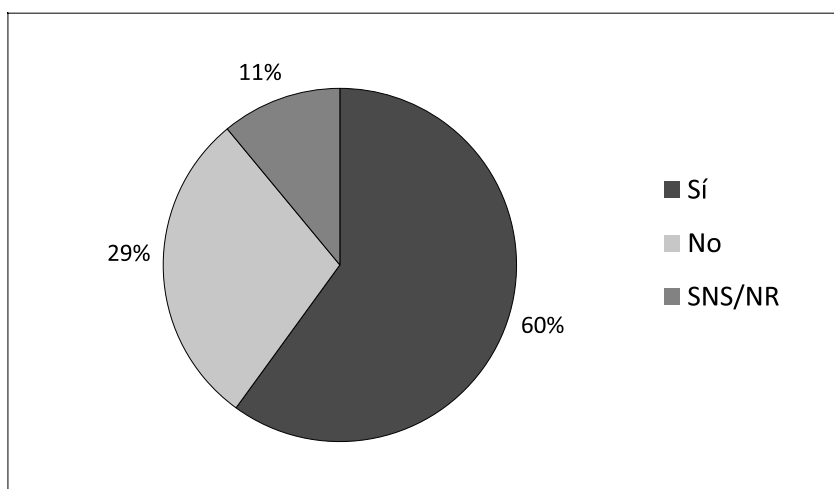
20 *Ibidem*, p. 276.

21 La información que aquí se presentará tabulada es tomada de la investigación, denominada “Situación de los Derechos Humanos de los Jóvenes privados de la libertad en las cárceles del orden municipal del departamento de Antioquia”, que fue inscrita en el centro de investigaciones jurídicas y avalada por el Grupo de investigación Sistema Penitenciario que dirige Juan David Posada Segura, ante el Comité de la Maestría en derecho modalidad investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, cuyo investigador principal fue el profesor Cristian Leonel Guardia López y en la que Jheison Aristizabal participó en el equipo de investigación.



las personas privadas de la libertad en cárceles del orden municipal de cada Municipio del departamento de Antioquia que fueron objeto de la investigación<sup>22</sup>, en torno a las preguntas acerca del tema del derecho al a la defensa y el debido proceso y luego se establecerá una serie de consideraciones a las cuales se llega luego de analizar dicha información:

**1) ¿Considera que se respeta el debido proceso (notificación, descargos, derecho a presentar pruebas, recursos, etc.) cuando se imponen sanciones disciplinarias por parte de la administración carcelaria?**



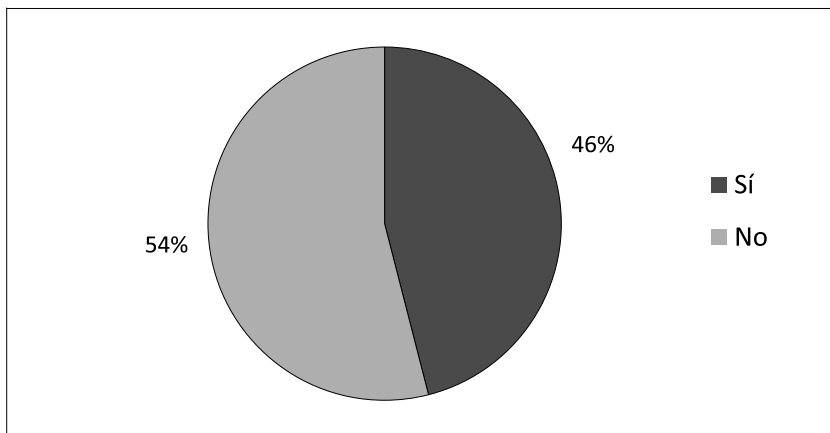
Se observa en esta gráfica que muestra la percepción en cuanto al respeto del debido proceso cuando se imponen sanciones disciplinarias por parte de la administración penitenciaria que el 60% de las personas privadas de la libertad que fueron objeto de este cuestionamiento consideran que se respeta el debido proceso, es decir, más de la mitad de la población carcelaria encuestada ve que hay un respeto por parte del personal administrativo en este tema, lo cual es algo curioso pues en

<sup>22</sup> Esta encuesta fue realizada a las personas privadas de la libertad de todos los municipios de Antioquia que poseen cárcel municipal las cuales son administradas por cada ente territorial y no por la administración penitenciaria nacional (INPEC), estas cárceles municipales son: Amalfi, Ituango, La estrella, Puerto Nare, Puerto Triunfo, Segovia, Tarazá, Urrao, Anorí, Envigado, Fredonia, Amagá, Abejorral, Carmen de Viboral y Caldas.

el clamor general de las personas encuestadas cuando se conversa con ellas manifestaban que a la hora de realizarse los procesos disciplinarios dentro de los centros de reclusión no podían ejercer el derecho de defensa pues se daban cuenta tarde que se encontraban siendo investigados por la posible comisión de una falta disciplinaria, en este orden de ideas se podría pensar que este 60% tal vez incurrieron en el error de no saber que se les estaba preguntando por incurrir en el tecnicismos por parte de los entrevistadores a la hora de redactar la pregunta.

De igual manera resulta diciente el hecho de que sumado el porcentaje de personas privadas de la libertad que respondieron a este cuestionamiento “no” y los que manifestaron “no saber o no querer responder” representa un total del 40% de personas que tienen una percepción negativa de la aplicación del debido proceso y del derecho de defensa en los procesos disciplinarios, por lo cual, es correcto afirmar que ello es reflejo de una normatividad que no está acorde a los preceptos constitucionales e internacionales, pues como anteriormente se manifestó, no existen unas herramientas realmente efectivas encaminadas a la protección del derecho de defensa y del debido proceso dentro del proceso disciplinario penitenciario en Colombia. Este grupo de personas que soportan la privación de libertad en las cárceles de nuestro país y que manifiestan sentir que no se les respeta un derecho fundamental, deben llamar la atención de las diferentes administraciones carcelarias y del poder legislativo colombiano para que reevalúen los preceptos normativos disciplinarios aplicables a las personas privadas de la libertad.

## 2) ¿Conoce el reglamento interno del establecimiento?

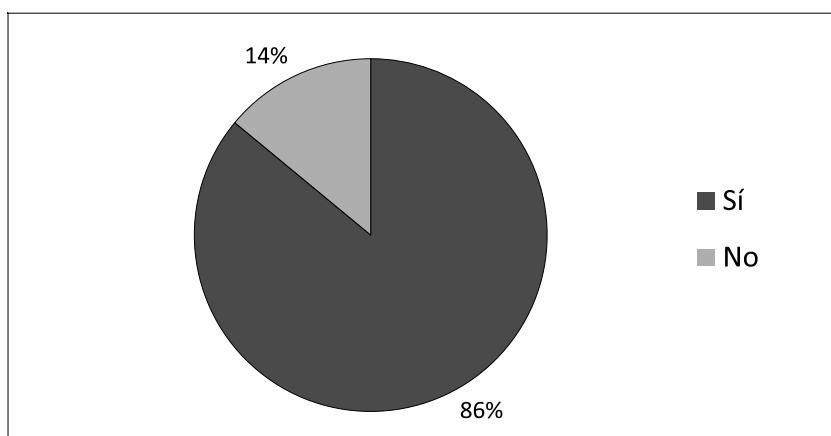


Nos encontramos con un panorama igual al de las personas privadas de la libertad que se encuentran recluidos en penitenciarías de orden nacional, y es que aunque se encuentra regulado el deber por parte del director de cada establecimiento penitenciario o carcelario de nuestro país de dictar un reglamento interno del establecimiento a su cargo y dar a conocer este a las personas privadas de la libertad que se encuentren en dicho establecimiento sin importar su situación jurídica, esto es, no importa si es detenido preventivo o ya con condena en firme, es obligación de la administración del establecimiento darle a conocer el reglamento interno disciplinario que los regirá.

Como vemos la gráfica representa que un alto porcentaje de las personas privadas de la libertad que fueron objeto de la encuesta no conocen el reglamento interno disciplinario que los rige dentro del establecimiento ni mucho menos conocen la legislación que regula la creación de estos reglamentos y le da fundamento al proceso disciplinario penitenciario, lo cual es un tema al que se le debe prestar atención ya que si estas personas no conocen la normatividad que los rige, mucho menos sabrán los mecanismos para ejercer su defensa, violándose flagrantemente el derecho a la defensa de los privados de la libertad; es aquí en donde resulta importante que estas personas cuenten con la presencia constante de un profesional del derecho que los asesore jurídicamente sobre los reglamentos disciplinarios, las consecuencias de transgredir estos y en caso de encontrarse siendo investigados en un proceso de esta índole les brinden la defensa técnica

necesaria, siendo la defensoría pública la llamada a prestar este servicio de manera obligatoria cuando los privados de la libertad no cuenten con la capacidad económica para que su abogado contractual continúe asesorándolos en la etapa de ejecución de la pena. Lo anterior sin olvidar que además por norma expresa, en Colombia, las Personerías Municipales deben asignar abogados a los establecimientos de reclusión para que acompañen a los privados de libertad durante la etapa penitenciaria, aunque como ya se estableció previamente esto en la realidad no se materializa y las personas privadas de la libertad una vez ingresan al establecimiento quedan desprotegidos, sin la asesoría jurídica que un profesional del derecho capacitado en normatividad penitenciaria les pueda brindar.

**3) En caso de que la respuesta anterior sea afirmativa, ¿es aplicado el reglamento interno?**

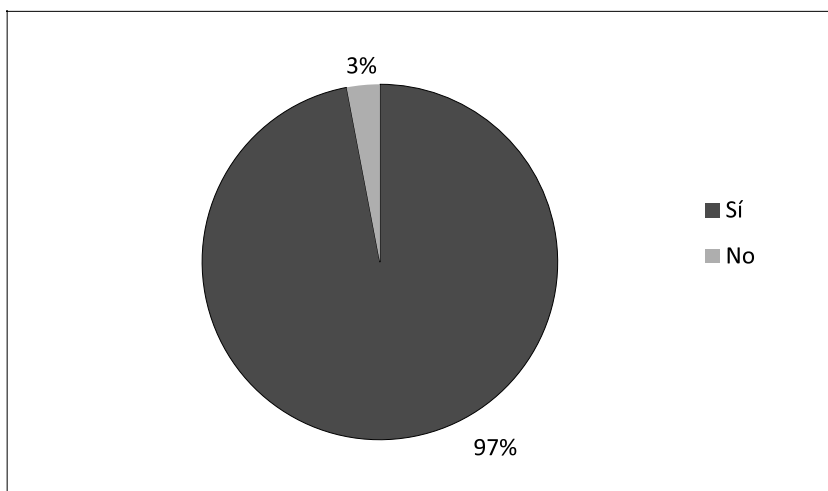


El análisis de esta gráfica se apoya en que la mayoría de los encuestados no conocían el reglamento interno, y si a esto le sumamos el que sólo un 14% de los privados de la libertad que si lo conocían manifestaron que este se aplicaba dentro del establecimiento de reclusión; lo que resulta preocupante, en la medida en que esto es un reflejo de los vacíos normativos que existen en la regulación disciplinaria penitenciaria colombiana, ya que no se establece en ella una regla para que los privados de libertad ejerzan su derecho de defensa, sólo se establece un recurso de reposición ante el mismo funcionario, lo cual

genera que no exista un control material de los reglamentos internos disciplinarios.

Además es apenas lógico que en establecimientos de orden municipal que cuentan con un número reducido de personas privadas de la libertad sea más fácil la aplicación del reglamento interno, tal y como lo refleja ese 86% de encuestados que afirman que este se aplica, de hecho, el contar con unas condiciones locativas más adecuadas y que no presenten niveles de hacinamiento tan altos como los de orden nacional.

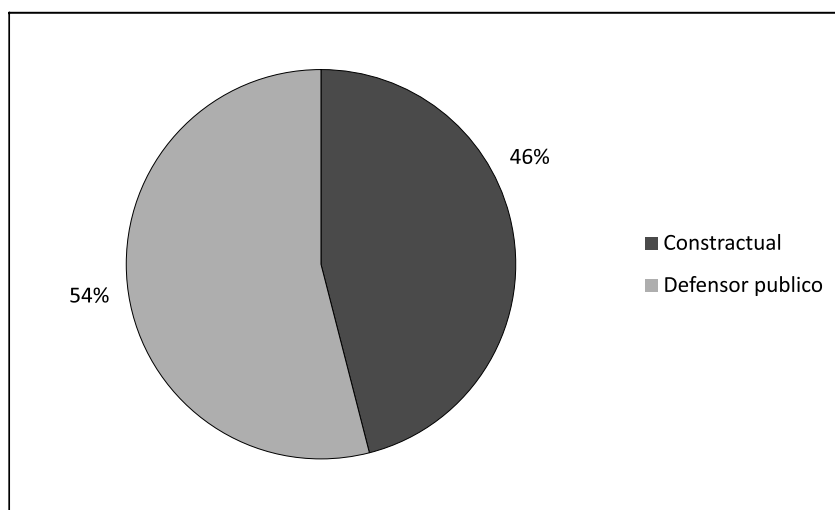
#### 4) ¿Sabe quién es su defensor?



La tendencia marcada de esta gráfica nos muestra como casi la totalidad de las personas privadas de la libertad en cárceles de orden municipal de Antioquia sabe quién es su defensor, lo cual pensando en la protección del derecho de defensa basado en una defensa técnica y material es positivo, pues esto da como resultado una mayor posibilidad de comunicación con la persona encargada de su representación, lo que se materializa en tener una mayor claridad sobre la situación de su proceso penal. De igual forma debemos recordar que la encuesta fue aplicada en cárceles municipales, lo cual supondría una presencia mayor de personas que se encuentran detenidos preventivamente, razón tal vez por la cual los internos permanecen en constante comunicación

con sus defensores bien sea contractuales o públicos, esta situación debería aprovecharse para que estos mismos profesionales del derecho se encuentren al tanto de todo lo que tenga que ver con la vida de su defendido dentro del establecimiento de reclusión, incluyendo todo lo referente al régimen disciplinario aplicable, en este mismo sentido debe ser un reto de las facultades de derecho de Colombia implantar cátedras referentes a derecho penitenciario, buscando que los estudiantes de derecho interioricen y cambien el paradigma actual en el cual el proceso penal termina con una sentencia condenatoria y se den cuenta que hay todo un mundo alrededor de la ejecución de la pena y se capaciten para defender los intereses en esta materia, constituyéndose en la defensa técnica que tanto necesitan las personas privadas de la libertad cuando se encuentran cumpliendo una pena privativa de libertad.

**5) Si la respuesta anterior es afirmativa, ¿su defensor es contractual o asignado por la defensoría pública?**

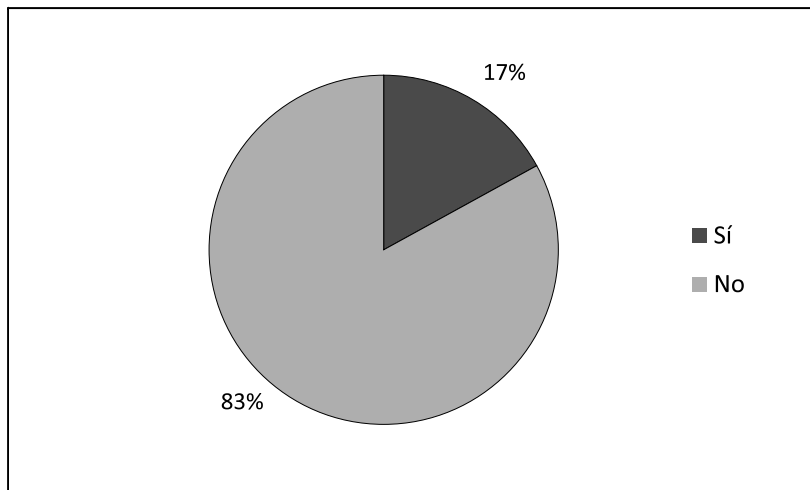


En lo referente a este cuestionamiento, más que darnos una respuesta referente al derecho de defensa en el régimen disciplinario penitenciario, lo que es importante resaltar y lo cual es una constante en Colombia, es que más de la mitad de las personas privadas de la libertad a las cual se les realizó esta pregunta tienen como defensor

en su proceso penal a un abogado asignado por la defensoría del pueblo, lo cual me lleva a recalcar la imperiosa necesidad de fortalecer la defensoría pública en el tema del derecho penitenciario, pues sólo así se podría dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 154 del Código penitenciario colombiano según lo cual la Defensoría del Pueblo fijara y controlara los defensores en cada establecimiento para la atención jurídica de los internos que no cuenten con los recursos; atención jurídica que incluye obviamente lo referente con el derecho de defensa técnica en el régimen disciplinario.

Logrando que esta normatividad se cumpla, se dotaría de una defensa técnica todo lo referente con la etapa de ejecución de penas y es que la defensa técnica en materia penitenciarias no sólo está ligada al objeto de estudio de este artículo referente al proceso disciplinario penitenciario en Colombia, sino que en reiteradas ocasiones nos encontramos con personas privadas de la libertad a las cuales se les vulnera beneficios administrativos a los cuales tiene derecho, por no contar con un profesional del derecho que lo tramite, o incluso ocurre con frecuencia que se presentan sentencias cumplidas y personas en esta condición aun privados de la libertad por desconocimiento.

**6) Durante su privación de libertad, ¿ha interpuesto algún mecanismo para la defensa de sus derechos?**



Un porcentaje representativo del 83% de las personas privadas de la libertad en las cárceles de orden municipal de Antioquia-Colombia manifiestan que durante su privación de libertad no han interpuesto ningún mecanismo de defensa de sus derechos, lo cual a la larga no es más que un reflejo de todo lo que se estudió durante este artículo y resulta consecuente con los demás resultados arrojados en las anteriores preguntas. Y es que siguiendo la lógica de que las personas privadas de la libertad ni siquiera conocen los procedimientos que los rigen, mucho menos conocen los derechos que tienen y en mayor medida desconocen los mecanismos que tienen para hacer efectivos estos derechos, situación que se agrava si tenemos en cuenta que es de público conocimiento que en el mundo de la privación de libertad en Colombia hay una violación sistematizada de derechos fundamentales ya declarada por la Corte Constitucional en tres ocasiones con las sentencias que declaran el estado de cosas inconstitucionales en materia de privación de libertad<sup>23</sup>.

Además centrándonos sólo en el régimen disciplinario penitenciario basta con recordar los términos tan expeditos de tres días para resolver un proceso disciplinario, con lo cual es claro que a las personas privadas de la libertad aun conociendo los mecanismos de protección de sus derechos, les resultaría difícil hacerlos valer, pues la norma colombiana desde su concepción deja unos vacíos importantes, lo cual deriva en una violación del derecho de defensa en el ámbito penitenciario pues la falta de una defensa técnica, los términos tan cortos para ejercer su defensa, el desconocimiento de los mecanismos que tienen para defenderse y de los reglamentos que los rigen y el no garantizarse por parte del Estado los elementos necesarios para ejercer una defensa con una paridad de armas, convierte el proceso disciplinario penitenciario colombiano en un sistema de corte inquisitivo, en donde muchas veces el funcionario que se ve involucrado en el inconveniente con el privado de libertad termina sancionándolo, es decir, se convierte en juzgador y parte a la vez, lo cual viola flagrantemente los derechos humanos de las personas privadas de la libertad.

---

23 Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-153 de 1998, T-388 de 2013 y T-762 de 2015.



## OBSERVACIONES FINALES

Los derechos de las personas privadas de la libertad en Colombia en ocasiones se ven tan limitados que a la larga parecieran no existir; Antioquia y sus cárceles municipales no son ajenas a esta realidad en donde las personas privadas de la libertad ven reducidos sus derechos fundamentales, aunque sólo fueron privados legalmente de uno de ellos, su libertad. Así las cosas, queda en evidencia que el derecho a la defensa como pilar fundamental del debido proceso de las personas privadas de la libertad y su efectiva materialización se ve coartada por múltiples obstáculos, tales como; la falta de una normatividad coherente con los estándares internacionales, la inexistencia de políticas claras de los centros de reclusión coherentes con la protección de derechos humanos, la inexistente distinción entre imputados y condenados y el nivel de seguridad de las cárceles y penitenciarías, entre otras cosas.

Además, ocupándonos en concreto del tema tratado en este artículo, es claro que las autoridades penitenciarias y carcelarias encargadas de llevar a cabo toda la investigación disciplinaria frente a los privados de libertad que tiene como fin determinar si este cometió alguna falta disciplinaria establecida previamente en la norma penitenciaria, y posterior a ello, en el evento en que incurriera en dicha falta imponerle una sanción, están obligados a respetar y acatar todos los derechos que tienen estas personas, consagrados en las normas nacionales e internacionales; es por ello, que deben cumplir todo lo referente al derecho de defensa como pilar fundamental del debido proceso, tal cual lo prescribe toda la normatividad ya enunciada en este escrito.

En este orden de ideas, tal y como quedó descrito, el derecho a la defensa con plenas garantías en el plano normativo colombiano tiene varios vacíos, pese a que el código penitenciario y la resolución 5817 de 1994 en su articulado establecen algunos elementos constitutivos de este derecho. Resultando claro que dejan vacíos jurídicos en aspectos trascendentales tales como; el término para desarrollar el proceso, ya que tres días puede ser muy poco tiempo para llevar a cabo un proceso sancionatorio con plenas garantías; establecer sólo el recurso de reposición y no el de apelación; la falta de regulación en el tema de la oportunidad para presentar descargos dentro del proceso disciplinario por parte del privado de libertad; el no prever el espacio para solicitar o practicar pruebas; la inexistencia de la defensa técnica

bien sea por medio de un abogado de confianza o uno asignado por la defensoría pública; y la ausencia de participación del Juez de Ejecución en alguna parte del proceso, por ejemplo en una eventual apelación.

Así las cosas, aunque la resolución 5817 de 1994, Régimen disciplinario aplicable a los privados de libertad, procuró establecer las herramientas normativas encaminadas a proteger y garantizar algunos aspectos del derecho de defensa y del debido proceso, al ser esta una norma de inferior jerarquía respecto a la ley 65 de 1993, Código Penitenciario Colombiano, terminan siendo estos esfuerzos por dotar de herramientas el ejercicio del derecho de defensa nada más que un simple conjunto de normas sin un sentido real y sin posibilidad de aplicación en el mundo real; claro ejemplo de ello es que aunque en la resolución 5817 de 1994 se establecieron los parámetros para el procedimiento disciplinario, en la práctica este proceso disciplinario se realiza de acuerdo a los conocimientos jurídicos que posea el director del establecimiento y sin acatarse lo establecido en la resolución, lo cual claramente viola los derechos humanos y fundamentales de las personas privadas de la libertad, pues se desconocen todas las garantías.

En el plano fáctico la aplicación del derecho de defensa en el proceso disciplinario penitenciario es casi nulo, pues las pocas oportunidades que ofrece la resolución 5817 de 1994 buscando proteger lo preceptuado en las normas internacionales y constitucionales sobre el tema, no dejan de ser más que letra muerta, pues no tienen cabida en lo poco que desarrolló la ley penitenciaria colombiana para el tema del proceso disciplinario penitenciario; tal como lo menciona Mauricio Martínez<sup>24</sup> dentro de los establecimientos penitenciarios y carcelarios de Colombia: Primero, la mayor parte de las personas privadas de la libertad no tienen conocimiento sobre el reglamento interno disciplinario del establecimiento que los rige, ni mucho menos de la ley 65 de 1993, la Resolución 5817 de 1994, y mucho menos los derechos que tienen para ejercer mecanismos de defensa ante una investigación de carácter disciplinario, lo cual se deriva en un desconocimiento del artículo 29 de la Constitución Política, dejando como consecuencia que este debido proceso y derecho a la defensa consagrado allí, se convierten en una norma sin aplicación real. Segundo, las personas privadas de la libertad denuncian que son sancionados sin tener derecho a defenderse, pues

---

24 Martínez, Mauricio. *La crisis de la justicia penal en Colombia*. Bogotá: Temis. 1999, p. 122.

no se les da la oportunidad de controvertir las acusaciones. Tercero, las sanciones son impuestas muchas veces directamente por el guardia encargado de la custodia de los internos y que resultó envuelto en el problema que originó la investigación disciplinaria en contra del interno. Cuarto, en caso de que la falta disciplinaria que haya sido cometida por parte del privado de libertad constituya también un hecho punible, como el caso de comercialización de sustancias alucinógenas o hurtos, el interno puede llegar a recibir doble sanción por el mismo, en el entendido en que la sanción disciplinaria es independiente de la sanción penal. Quinto, en oportunidades cuando la sanción le es notificada a la persona privada de la libertad este ya la ha pagado.

En Colombia es evidente la necesidad de adoptar un manual único disciplinario penitenciario en donde se establezcan los procedimientos rigurosos que se deben realizar en caso de cometerse por parte de una persona privada de la libertad alguna falta disciplinaria. Este debe ser extendido tanto a cárceles de orden municipal como a las de orden nacional, incluso a las de jurisdicción especial. Este manual tendría que ser expedido por un órgano de control como puede ser el caso de la Procuraduría General de la Nación, lo cual haría que tenga efectos vinculantes y obligatorios, además serían ellos mismos los llamados a realizar una vigilancia permanente para verificar el cumplimiento del mismo.

También, teniendo claro los vacíos ya descritos en la ley 65 de 1993, Código penitenciario, y en la resolución 5817 de 1994, Régimen disciplinario, los cuales establecen actualmente cómo se aplica el derecho de defensa y el debido proceso en los trámites disciplinarios adelantados en contra de las personas privadas de la libertad, podría pensarse como forma de disminuir la violación de los derechos la realización de diversas jornadas de capacitación en los centros de privación de libertad tanto al personal de custodia encargado de realizar las investigaciones disciplinarias como a la población interna acerca de esta normatividad.

Reiteramos que es muy difícil que en las cárceles y penitenciarias colombianas se pueda dar un desarrollo consiente de lo que es un verdadero proceso disciplinario penitenciario dotado de las garantías mínimas para el privado de libertad y sobretodo de un derecho de defensa real que legitime este proceso, pues ni siquiera se contempla la posibilidad de ser asistido por un abogado que haga valer sus

intereses y derechos por medio de una defensa no sólo técnica sino material. De acuerdo a esto resulta necesario en primer medida como venimos sosteniendo la modificación de la norma, carente de garantías y violatoria de la constitución y de los tratados internacionales relativos a derechos humanos; además, es imperiosa la necesidad de la creación de una dependencia a cargo de la Defensoría del Pueblo que se encargue de forma permanente de realizar labores de defensa penitenciaria asistiendo a los privados de la libertad en todos los aspectos jurídicos que presenten, sobretodo en el tema de defensas disciplinarias y obtención de beneficios penales.

Además, también resulta necesario para que el planteamiento anterior sea efectivo buscar que se adicione la manera de estudiar las cuestiones penales en las Facultades de Derecho del país, superando el tradicional estudio sólo sobre cuestiones de derecho penal sustantivo y derecho procesal penal, para dar espacio a la etapa de ejecución de la pena, lo que permitirá superar la equivocada idea que el trabajo del abogado penalista termina con la promulgación de una sentencia condenatoria y sus recursos de ley. Es absolutamente necesaria la formación de abogados conocedores del derecho penitenciario, de las garantías penitenciarias, de los beneficios penitenciarios, y en general de la problemática que se presenta al interior de un establecimiento penitenciario y carcelario, para que sean estos defensores los llamados a ejercer las defensas en los procesos disciplinarios de una manera íntegra. Es tan necesaria esa profesionalización del abogado en temas penitenciarios que la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ya ha mencionado esta problemática en los siguientes términos:

Por otro lado, en su gran mayoría la población reclusa corresponde a personas vulnerables, de escasos recursos económicos y nivel cultural, que no conocen sus derechos ni la forma y los mecanismos a través de los cuales pueden reclamarlos. Esta situación es más crítica para el condenado, pues su defensor privado u oficioso, una vez terminado el proceso, se desentiende por completo de la situación del recluso<sup>25</sup>.

---

25 Colombia. Oficina en Colombia del alto comisionado de las naciones unidas para los derechos humanos OACNUDH- Defensoría del Pueblo. Situación de los derechos

Es claro pues, que es de vital importancia cambiar el paradigma existente en torno del proceso disciplinario penitenciario, dado que el resultado de este, el cual es una sanción disciplinaria, repercute en la privación de derechos que en el mundo penitenciario al ya estar de alguna manera limitados cobran mucha importancia, como lo es el derecho a tener visitas de los familiares, o lo que es aún más grave es que una sanción de este tipo afecta la percepción de los funcionarios a la hora de emitir un concepto sobre la conducta del interno lo que afecta directamente la posibilidad de obtener beneficios penitenciarios como la libertad condicional, la prisión domiciliaria, el permiso de 72 horas, la franquicia preparatoria, etc; pues para gozar de estos, en todos los casos, debe existir un reporte positivo sobre la disciplina del privado de libertad dentro del establecimiento. Es por lo anterior que el proceso disciplinario penitenciario al no respetar las garantías básicas se convierte en una sanción supremamente gravosa para los intereses de una persona que aunque violó la ley penal sigue siendo un ciudadano con derechos que se deben respetar por parte de la administración.

Para finalizar, a modo de conclusión general, el derecho a la defensa como parte del debido proceso en el proceso disciplinario penitenciario no existe plenamente en la normatividad Colombiana, pues sólo existe un “proceso disciplinario” en el cual una persona privada de la libertad no cuenta ni siquiera con los elementos mínimos de un derecho de defensa, en unos casos, porque no se cuenta con regulación normativa frente a ello, y en otros casos porque la regulación que existe excluye estos elementos propios del derecho de defensa.

## REFERENCIAS

Colección de ejecución penal. Derecho penitenciario discusiones actuales. Córdoba: Alveroni ediciones. 2011.

Colombia. Instituto nacional penitenciario y carcelario. Resolución 5817 de 1994: Régimen disciplinario. Bogotá: Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario. 1994.

---

humanos de los reclusos en los establecimientos de reclusión en Colombia. Bogotá: Defensoría del pueblo. 2003, p. 36.

Colombia. Procuraduría general de la nación. Lecciones de derecho disciplinario. (Vol. 2). Bogotá: Instituto de Estudio del Ministerio Público. 2007.

Colombia. Asamblea constituyente. Constitución política. Bogotá: Diario oficial. 1991.

Colombia. Congreso de Colombia. Ley 65 de 1993: Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario. Bogotá: Diario oficial. 1993.

Colombia. Congreso de Colombia. Ley 906 de 2004: Por medio de la cual se adopta el código penal colombiano. Bogotá: Diario oficial. 2004.

Colombia. Congreso de Colombia. Ley 1709 de 2014: Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones. Bogotá: Diario oficial. 2014.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T- 424 de 1992. Derecho a la Intimididad. M.P. Fabio Morón Díaz. Bogotá: Corte Constitucional. 1992.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T- 596 de 1992. Funciones y aplicaciones de la pena, castigo carcelario y dignidad humana, el calabozo, el prisionero y el estado, situación carcelaria. M.P. Ciro Angarita Barón. Bogotá: Corte Constitucional. 1992.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T 001 de 1993. Tribunal superior del distrito judicial de Bogotá- Sala penal. M.P. Jaime Sanín. Bogotá: Corte Constitucional. 1993.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-214 de 1994. Demanda de constitucionalidad contra el artículo 190 del código nacional de tránsito terrestre. M.P. Antonio Barrera. Bogotá: Corte Constitucional. 1994

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 394 de 1995. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 3o. (parcial), 14; 16, 21, 22, 23, 24, 29, 30, 33, 36, 37, 44, 45 y 52 (parciales); 53 y 57; 60 y 64 (parciales); 65; 69 (parcial); 72, 73, 77, 79. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Bogotá: Corte constitucional. 1995.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T- 702 de 2001. Acción de tutela instaurada por Omar Albeiro Gaviria Rúa contra la Penitenciaria

Nacional de Valledupar. M.P. Marco Gerardo Monroy. Bogotá: Corte Constitucional. 2001.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T- 1108 de 2002. Acción de tutela instaurada por el Director de la Cárcel del Circuito Judicial de Turbo contra la Empresa Antioqueña de Energía E.S.P. S.A. -EADE-. M.P. Álvaro Tafur Galvis. Bogotá: Corte Constitucional. 2002.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T- 490 de 2004. Acción de tutela instaurada por Néstor Jaime Peña Rueda contra la Penitenciaría Nacional de Valledupar. M.P. Eduardo Montealegre. Bogotá: Corte Constitucional. 2004.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T- 639 de 2004. Ancizar López Vargas, Gustavo Osorio Ramírez y Manuel Alejandro Cardona en su calidad de miembros del Comité de Derechos Humanos de la cárcel “Las Mercedes” de Cartago. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Bogotá: Corte Constitucional. 2004.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T- 743 de 2005. Acción de tutela instaurada por el señor Hugo Fernando Roza Zapata contra la Penitenciaría Nacional “Doña Juana” de La Dorada - Caldas. M.P. Alfredo Beltrán Sierra. Bogotá: Corte Constitucional. 2005.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T- 796 de 2006. Acción de tutela instaurada por las Sociedades Castro Cherkassi S.A. y Equipo Universal S.A. contra el Instituto Nacional de Vías - INVIAS. M.P. Clara Inés Vargas. Bogotá: Corte Constitucional. 2006.

Colombia. Corte constitucional. Sentencia C- 025 de 2009. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 237 (parcial), 242 (parcial), 243, 244 (parcial) y 245 de la Ley 906 de 2004 “por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Bogotá: Corte constitucional. 2009.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-980 de 2010. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 22 (parcial) de la Ley 1383 de 2010 “por la cual se reforma la Ley 769 de 2002 - Código Nacional de Tránsito, y se dictan otras disposiciones”. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza. Bogotá: Corte constitucional. 2010.

Colombia. Corte constitucional. Sentencia T- 282 de 2014. Acción de tutela instaurada por José Luís Quintero Macías y otros contra el Ministerio de Interior y de Justicia y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC. M.P. Luis Ernesto Vargas. Bogotá: Corte constitucional. 2014.

Colombia. Instituto nacional penitenciario y carcelario. Acuerdo N<sup>o</sup> 0011 de 2006: Por medio del cual se adopta el régimen interno general. Bogotá: Instituto nacional penitenciario y carcelario. 2006.

Colombia. Oficina en Colombia del alto comisionado de las naciones unidas para los derechos humanos OACNUDH- Defensoría del Pueblo. Situación de los derechos humanos de los reclusos en los establecimientos de reclusión en Colombia. Bogotá: Defensoría del pueblo. 2003.

Comité de Derechos Humanos. Observación general Numero 13: Relativa al artículo 14 del pacto internacional de derechos civiles y políticos. Nueva York: Comité de Derechos Humanos. 1984.

Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón; teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta. 1997.

García, F. R. *El régimen disciplinario en el ordenamiento penitenciario español: Luces y sombras*. Zaragoza: Publicaciones Universidad de Alicante. 2002

García, J. F. *Régimen Disciplinario*. Madrid: Universidad de Alicante. 2001.

Instituto de estudio comparado en ciencias penales y sociales. Jornadas sobre sistema penitenciario y derechos humanos. Buenos aires: Editores del puerto s.r.l. 1997.

López, Mariano. *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*. Madrid: Civitas/ Universidad de Córdoba. 1994.

Marín, F. *Aspectos constitucionales del derecho fundamental al debido proceso*. Medellín: Universidad de Antioquia. 1995.

Martínez, Mauricio. *La crisis de la justicia penal en Colombia*. Bogotá: Temis. 1999



Montealegre & Bernal. *El proceso penal. Tomo I: Fundamentos constitucionales y teoría general*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2013.

Naciones Unidas. Asamblea general. Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. Ginebra: Naciones Unidas. 1988.

Naciones Unidas. Consejo económico y social. Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. Ginebra: Naciones Unidas. 1957.

Posada, Juan David. *El sistema penitenciario: Estudio sobre normas y derechos relacionados con la privación de libertad*. Bogotá: Comlibros y Cía. Ltda. 2009.

Suarez, A. *El debido proceso penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2001.



# EL DISCURSO DE ODIO E IGUALDAD: ¿LOS DERECHOS HUMANOS EN JUEGO?

**Julieta Morales Sánchez**

Doctora en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México y Doctora en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha (España); Investigadora Nacional nivel I del Sistema Nacional de Investigadores de CONACYT; Directora General del Centro Nacional de Derechos Humanos de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos; Profesora de la Facultad de Derecho de la UNAM.

## I. EL DISCURSO DE ODIO

En 1965, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, expresó la condena de los Estados parte a “toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma”, y el compromiso de aquéllos “a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación”, entre ellas:

- a) Declarar como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación;
- b) Declarar ilegales y prohibir las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocer que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley;

- c) No permitir que las autoridades ni las instituciones públicas nacionales o locales promuevan la discriminación racial o inciten a ella.

En lo dispuesto en este instrumento internacional, se identifican el elemento básico de lo que ahora se conoce como “discurso de odio”: la incitación a cometer actos de discriminación o de violencia.

En similar sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) incorporó la prohibición de “toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia”.

De manera reciente, en 2013, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, encargado de la supervisión e interpretación de la Convención, apuntó que el término “discurso de odio racista” es aquél dirigido contra los grupos reconocidos por el artículo 1 de ésta, es decir, “los pueblos indígenas, los grupos cuya condición se basa en consideraciones de ascendencia, y los inmigrantes o los no ciudadanos, incluidos los trabajadores domésticos migrantes, los refugiados y los solicitantes de asilo, así como el discurso dirigido contra las mujeres pertenecientes a esos y a otros grupos vulnerables”, así como “contra las personas pertenecientes a determinados grupos étnicos que profesan o practican una religión distinta de la mayoría, por ejemplo las expresiones de islamofobia, antisemitismo y otras manifestaciones de odio similares contra grupos etnorreligiosos, así como las manifestaciones extremas de odio tales como la incitación al genocidio y al terrorismo”.<sup>1</sup>

El Comité también expuso que el “discurso de odio racista puede adoptar múltiples formas y no está limitado a las expresiones de carácter explícitamente racial [...] el discurso en que se ataca a grupos raciales o étnicos concretos puede emplear un lenguaje indirecto para disimular sus metas y objetivos.”<sup>2</sup> Esto es, el discurso de odio racista no necesita ser explícito, puede realizarse mediante ataques a determinados grupos utilizando una argumentación distinta a la racial

---

1 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observación general No. 35 (CERD/C/GC/35), párr. 6, disponible en: [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CERD%2fC%2fGC%2f35&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CERD%2fC%2fGC%2f35&Lang=en).

2 Ibidem, párr. 7.

o matizando su contenido o sus fines, como sucede en el caso de los grupos migratorios indocumentados o irregulares.

De manera concreta, el Comité señaló que los Estados parte deben declarar como actos punibles y castigar:

- a) “Toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial o étnico, por cualquier medio;
- b) La incitación al odio, el desprecio o la discriminación contra los miembros de un grupo por motivos de su raza, color, linaje, u origen nacional o étnico;
- c) Las amenazas o la incitación a la violencia contra personas o grupos por los motivos señalados en el apartado b) anterior;
- d) La expresión de insultos, burlas o calumnias a personas o grupos, o la justificación del odio, el desprecio o la discriminación por los motivos señalados en el apartado b) anterior, cuando constituyan claramente incitación al odio o a la discriminación;
- e) La participación en organizaciones y actividades que promuevan e inciten a la discriminación racial.”<sup>3</sup>

Para calificar los actos de difusión e incitación como actos punibles conforme a la ley, el Comité consideró que deben tenerse en cuenta los siguientes factores contextuales:

- “El contenido y la forma del discurso: si el discurso es o no provocativo y directo, la forma en que está construido y es difundido y el estilo en que se expresa.
- El clima económico, social y político que prevalecía en el momento en que se formuló y difundió el discurso, incluida la existencia de pautas de discriminación contra grupos étnicos y otros grupos, como los pueblos indígenas. Los discursos que resultan inocuos o neutrales en un contexto pueden adquirir connotaciones peligrosas en otro: en sus indicadores sobre el genocidio, el Comité puso de relieve la importancia de las condiciones locales al valorar la significación y los posibles efectos del discurso de odio racista.
- La posición o condición del emisor del discurso en la sociedad y el público al que se dirige el discurso. El Comité ha señalado

---

3 Ibidem, párr. 13.

repetidamente la influencia de los políticos y otros formadores de opinión pública en la creación de un clima negativo respecto de los grupos protegidos por la Convención, y ha alentado a esas personas y entidades a adoptar actitudes positivas encaminadas a promover la comprensión y la armonía entre las culturas. El Comité es consciente de la especial importancia de la libertad de expresión en los asuntos políticos, y también de que su ejercicio entraña deberes y responsabilidades especiales.

- El alcance del discurso, con inclusión del tipo de audiencia y los medios de transmisión: si el discurso se difundió o no en medios de comunicación generales o en Internet y la frecuencia y amplitud de la comunicación, en particular cuando la repetición sugiere la existencia de una estrategia deliberada para suscitar hostilidad hacia grupos étnicos y raciales.
- Los objetivos del discurso: el discurso encaminado a proteger o defender los derechos humanos de personas y grupos no debe ser objeto de sanciones penales o de otro tipo.”<sup>4</sup>

Por su parte, la UNESCO en un informe reciente ha dicho que el concepto con frecuencia se refiere a expresiones a favor de la incitación a hacer daño (particularmente a la discriminación, hostilidad o violencia) con base en la identificación de la víctima como perteneciente a determinado grupo social o demográfico. Puede incluir, entre otros, discursos que incitan, amenazan o motivan a cometer actos de violencia”. No obstante, para algunos el concepto se extiende también a las expresiones que alimentan un ambiente de prejuicio e intolerancia en el entendido de que tal ambiente puede incentivar la discriminación, hostilidad y ataques violentos dirigidos a ciertas personas.<sup>5</sup>

Por su parte, en el ámbito interamericano, el párrafo 5 del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) establece que: “Estará prohibida por la ley [...] toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

---

4 Ibidem, párr. 15.

5 UNESCO, *Countering Online Hate Speech*, 2015, p. 10.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado –en relación con el párrafo quinto del artículo 13 de la Convención Americana– que los Estados deben adoptar legislación para sancionar la apología del odio que constituya “incitación a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar.”<sup>6</sup>

El Plan de Acción Rabat sobre la prohibición de la apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, hostilidad o violencia (2012), señala que los Estados deben distinguir claramente entre: (i) las expresiones que constituyan un delito, (ii) las expresiones que no son sancionables penalmente pero que podrían justificar un proceso civil o sanciones administrativas, y (iii) las expresiones que no son legalmente sancionables “pero que aún generan preocupación en términos de la tolerancia, el civismo y el respeto de los derechos de los demás”.<sup>7</sup>

En el sistema europeo, la Recomendación No. R (97) 20 emitida por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, definió al discurso de odio como “todas las formas de expresión que difundan, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y cualquier otra forma de odio fundado en la intolerancia, incluida la intolerancia que se exprese en forma de negacionismo agresivo y etnocentrismo, la discriminación y hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas nacidas de la inmigración”.<sup>8</sup>

La Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo de Europa estableció la obligación de cada Estado miembro de adoptar “las medidas

---

6 CIDH. Informe Anual 2009. Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo II (Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión). OEA/Ser.L/V/II. Doc. 51. 30 de diciembre de 2009, párr. 58.

7 Rabat Plan of Action on the prohibition of advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence. Conclusions and recommendations emanating from the four regional expert workshops organized by OHCHR in 2011, and adopted by experts at the meeting in Rabat, Marruecos, 5 de octubre de 2012, párr. 20. Disponible para su consulta en [http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A-HRC-22-17-Add4\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A-HRC-22-17-Add4_sp.pdf).

8 Disponible para consulta en: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680505d5b> y *cfr.* [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/Doc/CM/Rec%281997%29020&ExpMem\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/Doc/CM/Rec%281997%29020&ExpMem_en.asp).

necesarias para garantizar que se castiguen las siguientes conductas intencionadas:

- a) la incitación pública a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico;
- b) la comisión de uno de los actos a que se refiere la letra a) mediante la difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales;
- c) la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tal como se definen en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de Roma, dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo un miembro del mismo;
- d) la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes del Estatuto del Tribunal Militar Internacional adjunto al Acuerdo de Londres, de 8 de agosto de 1945, dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo un miembro del mismo.”<sup>9</sup>

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que “[...] es necesario, en las sociedades democráticas, sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia”.<sup>10</sup>

Y, acerca del concepto de discurso de odio, el mencionado Tribunal lo ha conceptualizado como todas aquellas formas de expresión

---

9 Decisión marco 2008/913/JAI del Consejo de Europa, emitida el 28 de noviembre de 2008. Disponible para consulta en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3A133178>.

10 Recomendación 1805 (2007) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre Blasfemia, insultos religiosos y discursos de odio contra personas por causa de su religión <http://www.assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17569&lang=en>



que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia (incluida la intolerancia religiosa)".<sup>11</sup>

Respecto a estas formas de expresión que constituyen un discurso de odio ha indicado que estas manifestaciones "[...] no se benefician de la protección del artículo 10 del Convenio".<sup>12</sup> El referido artículo reconoce y protege el derecho a la libertad de expresión.

Es fundamental no perder de vista estos elementos cuando hablamos de personas migrantes que se encuentran expuestas a reacciones públicas de xenofobia y discriminación por parte de las autoridades, que desconocen sus obligaciones internacionales o convencionales y aquellas derivadas del *jus cogens*. Es preciso recordar que el principio de igualdad y no discriminación constituye una norma de *jus cogens* y como norma imperativa de derecho internacional debe ser cumplida por todos los países, independientemente de la ratificación o no de un tratado internacional.

Es preciso mencionar que el discurso de odio vinculado a la migración, produce una reflexión del "nosotros" que pretende fundamentar la exclusión de los "otros". De manera similar a lo que ocurre entre las culturas diferenciadas, se construyen estereotipos que aspiran a definir a los "del otro lado de la frontera" y se exacerban esas características con base en el discurso, acciones u omisiones estatales que criminalizan *de facto* a la migración.

En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que:

los discursos del odio son aquellos que incitan a la violencia -física, verbal, psicológica, entre otras- contra los ciudadanos en general, o contra determinados grupos caracterizados por rasgos dominantes históricos, sociológicos, étnicos o religiosos. Tales discursos se caracterizan por expresar una concepción mediante la cual se tiene el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social. La problemática social en relación con los discursos del odio, radica en que mediante las expresiones de menosprecio e insulto que contienen, los mismos generan sentimientos

---

11 Asunto Féret c. Bélgica (nº 15615/07), de 16 de julio de 2009.

12 Asunto Müslüm Gündüz c. Turquía (nº 35071/97).

sociales de hostilidad contra personas o grupos. Así, la diferencia entre las expresiones en las que se manifieste un rechazo hacia ciertas personas o grupos y los discursos del odio, consiste en que mientras las primeras pueden resultar contrarias a las creencias y posturas mayoritarias, generando incluso molestia o inconformidad en torno a su contenido, su finalidad se agota en la simple fijación de una postura, mientras que los segundos se encuentran encaminados a un fin práctico, consistente en generar un clima de hostilidad que a su vez puede concretarse en acciones de violencia en todas sus manifestaciones. En consecuencia, los discursos del odio van más allá de la mera expresión de una idea o una opinión y, por el contrario, resultan una acción expresiva finalista que genera un clima de discriminación y violencia hacia las víctimas entre el público receptor, creando espacios de impunidad para las conductas violentas.<sup>13</sup>

## II. DERECHOS HUMANOS, MINORÍAS E IGUALDAD

La *Declaración sobre derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas* determina que “las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas...tendrán derecho a disfrutar de su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión, y a utilizar su propio idioma, en privado y en público, libremente y sin injerencia ni discriminación de ningún tipo”.<sup>14</sup>

---

13 Rubro: Libertad de Expresión. Actualización, características y alcances de los discursos del odio. Amparo directo en revisión 2806/2012. Enrique Núñez Quiroz. 6 de marzo de 2013. Mayoría de tres votos. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quienes reservaron su derecho a formular voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.

14 Aprobada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 47/135 del 18 de diciembre de 1992. Claramente existen conceptos más restrictivos. A manera de ejemplo, se ha dicho, que “la expresión minoría nacional se refiere a una proporción más o menos considerable de los *ciudadanos* de un Estado que son de una nacionalidad diferente de la de la mayoría”. De Azcárate, Pablo, *Minorías nacionales y derechos humanos*, Universidad Carlos III de Madrid, Congreso de los Diputados, Madrid, 1998, p. 119.

En la actualidad la idea de sociedades nacionales homogéneas no sólo es cuestionable –en múltiples casos– sino sociológica y jurídicamente insostenible.

Por ello, el liberalismo entiende que los Estados existen no sólo para proteger iguales derechos y oportunidades para las personas, sino también para garantizar un marco cultural que permita a éstos ser libres e iguales. La tesis de Kymlicka y Straehle, es que si una cultura desaparece o es discriminada, las posibilidades de sus miembros de disfrutar de una vida plena se ven dramáticamente rebajadas.<sup>15</sup>

En los Estados plurinacionales, se debe garantizar un marco jurídico adecuado que permita gozar y ejercer plenamente los derechos para las diferentes minorías nacionales (étnicas y culturales).<sup>16</sup>

La efectiva vigencia de los derechos de las minorías, en el caso de migrantes indocumentados, plantea ciertas dificultades y controversias; incluso es cuestionable su propia categorización como minoría.

El artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos literalmente prevé: “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.

En la literatura se ha comentado las dificultades para coincidir en una definición, incluso se ha aconsejado el sustituir el término minoría por el de grupos nacionales, étnicos, religiosos, culturales, lingüísticos y tribales. Pero inclusive esta detallada descripción excluiría categorías tales como los trabajadores migrantes y las poblaciones indígenas, a menos que estas últimas se consideren idénticas a grupos tribales. Esto, por supuesto, se relaciona con la complicada cuestión de quién decide cuándo estamos frente a una minoría y cuándo no.

Incluso podríamos pensar en el artículo 6º del Estatuto de Roma que determina “se entenderá por ‘genocidio’ cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir

---

15 Kymlicka, Will y Straehle, Christine, *Cosmopolismo, Estado-nación y nacionalismo de las minorías. Un análisis crítico de la literatura reciente*, UNAM, México, 2003, pp. 64 y ss.

16 En el contexto de entornos culturales y sobre los derechos humanos en el Islam, véase Donnelly, Jack, *Derechos humanos universales en teoría y en la práctica*, Gernika, México, 1998, pp. 81-100.

total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso". Así, podríamos preguntar si un conjunto de migrantes se configura como un grupo étnico para efectos internacionales.

La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial que ha sido ratificado, por ejemplo, por los EUA, dispone en su artículo 2.1. "Los Estados partes condenan la discriminación racial y se comprometen a seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a promover el entendimiento entre todas las razas, y con tal objeto: a) Cada Estado parte se compromete a no incurrir en ningún acto o práctica de discriminación racial contra personas, grupos de personas o instituciones y a velar por que todas las autoridades públicas e instituciones públicas, nacionales y locales, actúen en conformidad con esta obligación". Si entendemos que existen grupos de personas migrantes indocumentadas que son identificadas por sus características físicas específicas –además de que comparten una misma lengua, cultura y creencia religiosa, por ejemplo– y ello las diferencian del conjunto de población nacional del país de residencia en donde se encuentran entonces la caracterización de grupo es claramente aplicable.

El principio VII del Acta final de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa establece: "Los Estados participantes en cuyo territorio existan minorías nacionales respetarán el derecho de los individuos pertenecientes a tales minorías a la igualdad ante la ley, les proporcionarán la plena oportunidad para el goce real de los derechos humanos y las libertades fundamentales y, de esta manera, protegerán los legítimos intereses de aquéllos en esta esfera".

Para ello resulta importante iniciar haciendo alusión a la opinión emitida el 31 de julio de 1930 por la Corte Permanente de Justicia Internacional, sobre la interpretación del término "comunidad", contenido en el Convenio de 27 de noviembre de 1919 entre Grecia y Bulgaria, relativo a la emigración voluntaria de las poblaciones greco-búlgaras. En dicha opinión, la Corte expresó que por *comunidad* debe entenderse "un grupo de personas en determinado país o localidad, que poseen una raza, religión, lengua y tradiciones propias y unidos por esta identidad de raza, religión, lengua y tradiciones en un sentimiento de solidaridad, con vistas a preservar sus tradiciones, manteniendo su forma de culto, asegurando la instrucción y educación de sus hijos de

acuerdo con el espíritu y tradiciones de su raza y prestándose mutua asistencia”.

Otro esfuerzo de definición desde el punto de vista legal se deriva de la interpretación del término “minorías étnicas, religiosas o lingüísticas” realizada por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en la Observación General No. 23 sobre el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

Según dicha observación, por minoría se debe entender “aquel grupo de personas que comparten en común una cultura, una religión o un idioma”. De tal propuesta de definición se puede observar que sólo incluye un elemento, al hacer mención de la presencia de *caracteres comunes* (lengua, religión y tradiciones). Por otro lado, dicha definición deja claro que no es necesario el requisito de la ciudadanía para delimitar –complementar– el término minoría.

En algunos espacios se ha dicho que el concepto de minoría es contextual, que se redefine con el paso del tiempo: Así, “no hay un concepto absoluto sino muchos y muchas adscripciones por distintos criterios tales como: la etnia, la lengua, el status socioeconómico, el género, la orientación sexual, y demás procesos de diferenciación social”.<sup>17</sup>

Así, por ejemplo, en algunos casos, la migración indocumentada es de tránsito por lo que sería cuestionable hablar de “minorías” o algunas personas quizás podrían sostener que los índices de migración no son tan significativos como para hablar de “minorías”. La democracia es un sistema de vida en el cual prevalece el gobierno de las mayorías pero con pleno respeto a los derechos de las minorías; es decir, no se trata de una tiranía de las mayorías sino de la garantía efectiva de los derechos de todas las personas que se encuentran sujetas a la jurisdicción de los Estados por lo que no consiste en un asunto cuantitativo; así, aun cuando se trate de un migrante o de 10 millones de ellos, todos los Estados deben ofrecer garantías efectivas para el disfrute de sus derechos, independientemente de las “minorías” que puedan o no constituirse. Por ello se propone superar el debate en torno al término “minoría” para centrarse en el pleno respeto y garantía de los derechos

---

17 Pérez Portilla, Karla, *Aproximaciones al concepto de “minoría”*, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/94/14.pdf>, p. 262.

de todas las personas que –regular o irregularmente– se encuentran en el territorio de un Estado.

Este debate aún abierto arroja indicios de que es factible utilizar el término de “minorías” para referirse a un grupo de personas migrantes indocumentadas. De esta conclusión parcial se desprende la procedencia de aplicar medidas afirmativas para la protección de este grupo en especial situación de vulnerabilidad y discriminación.

### III. DIGNIDAD E IGUALDAD FRENTE A LAS MINORÍAS

Dignidad e igualdad son los presupuestos básicos para la protección de las minorías, incluidas las personas migrantes.

Como parte de esta obligación estatal debe tomarse en cuenta que no sólo se trata de enunciar derechos sino de decir cómo deben ser las políticas o acciones adecuadas para su defensa y vigencia.

Para Ferrajoli hay cuatro “modelos” de relación entre el derecho y las diferencias: a) indiferencia jurídica de las diferencias;<sup>18</sup> b) diferenciación jurídica de las diferencias;<sup>19</sup> c) homologación jurídica de las diferencias;<sup>20</sup> d) igual valoración jurídica de las diferencias.<sup>21</sup>

---

18 Para este modelo las diferencias no se valorizan ni se desvalorizan, no se tutelan ni se reprimen, simplemente se les ignora. *Cfr.* Ferrajoli, Luigi, *Igualdad y diferencia*, <http://conapred.org.mx/depositobv/M0002-01.pdf> (fecha de consulta: 10 de septiembre de 2016).

19 De acuerdo con el cual se valorizan algunas identidades y se desvalorizan otras; aquellas que son valorizadas (como las identidades por razón de sexo, de nacimiento, de lengua, de fe religiosa, de renta, etcétera) resultan asumidas como estatus privilegiados y como fuentes de derechos y poderes. Las diferencias que no son valorizadas (por ejemplo la de mujer, judío, negro, hereje, apóstata, extranjero, apátrida, etcétera) se convierten en estatus discriminatorios, fuentes de exclusión y de sujeción, o a veces incluso de persecución. *Idem.*

20 Según el cual las diferencias son negadas e ignoradas en nombre de una abstracta afirmación de igualdad. Se trata del modelo de serialización llevado a cabo por los diversos socialismos reales y burocráticos. En este modelo se lleva a cabo una homologación, neutralización e integración de todos que elimina normativamente las diferencias y asume una identidad –en términos de sexo, clase, adhesión ideológica o religiosa- como “normal” y al mismo tiempo como “normativa”. *Idem.*

21 Se basa en el principio de igualdad en los derechos fundamentales y al mismo tiempo en un sistema de garantías capaz de asegurar su efectividad. De acuerdo con Ferrajoli, este modelo no ignora las diferencias, sino que al asegurar la igualdad de todos, en los derechos fundamentales, permite la afirmación y tutela de la propia identidad en virtud del reconocimiento del igual valor de todas las diferencias. Los

Existe un riesgo latente cuando en un territorio convergen minorías entre sí y éstas con la mayoría culturalmente predominante: el Derecho del Estado puede buscar la uniformidad de las personas sujetas a su jurisdicción y de esta forma se puede afectar el ejercicio de los derechos, desconocer y limitar las distintas necesidades o formas de vida; es decir, una homogeneización que en el fondo parte de exclusiones y que desconoce las diferencias.<sup>22</sup>

En este marco, la *alteridad* permite pensar procesos y construir relaciones. Como tal constituye un referente central de la cultura y la vida diaria; mediante ella se puede analizar la tensión que involucra la relación con el otro. El otro es siempre el extranjero quien no es –necesariamente, ni casi nunca– un enemigo a combatir; aunque el otro –piensan algunos gobiernos– es el peligro “que puede destruir la identidad”.<sup>23</sup>

Es claro que sólo un nacionalismo moderado y democrático es justificable y se logra cuando se tiene como fundamento a los derechos humanos, los cuales proporcionan una base sólida–posiblemente la única base sólida– para el pleno desarrollo social e individual.

El nacionalismo probablemente pueda visualizarse como contrapuesta a los derechos humanos ya que, en ocasiones, se desarrolla bajo una lógica incluyente que resulta excluyente al querer diluir las diferencias o restringirlas. Por tanto, hay que buscar una concepción del nacionalismo que sea compatible con los derechos humanos de todas las personas en el contexto de sociedades heterogéneas.<sup>24</sup>

---

derechos deberían permitir a cada persona y a cada grupo mantener y desarrollar su propia identidad, ya sea en forma individual o colectiva. Obviamente, Ferrajoli asocia el éxito de este modelo a la posibilidad de que existan garantías efectivas para hacer realidad los derechos.

22 Gutiérrez Castañeda, Griselda, “Identidad, Ciudadanía y Cultura Política”, en Gómez Sollano, Marcela (Coord.), *Cultura política, integración de la diversidad e identidades sociales*, UNAM, México, 2008, p. 83.

23 Gómez Sollano y García Abigail, “Alteridad, saber e integración de la diversidad”, en Gómez Sollano, Marcela (Coord.), *Cultura política... op. cit.*, pp. 142 y 143. También *cfr.* Cohen, Esther y Martínez de la Escalera, Ana María (coords.), *Lecciones de extranjería, Una mirada a la diferencia*, Instituto de Investigaciones Filológicas UNAM, Siglo XXI, México, 2002, p. 8; y Wieviorka, Michel, “Cultura, sociedad y democracia”, en Daniel Gutiérrez (coord.), *Multiculturalismo: perspectivas y desafíos*, El Colegio de México, UNAM, Siglo XXI, México, 2006, pp. 25-76.

24 *Ibidem*, p. 11.

En nuestras sociedades complejas resulta necesario replantearse la concepción jurídico-política de la ciudadanía, ya que tal concepción contempla exclusivamente el eje de la integración social, sin tener en cuenta mínimamente el otro gran eje de la diferenciación social, que se halla respaldado por los derechos humanos cuando son entendidos no sólo en el sentido individual, sino también en cuanto derechos de grupo (étnico, nacional, religioso, de género, etcétera). En este sentido, la ciudadanía sólo puede ser entendida, al finalizar la primera década del siglo XXI, como una ciudadanía compleja.<sup>25</sup> Porque hay que lograr que un conjunto de personas libres, autónomas y plurales, que conviven en un mismo contexto geográfico, estén integrados pero diferenciados a fin de que gocen y ejerzan plenamente sus derechos humanos.

Como se mencionó, los derechos humanos precisan del apoyo del régimen democrático, ya que sólo las democracias consolidadas –aun con riesgos de que los criterios para definir algo como “consolidado” puedan ser arbitrarios– pueden garantizar su cumplimiento. En este sentido puede decirse que la amplia difusión del modelo democrático en todo el mundo durante el último cuarto del siglo XX –aunque se trate con frecuencia de sistemas democráticos en transición, débiles o “de fachada”– abre una línea prometedora para la difusión del reconocimiento y de la observancia de los derechos humanos.<sup>26</sup>

En los últimos años se ha hablado de una *ciudadanía diferenciada*;<sup>27</sup> así, surge un concepto de ciudadanía diversificada que permite a los grupos sociales desfavorecidos o marginados y a las minorías, su integración en el Estado de que se trata sin perder por ello sus rasgos diferenciales propios. Se trata, entonces, de una ciudadanía heterogénea o, para manejarlo en otros términos, no homogénea.

La ciudadanía diferenciada “propugnada por el multiculturalismo no se basa en el hecho de que el ciudadano ya no existe, que se está disolviendo de hecho, sino en el rechazo de un Estado considerado

---

25 Rubio Carracedo, José, “Ciudadanía, Nacionalismo y Derechos Humanos”, en Rubio Carracedo, José, Rosales, José María y Toscano Méndez, Manuel, *Ciudadanía, Nacionalismo y Derechos Humanos*, Trotta, Madrid, 2000, pp. 9 y 10.

26 *Ibidem*, p. 18.

27 *Cfr.* Marshall, *Class, Citizenship and Social Development*, Anchor, New York, 1950; y Kymlicka y Norman, *Return of the Citizen: A survey of Recent Work on Citizenship Theory*, Ethics 104, 1994.



injusto que ‘no ve’ y, por tanto, oprime las diferencias étnico-culturales”.<sup>28</sup>

Una de las propuestas calificadas como más radical ha sido la de Iris M. Young. A su juicio, el concepto hasta ahora hegemónico de ciudadanía integrada es un atentado contra el genuino concepto de igualdad, ya que viene a negar en la práctica los derechos de las minorías sociales y étnicas al forzarlas a una homogeneización con las pautas de la mayoría; y tal proceso homogeneizador es también injusto puesto que contribuye a perpetuar su marginación sociocultural en beneficio de los grupos privilegiados de la mayoría.<sup>29</sup>

Ahora bien, ¿puede lograrse el respeto de las diferencias en los Estados multiculturales? y ¿cómo? He aquí, probablemente, uno de los mayores retos de las democracias occidentales.

Como una medida temporal para caminar hacia la igualdad sustancial, surgieron las acciones positivas, de discriminación positiva o inversa, igualación o acciones afirmativas, que son aquellas normas que diferencian entre colectivo socialmente beneficiado y desfavorecido y tienen como finalidad luchar contra la situación de desigualdad material de estos últimos.

Según Giménez Glück, las tres características principales de este tipo de medidas son: “a) la medida divide a la sociedad en colectivos cuya desigualdad material se manifiesta desde un punto de vista grupal, esto es, tiene como fundamento la igualdad material entre colectivos; y b) la medida tiene como finalidad compensar la desigualdad material que los beneficiados por la norma sufren desde un punto de vista colectivo; y c) el rasgo que determina la diferenciación es la característica que los cohesionan como colectivo y por la que se identifica y discrimina socialmente a los miembros del mismo (ej.: el sexo, la raza, etc.)”.<sup>30</sup>

Una acción positiva ha sido definida como “el trato formalmente desigual que beneficia a un colectivo que comparte un rasgo estigmatizado (aunque) la racionalidad de las medidas que benefician

---

28 Sartori, Giovanni, *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, trad. Miguel Ángel Ruiz de Azúa, Taurus, Madrid, 2001, p. 100.

29 Cfr. Young, Iris Marion, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton University Press, Princeton, N. J., 1990, *passim*.

30 Giménez Glück, David, *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Bosch, Barcelona, 2004, pp. 316- 320.

a colectivo, en lugar de a individuos, son más difíciles de justificar. Las normas que benefician a un grupo tomando como fundamento su desigualdad material como colectivo, sin tener en cuenta caso a caso las circunstancias individuales, necesitan del refuerzo constitucional que supone la identificación de una serie de estos colectivos como especialmente protegibles”. Como se dijo “las acciones positivas sean unas medidas estructuralmente temporales: en el momento en que el colectivo estigmatizado por uno de estos rasgos supere la desigualdad material, las acciones positivas devendrán inconstitucionales”.<sup>31</sup>

Giménez Glück divide a las acciones positivas en dos categorías: las acciones positivas moderadas y las medidas de discriminación inversa.

*Las medidas de discriminación inversa* serían las acciones positivas consistentes en cuotas reservadas a los colectivos sensibles a la discriminación en los procesos selectivos para acceder a bienes escasos de la sociedad (puestos de trabajo, listas electorales, contratos con la Administración, plazas universitarias, etc.). Su carácter diferenciador estribaría en que provocan un daño mayor en los miembros de grupos no beneficiados por la diferencia de trato que el resto de acciones positivas, puesto que aquí ya no se trata de no obtener determinados ventajas reservadas a los colectivos objeto del plan, sino de perder derechos y bienes sociales que les hubieran correspondido si no se hubiera tenido en cuenta favorablemente el rasgo (sexo, raza, etc.) de sus competidores en el proceso selectivo sobre el que se proyectan.

Frente a las medidas de discriminación inversa, se contrapondrían las *acciones positivas moderadas*. Estas acciones positivas, en vez de influir directamente en el proceso selectivo para favorecer la elección de los miembros de los grupos desaventajados, como hacen las cuotas, tratan de remover los obstáculos que impiden a los miembros, de estos grupos llegar al proceso selectivo en igualdad de condiciones. Se adaptan mejor, pues, al concepto tradicional de igualdad de oportunidades:

---

31 *Idem.*

conseguir que todas las personas gocen de una posición similar en el punto de partida.<sup>32</sup>

Ahora bien, la justificación de las acciones positivas es clara: “la fórmula que Aristóteles utilizó para definir la igualdad no sólo comprende la necesidad de tratar de forma igual a los iguales; además de eso, para alcanzar un sistema de justicia redistributiva lo suficientemente igualitario, se ha de tratar de manera desigual a los desigualmente situados”.<sup>33</sup>

#### **IV. DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN: PROSPECTIVA PRELIMINAR**

La discriminación tiene que ver, en primer lugar, con *relaciones políticas o de dominio* –siempre de carácter inequitativo o asimétrico– que acontecen entre los grupos sociales pero en general a través de las relaciones entre personas; en segundo lugar, con un fenómeno de naturaleza fundamentalmente *cultural*, que halla sus fuentes en los prejuicios y en los procesos de estigmatización de los otros u otras. Un estereotipo es una visión generalizada o preconcepción de actitudes o características poseídas por personas integrantes de un grupo social particular (por ejemplo, las mujeres, las lesbianas o las indígenas) o los roles que realizan o deben realizar. Estas generalizaciones o preconcepciones con respecto a atributos, características o roles de miembros de un particular grupo social hacen innecesaria la consideración de las habilidades, necesidades, deseos y circunstancias de cualquier miembro particular del grupo.<sup>34</sup>

De acuerdo con el artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas la Formas de Discriminación Racial de Naciones Unidas, la discriminación es “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los

---

32 *Ibidem*, pp. 326-328.

33 *Ibidem*, p. 331.

34 Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, Fundamentos de la Armonización Legislativa con Enfoque Antidiscriminatorio, T. I., CONAPRED, México, 2013, p. 64.

derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o cualquier otra esfera de la vida pública”.

El Convenio (número 111 de 1958) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación,<sup>35</sup> define en su artículo 1º a la discriminación como “a) Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación. b) Cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación...”

Existe una gran variedad de formas de discriminación, las cuales pueden ser ordenadas según algunos criterios de clasificación: el sujeto activo de la discriminación; el sujeto pasivo que sufre la discriminación; las causas o motivos con base en los cuales se realiza la discriminación; las consecuencias que se producen.<sup>36</sup> Otro criterio de clasificación se refiere a la diversidad de dimensiones en las que la discriminación se presenta: se puede identificar una dimensión *personal*, una dimensión *institucional* y una dimensión *estructural*.

La dimensión personal tiene su origen en los prejuicios de una persona concreta. La discriminación en su dimensión *institucional* se presenta en los contextos en que el acto discriminatorio se produce de manera regular debido a que su origen reside en criterios de conducta previamente establecidos en textos y documentos, así como en acuerdos no explícitos que rigen el funcionamiento de una determinada institución. La discriminación *estructural* se caracteriza en razón de que el acto discriminatorio se presenta de manera sistemática, lo cual se debe a que el orden social está dispuesto de manera tal que casi sin excepción ciertas personas o grupos de personas padecen la limitación

---

35 Conocido como Convenio sobre la Discriminación (empleo y ocupación) de la Organización Internacional del Trabajo, adoptado en Ginebra, Suiza el 25 de junio de 1958, y entró en vigor el 15 de junio de 1960.

36 Así se podría distinguir: la discriminación que priva de un bien o un derecho a una persona o grupo de personas con el que otros sí cuentan; la discriminación que excluye a una persona de participar de una situación u orden de cosas en las que otros toman parte; o la discriminación que impide u obstaculiza a una persona o grupo de personas realizar una actividad o derecho determinado del que otros sí pueden disfrutar.

o la negación de sus derechos. En esta dimensión la discriminación depende de las estructuras sociales.<sup>37</sup>

Es claro que en la realidad estas tres dimensiones de la discriminación no son excluyentes entre sí, más bien, a medida que se trasciende de la dimensión personal a la institucional y de ahí a la estructural, la anterior queda subsumida en la posterior, es decir, la discriminación estructural se conforma y se manifiesta a través de un gran número de discriminaciones personales e institucionales, esta última mediante una serie de discriminaciones personales.<sup>38</sup>

A pesar de lo anterior, hay que aclarar que no toda distinción o diferenciación constituye discriminación.

La CorteIDH ha establecido que “es discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas”.<sup>39</sup> Éstos y otros

---

37 De la Torre Martínez, Carlos, *El Derecho a la no discriminación en México*, Porrúa, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2006, pp. 7-9.

38 *Idem*.

39 Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Yatama*, sentencia de 23 de junio de 2005; Opinión Consultiva OC-18/03, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, 17 de septiembre de 2003; Opinión Consultiva OC-17/02, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, 28 de agosto de 2002 y Opinión Consultiva OC-4/84, *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización*, 19 de enero de 1984. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha sostenido este razonamiento, véase *caso relativo a determinados aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica*, sentencia de 23 de julio de 1968; *Caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen*, sentencia de 7 de diciembre de 1976; *Caso Marckx*, sentencia de 13 de junio de 1979; *Caso Artico*, sentencia de 13 de mayo de 1980; *Caso Refah Partisi, Erbakan, Kazan y Tekdal*, sentencia 31 de julio de 2001. En un sentido similar –y a manera de ejemplo– se encuentra la jurisprudencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia Mexicana al afirmar que: “La garantía de no discriminación que consagra el tercer párrafo del artículo 1o. constitucional, proscribiera cualquier distinción motivada por razones de género, edad, condición social, religión o cualquier otra análoga que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas; sin embargo, no es cualquier distinción de trato entre las personas, sino sólo aquellas que atenten contra la dignidad humana, así como las que tengan por efecto anular o menoscabar sus derechos y libertades, o bien, la igualdad

aspectos de la jurisprudencia de la CorteIDH serán abordados en posteriores capítulos.<sup>40</sup>

Ahora bien, el principio de igualdad obliga no sólo a suprimir las discriminaciones existentes, sino también a establecer medidas positivas a favor de colectivos que están en situaciones de desventaja real. En la jurisprudencia del Tribunal Europeo, en el caso *Stec* y otros contra Reino Unido de 12 de abril de 2006, se utiliza en la argumentación el concepto de medidas de acción positiva, aunque sin emplear tal denominación. Si bien señala también que en esa materia, los Estados gozan de un amplio margen de apreciación nacional.<sup>41</sup>

La CorteIDH ha señalado que “la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza”.<sup>42</sup>

La igualdad de hecho atiende a las condiciones de los sectores o grupos de personas social, económica o culturalmente menos favorecidos, e impone al Estado, mediante la realización de acciones positivas, el deber de remover los obstáculos que impidan a tales personas un ejercicio real y efectivo de sus derechos fundamentales,

---

real de oportunidades”. Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVIII, octubre de 2008, p. 25, tesis: P. /J. 114/2008.

40 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sumarios de Jurisprudencia. Igualdad y no discriminación*, Center for Justice and International Law, Washington, 2009.

41 Santolaya Machetti, Pablo y Díaz Ricci, Sergio, “Los derechos económicos, sociales y culturales y la protección de grupos vulnerables”, en García Roca, Javier *et. al.* (eds.), *El Diálogo entre los sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, 2012, pp. 294 y 295.

42 Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84, de 19 de enero de 1984, Serie A. núm. 4, párr. 55. Cfr. Didier, María Marta, *El principio de igualdad en las normas jurídicas. Estudio de la doctrina de la Corte Suprema de Argentina y su vinculación con los estándares de constitucionalidad de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2012, p. 25.

como así también gozar de una igualdad de oportunidades o de resultados, según los bienes y aspectos con relación a los cuales se pretenda alcanzar dicha igualdad.<sup>43</sup>

Así, para la Corte Suprema de Argentina, el principio de igualdad resultaría vulnerado “si se contemplare en forma idéntica casos que entre sí son diferentes”.<sup>44</sup> Según la Corte Suprema de Estados Unidos, a veces la mayor discriminación puede consistir en tratar cosas que son diferentes como si fueran exactamente iguales.<sup>45</sup> Como acertadamente lo ha puesto de manifiesto la Corte Interamericana, “existen ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse, legítimamente, en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que esto contraría la justicia. Más aún, tales distinciones pueden ser un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran”.<sup>46</sup>

La Corte IDH ha destacado que el deber de respetar y garantizar los derechos humanos emana del principio de igualdad, señalando que “existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación. Los Estados están obligados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional”. Los derechos humanos “no deben su origen a la condición o rol de la persona, sino que son inherentes al hecho de ser hombre: por eso (...), las declaraciones y pactos internacionales sobre esos derechos insisten reiteradamente que los posee todo hombre con independencia de cualquier condición”.<sup>47</sup>

En este marco, Alfonso Ruiz Miguel observa que la igualdad es un concepto relacional que muestra la identidad que existe entre dos o

---

43 *Ibidem*, pp. 35 y 36.

44 *Fallos*, 327:4495 (2004).

45 *Jenes vs. Fortson*, 403 U.S: 431 (1971).

46 Corte IDH. Condición jurídica y derechos humanos del niño, Opinión consultiva OC-17/2002, del 28 de agosto de 2002, Serie A núm. 17, párr. 46. Didier, María Marta, *El principio de igualdad...*, *op. cit.*, pp. 39 y 40.

47 *Cfr. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC 18/03, de 17 de septiembre de 2003, Serie A, núm. 18, párr. 86.

más personas, cosas o hechos en relación tan sólo con algunos aspectos, reconociendo las diferencias sustanciales que prevalecen en el resto de los elementos.<sup>48</sup> También se ha hablado de la igualdad como regla y como principio.<sup>49</sup>

Al pensar en igualdad, según Dworkin, es necesario vislumbrar la existencia de dos principios relevantes en su configuración. El primero es el principio de igual importancia y el segundo es el principio de responsabilidad especial.

El principio de igual importancia no exige que los seres humanos sean “iguales en todo”, más bien exige que el gobierno adopte leyes y políticas que aseguren que el destino de los ciudadanos, en la medida de lo posible para un gobierno, no se vea afectado por ser quienes son (conforme a su situación económica, su género, su raza, o sus habilidades o minusvalías concretas). El principio de responsabilidad especial demanda que el gobierno trabaje, de nuevo en la medida de lo posible, para conseguir que el destino de las personas dependa de lo que cada una elige.

Así, se ha dicho que “los antiguos igualitaristas insistían en que una comunidad política tiene la responsabilidad colectiva de tratar con igual consideración a todos sus ciudadanos, pero definieron esa igualdad de consideración de forma que no se tenían en cuenta las responsabilidades personales de los ciudadanos. Los conservadores –nuevos y viejos– insistieron en esa responsabilidad personal, pero la definieron de manera que no se tenía en cuenta la responsabilidad colectiva”. Frente a estas dos opciones es necesario buscar una explicación unificada de la igualdad y la responsabilidad que las respete a las dos.<sup>50</sup> Si se entiende lo anterior como una “tercera vía”, en la cual la obligación del Estado queda claramente definida y es asumida por todos los actores públicos en beneficio de los derechos humanos, entonces esa es la vía que se plantea en este trabajo.

---

48 Cfr. Ruiz Miguel, Alfonso, “Sobre el concepto de igualdad”, en Carbonell, Miguel (comp.), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2003, pp. 31-67.

49 Soberanes, Díez, José María, *La igualdad y la desigualdad jurídicas*, Porrúa, México, 2011, p. 31. Cfr. también Alexy, Robert, *Derecho y razón práctica*, Fontamara, México, 1993, pp. 16 y 86.

50 Dworkin, Ronald, *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Paidós, Barcelona, 2003, pp.15-17.



En dicho marco, igualdad y diferencia no son conceptos antónimos, por el contrario, se exigen mutuamente. La *igualdad* no implica la *homogeneidad* en relación con las formas de ser, actuar y pensar de las personas.

Ya se ha dicho que, para determinar el significado específico de una relación de igualdad, es necesario responder al menos a dos preguntas: “¿Igualdad entre quiénes? e ¿Igualdad en qué? Limitando el criterio de especificación a la pareja todo-parte, las respuestas posibles son cuatro: a) igualdad entre todos en todo; b) igualdad entre todos en alguna cosa; c) igualdad entre algunos en todo; d) igualdad entre algunos en alguna cosa. El ideal-límite del igualitarismo se reconoce en la primera respuesta: igualdad de todos los hombres en todos los aspectos. Pero, precisamente, se trata de un ideal-límite prácticamente inalcanzable”.<sup>51</sup> Valdría la pena repreguntar si realmente la igualdad de todas las personas en todos los aspectos es inalcanzable y mientras respondemos esa pregunta –seguramente de manera negativa– quizás debamos tender a consolidar –o en su caso, alcanzar– la igualdad para el mayor número de seres humanos en el mayor número de aspectos.

En otro sentido, y como es conocido, la igualdad tiene dos dimensiones: la igualdad material y la igualdad formal. La material implica la igualdad de las personas dentro de la realidad social. La igualdad formal, en cambio, implica la idéntica consideración jurídica de las personas.<sup>52</sup> Los Estados han centrado la lucha en la igualdad formal y han logrado grandes avances en este ámbito. Sin embargo, el verdadero reto actualmente radica en la igualdad material y en cómo superar los obstáculos que han impedido que la igualdad jurídica se convierta en una realidad vivencial.

La desigualdad material se configura como fundamento de muchas leyes, que clasifican precisamente en función de la posición económica y social de sus destinatarios. Estas leyes son perfectamente constitucionales por tratar de forma diferente a supuestos de hecho distintos, teniendo en cuenta que esa disimilitud se manifiesta respecto a la posesión de bienes y oportunidades, esto es, respecto a la igualdad material. Las normas que respondan a una situación individual se

---

51 Bobbio, Norberto, *Igualdad y Libertad*, Paidós, Barcelona, 1993, p. 78.

52 Soberanes, Díez, José María, *La igualdad...*, *op. cit.*, p. 171.

conocerán como medidas de igualación positiva. Las que compensen una desigualdad material de grupo se denominan acciones positivas.

Se ha dicho que “el término *acción positiva* parece más correcto que el comúnmente utilizado de discriminación positiva, puesto que no estamos aquí ante desigualdades en la norma constitucionalmente inaceptables –discriminación– sino ante una especial clase de diferenciación constitucionalmente aceptable que necesita una justificación reforzada al referirse a colectivos, y no a individuos. Sólo a una determinada especie de acciones positivas –las cuotas en procesos de selección para miembros de los colectivos beneficiados– se le denominará *medidas de discriminación inversa*, por su especial controversia constitucional”.<sup>53</sup> La diferencia entre las medidas de

---

53 “Algunas de estas medidas no serán constitucionales, por tratarse de cuotas rígidas que producen un daño desproporcionado a tercero: se les conocerá como *medidas de discriminación inversa en estado puro*. Otras, pese a su especial dificultad, superarán el test de constitucionalidad. Son las *medidas de discriminación inversa nacionalizadas*. En este caso, el término discriminación no se corresponde con diferenciación inconstitucional sino con diferenciación especialmente lesiva, pese a su constitucionalidad. Al resto de acciones positivas –las que no constituyen cuotas– se las conocerá como *acciones positivas moderadas*. En cuanto al término *medidas de igualación positiva* es un término propio que trata de definir el conjunto de medidas que, basándose en la igualdad material afectan a situaciones individuales... Una medida de igualación positiva es la norma que, partiendo de una situación de desigualdad entre ciudadanos individualmente considerados, tiene como objetivo promover, desde un punto de vista individual, la igualdad material de los más desfavorecidos. Las tres características principales de este tipo de medidas son: a) la medida divide a la sociedad en ciudadanos cuya igualdad material se manifiesta individualmente, esto es, tiene como fundamento la igualdad material entre individuos; b) la finalidad de la misma es compensar la desigualdad material que los beneficiados sufren desde un punto de vista individual; y c) el rasgo que determina la diferenciación es un signo objetivo, indubitado o intemporal de inferioridad social de los individuos beneficiados. La diferencia con la acción positiva se manifiesta en el carácter individual del rasgo diferenciados y en la finalidad; mientras la medida de igualación positiva, basándose en un rasgo objetivo e indubitado de inferioridad social, como la falta de ingresos o una minusvalía, diferencia entre *individuos* socialmente perjudicados y favorecidos y tiene como objetivo invertir la desigualdad material de los primeros, la acción positiva diferencia entre colectivos socialmente beneficiados y desfavorecidos y tiene como finalidad luchar contra la situación de desigualdad material de estos últimos. El ejemplo más nítido de medida de igualación positiva es, quizás, la clasificación legislativa que beneficia a los más desfavorecidos desde un punto de vista estrictamente económico, esto es, que toma como rasgo diferenciador un elemento económico objetivo”. Giménez Glück, David, *Juicio de igualdad...*, op. cit., pp. 310-316.

igualación positiva y las acciones positivas estriba, por tanto, en el sujeto de la medida: los individuos en el primer caso; los colectivos en el segundo.<sup>54</sup>

Según María Didier, la doctrina favorable a la discriminación inversa ha señalado que esta medida sólo podrá considerarse constitucionalmente legítima y no violatoria del principio de igualdad, en caso de que se superen los siguientes juicios:

a) Teniendo en cuenta su finalidad: sólo se justificarían si tienen por objetivo "...remediar los perdurables efectos desfavorables de discriminaciones de hondo arraigo social, como la sexual y la racial. Esto determina que fuera del cumplimiento de dicha finalidad, las discriminaciones inversas se transforman en inaceptables discriminaciones directas". Por tanto, no cualquier objetivo podrá ser considerado como constitucionalmente legítimo ni proporcionando a los medios utilizados, sino tan sólo aquel que se dirija a superar una profunda discriminación racial, sexual, o, cabe agregar, por razón de la minusvalía, mediante la redistribución de bienes sociales escasos entre tales colectivos tradicionalmente excluidos.

b) Deben superar el juicio de necesidad, pues "sólo podrá acudir a la regulación por cuotas cuando no sea posible lograr el mismo objetivo de igualdad en un sector social determinado y en un tiempo razonable a través de otras medidas menos extremas de acción positiva". Si resulta factible alcanzar igual objetivo mediante la implementación de acciones positivas moderadas, la aplicación de la discriminación inversa resultará contraria al principio de igualdad. A su vez, y también como exigencia del juicio de necesidad, deben limitarse al período de tiempo y estrictamente indispensable para alcanzar el objetivo propuesto. Por ello, no pueden prolongarse en el tiempo indefinidamente.

c) Para superar el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, la medida no debe suponer un daño excesivo a individuos no pertenecientes a la minoría favorecida, y por supuesto, no podrá privar a persona alguna de un derecho humano. Esto último supone sortear el juicio de

---

54 *Idem.*

alteración del contenido esencial del derecho humano en juego.

d) Con relación a la carga de la prueba, quienes propongan la medida deberán acreditar objetiva y fehacientemente la desigualdad de hecho en el ámbito concreto de la realidad social de que se trate. Aquí tienen especial relevancia los estudios estadísticos.

e) Sólo podrán establecerse mediante ley.<sup>55</sup>

Todo lo anterior conduce a pensar si el principio de igualdad y no discriminación sirve para ampliar el goce de derechos a migrantes irregulares frente a lo cual la respuesta se vislumbra afirmativa, particularmente en contextos marcados por discursos de odio.

Ante esto se podría considerar que si se amplían los derechos del conjunto de personas que se encuentran en un país dicho beneficio debería considerarse extensivo para los migrantes, aún en situación irregular. Sin embargo, ¿qué pasa si amplio el catálogo de derechos para todas las personas sujetas a la jurisdicción de un Estado y excluyo a los migrantes irregulares? La respuesta es clara, dicha medida –si es injustificada, desproporcionada y no persigue un fin legítimo– es discriminatoria para los migrantes y, en consecuencia, el Estado violenta el principio de igualdad y no discriminación que se configura como una norma de *jus cogens*.

## V. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN Y SUS IMPLICACIONES COMO NORMA DE *JUS COGENS*

Antes de iniciar con el estudio de este apartado, se estima necesario precisar el concepto y el contenido de las normas de *jus cogens*.

La emergencia y consagración del *jus cogens* en el Derecho internacional contemporáneo atienden a la necesidad de un mínimo de verticalización en el ordenamiento jurídico internacional, erigido sobre pilares en que se fusionan lo jurídico y lo ético. El *jus cogens* se incorporó en definitiva al universo conceptual del derecho internacional contemporáneo a partir de la inclusión, entre las bases de

---

55 Didier, María Marta, *El principio de igualdad en las normas jurídicas. Estudio de la doctrina de la Corte Suprema de Argentina y su vinculación con los estándares de constitucionalidad de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2012, pp. 162 y 163.

nulidad y extinción de tratados, de las normas imperativas del derecho internacional general, en los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados.

Literalmente, la Convención enuncia:

53. Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (“*jus cogens*”). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

64. Aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general (“*jus cogens*”). Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.

La consagración de *jus cogens* se tornó objeto de análisis de una amplia bibliografía especializada.<sup>56</sup>

Las normas del Derecho internacional que determinan las obligaciones de los Estados frente a los extranjeros constituyen básicamente normas consuetudinarias; parten de los principios de trato mínimo internacional y nacional. Quizá el que presenta perfiles más problemáticos es el estándar mínimo, donde no existe un acuerdo generalizado sobre cuáles son los derechos que deben garantizarse a todo extranjero. Herdegen señala que “la violación de ese estándar presupone en general una violación grave en contra de los claros deberes de diligencia de las naciones civilizadas”.<sup>57</sup>

---

56 Cançado Trindade, Antonio Augusto, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Esencia y Trascendencia*, Porrúa, Universidad Iberoamericana, México, 2007, pp. 77 y 78.

57 Herdegen, Mathias, *Derecho internacional público*, UNAM, Konrad Adenauer, México, 2005, p. 211; y Verdross, Alfred, *Derecho internacional público*, 2a. ed., trad. de Antonio Truyol y Serra, Aguilar, Madrid, 1957, p. 262.

Para que una norma de derecho internacional tenga la categoría de *jus cogens*, se requiere:

- a) Que sea una norma de Derecho internacional *general*. Para la Comisión de Derecho Internacional “el criterio para estas reglas consiste en el hecho de que no existen para satisfacer necesidades de Estados individuales sino el más alto interés de toda la comunidad internacional”. No toda norma de derecho internacional general, aun cuando sea un tratado de participación masiva, tiene el carácter de *jus cogens*.
- b) La norma debe ser aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto. Ese reconocimiento puede ser *expreso o tácito*. El *jus cogens* puede encontrarse en:
  - i) Los principios generales de derecho que, por definición, son reconocidos por las naciones civilizadas;
  - ii) La costumbre internacional. El *jus cogens* reposa fundamentalmente aunque no exclusivamente en el derecho consuetudinario;
  - iii) Tratados generales que los juristas llaman “tratados-ley” o, modernamente, “law-making treaties” para referirse a aquellos que contienen materias de puro derecho. Aunque sobran críticas a estas expresiones, es evidente que hay convenciones que, por razón del objeto y contenido, se distinguen de otras en sus efectos, importancia y jerarquía. No basta, sin embargo, que se trate de un tratado general para que se pueda hablar de *jus cogens*. Debe cumplir los otros requisitos y obtener una participación tal que no quepa duda de que se trata de la comunidad universal de Estados en su conjunto quien lo avala. La expresión “en su conjunto” pierde dimensión e importancia como materia de discusión si la fuente principal es la costumbre y, como ésta, significa generalidad o la mayoría amplia, sin que se pueda ni se deba cuantificar. Lo que es importante es que “only some subjects of international law, acting alone or in conjunction with others” no pueden crear *jus cogens* y luego imponer su interpretación a la mayoría o a otros Estados. De igual manera, unos pocos sujetos de derecho internacional, actuando solos o en unión de otros, no pueden en teoría vetar una decisión tomada por la mayoría.

- c) La norma no puede admitir acuerdo en contrario y solamente puede ser modificada por una norma ulterior que tenga el mismo carácter. Esta es la característica que distingue el *jus cogens* de otras normas de derecho internacional general. Aunque se consideró arriesgado ejemplificar el *jus cogens*, parece que “[i]t is easier to illustrate these rules than to define them”.

Los Estados poseen una obligación general de protección y respeto de tales derechos ante la comunidad internacional en su conjunto. Estas obligaciones son *erga omnes* insertas en el Derecho internacional general contemporáneo.

Este carácter de obligaciones *erga omnes* puede afirmarse de aquellos compromisos básicos como, por ejemplo, la prohibición de la agresión y también de principios y de reglas relativos a los derechos fundamentales de la persona humana, comprendiendo de manera especial la protección contra la práctica de la esclavitud y la discriminación racial.

Vale precisar que no todas las normas protectoras de derechos humanos ostentan un rango especial de normas imperativas.<sup>58</sup>

El principio de igualdad y no discriminación aparece en un sinnúmero de instrumentos internacionales, como obligación fundamental de los Estados. En la mayoría de los casos no se incorporan como un derecho fundamental independiente, sino como una condición indispensable para garantizar el ejercicio efectivo de todos los derechos humanos de la persona. Dichos principios se consagran entre otros en los siguientes instrumentos internacionales: Declaración Universal de los Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Pacto de Derechos Económicos, Culturales y Sociales; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Convención Americana de Derechos Humanos; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; Convención sobre los Derechos del Niño, y Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

---

58 Quel Lopez, Francisco Javier, “La protección internacional de los derechos humanos: Aspectos Generales” en Fernández de Casadevante Romani, Carlos (coord.) *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 2ª. ed., Di Lex, Madrid, 2003, p. 96.

En algunos de dichos instrumentos internacionales no se define el principio de no discriminación ni se enumeran los motivos de distinción o discriminación que no se encuentran permitidos. Así, por ejemplo, el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, después de afirmar la igualdad ante la ley, señala que está prohibida toda discriminación, y que se garantizará a todas las personas protección igual y efectiva "...contra cualquier discriminación por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas consideró que el término "no discriminación" utilizado por el Pacto se debe entender referido a toda discriminación, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todos.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación de Argentina ha establecido que el principio de igualdad y prohibición de toda discriminación, no ha hecho más que verse reafirmado y profundizado por el Derecho internacional de los derechos humanos.<sup>59</sup>

La Corte también determinó que el principio de igualdad y prohibición de discriminación, resulta el persistente eco de una noción que, por un lado, se desprende directamente "de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona" y que, por el otro, "posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno".<sup>60</sup>

Así, la Suprema Corte observó que el principio de igualdad y prohibición de discriminación ha alcanzado, actualmente, un nivel de máxima consagración y entidad, "puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico". Por su carácter "imperativo", rige en el "derecho internacional general",

---

59 A. 1023. XLIII, Recurso de hecho, Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo.

60 *Idem*.



en cuanto es aplicable a todo Estado, ya sea a “nivel internacional o en su ordenamiento interno”, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, por todos los actos jurídicos de cualesquiera de sus poderes, e incluso de los particulares que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia.<sup>61</sup>

Por tanto, la Corte argentina indicó:

El principio, así considerado, acarrea, naturalmente, obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y a los particulares. Respecto de los primeros, dichas obligaciones, así como les imponen un deber de abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto, también les exigen la adopción de “medidas positivas” para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, lo cual implica, *inter alia*, el ejercicio de un “deber especial” de protección con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias. Esta última perspectiva, también se basa en que los Estados son los que determinan su ordenamiento jurídico, el cual regula las relaciones entre particulares y, por ende, el derecho privado, de manera que deben también velar para que en esas relaciones se respeten los derechos humanos, ya que de lo contrario el Estado resultaría responsable de la violación de los derechos, y en un grado tanto más grave en la medida en que ese incumplimiento viola normas “perentorias” del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Luego, pesa sobre el Estado, “independientemente de cualquier circunstancia o consideración”, la obligación de no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de los trabajadores en las relaciones laborales privadas, ni permitir que los empleadores violen los derechos de los trabajadores o que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales. En cuanto a los particulares, el mentado carácter *erga omnes* establece una obligación de respeto de los derechos humanos en los

---

61 *Idem.* Asimismo Véase Opinión Consultiva 18/03 párrs. 100/101, 103/106, 109/110, 139/140, 146, 148/149 y 151.

vínculos inter privados, la cual, desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, se especifica en el marco de la relación laboral en el deber del empleador de respetar los derechos humanos de sus trabajadores.<sup>62</sup>

El ingreso del principio de igualdad y prohibición de discriminación al dominio del *jus cogens* revela que éste se convierte en uno de los estándares más fundamentales de la comunidad internacional, produciendo, a su vez, un efecto disuasivo, por cuanto señala a todos los miembros de dicha comunidad y a los individuos sometidos a las jurisdicciones estatales, que el principio exhibe un valor absoluto del cual nadie puede desviarse.<sup>63</sup>

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados prevé la nulidad de los tratados que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general –*jus cogens*–, o ante la aparición de una de éstas (artículos 53 y 64; asimismo: artículo 71), dejando a la práctica de los Estados y a la “jurisprudencia de los tribunales internacionales” la identificación de las que hayan adquirido dicho carácter de *jus cogens*.<sup>64</sup>

## VI. A MANERA DE CONCLUSIÓN PRELIMINAR

Los discursos de odio se erigen como una forma de discriminación violatoria del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de las normas de *jus cogens*. Por lo anterior, los Estados tienen la obligación de prevenir acciones y omisiones que puedan detonar procesos de violencia y discriminación basados en discurso de odio o estereotipos culturales. Además deben diseñar acciones afirmativas que permitan el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos en su territorio, incluyendo los derechos humanos de las personas migrantes irregulares que se encuentren sujetas a procesos administrativos de expulsión o deportación.

El discurso de odio exacerbado por agentes públicos con toma de decisiones expone a amplios sectores de personas a la discriminación

---

62 *Idem*.

63 A. 1023. XLIII, Recurso de hecho, Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo.

64 *Idem*.

y a la violencia, además el discurso de odio desafía normas de *jus cogens* que se erigen por encima de la suscripción –o no– de tratados internacionales; es decir, disposiciones que vinculan a todos los países, independientemente de la firma de normas convencionales.

Finalmente, y en torno a esta traducción o transformación de la igualdad jurídica en desigualdad de *facto* se ubica Atienza, quien explica que estas paradojas pueden originarse en virtud de que:

*El Derecho- también el de los Estados democráticos- presta forma y contenido a la injusticia del mundo contemporáneo, cuyo rasgo central es el abismo cada vez mayor entre los ricos y los pobres, entre los poderosos y los sometidos, un abismo que separa no sólo a unas sociedades de otras, sino a unos individuos de otros que forman parte de la misma sociedad. Lo que genera ese estado de cosas no es simplemente la existencia de acciones jurídicamente ilícitas, de comportamientos delictivos. La injusticia de nuestro mundo es, en muy buena medida, una injusticia jurídica, legal; un resultado de respetar el derecho, no de infringirlo... Esta ambigüedad del Derecho contemporáneo, el que sea al mismo tiempo un factor de liberación y de opresión, no tiene, en realidad, nada de paradójico...y dado que vivimos en sociedades signadas por la desigualdad o la injusticia, sería extraño que el Derecho...no reflejara de alguna forma esa circunstancia...Lo que da sentido al Derecho no puede ser otra cosa que la aspiración a la justicia o, para decirlo en términos más modestos o más realistas: la lucha contra la injusticia.<sup>65</sup>*

---

65 Atienza, Manuel, *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, pp. 311 y 312. Énfasis propio.



# POLÍTICAS PÚBLICAS QUE GARANTICEN LA IDENTIDAD DE LAS MINORÍAS ÉTNICAS. UN TEMA PENDIENTE DEL ESTADO DEMOCRÁTICO

**Julio César Kala**

Profesor titular “B” por oposición en la Universidad de Guanajuato; Editor de ciencia jurídica en la Universidad de Guanajuato; Director científico de “De jure” revista de derecho de la Universidad de Colima; Estancia posdoctoral en Instituto Max Planck, Alemania; Coordinador del Cuerpo Académico de ciencia penal Estado de Derecho y derechos humanos; Investigador Nacional nivel I del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología.

**Isis Nevai Albarrán García**

Maestra en Administración y Procuración de Justicia, por la Universidad Autónoma de Chihuahua; Doctorado (en curso) en Derecho por la Universidad de Guanajuato; Investigadora honoraria del proyecto de investigación *Jurisdicción Plena de los Pueblos Originarios en el Ámbito de la Política Criminal* del Instituto Nacional de Antropología e Historia, en la Coordinación Nacional de Antropología (abril del 2015 a la fecha).

## 1. INTRODUCCIÓN

El Siglo XVII se caracteriza por la concepción de igualdad entre los ciudadanos desde una perspectiva integracionista<sup>1</sup>, ésta idea totalmente contraria al respeto a la diversidad cultural generó la discriminación y segregación de los pueblos originarios, formándose bajo este principio la nación Mexicana, su consolidación daría inevitablemente como

---

1 Esta teoría se basa en el supuesto de que los pueblos indígenas y tribales eran sociedades temporarias destinadas a desaparecer con la modernización, por ello se enfoca en ir logrando su integración (occidentalización) a la sociedad, contrario totalmente al reconocimiento del pluralismo y la inclusión.

resultado la extinción de los pueblos indígenas ya fuera a través de su occidentalización o total desaparición de sus habitantes, ante este inminente riesgo se iniciaron los movimientos indígenas en nuestro país tendientes a reclamar el derecho a su identidad cultural.

El concepto de Estado ha sufrido modificaciones acordes a la nueva realidad social afectada por el creciente impacto de la globalización que incide en cuestiones económicas, políticas jurídicas y sociales, que obligan al Estado a replantear sus políticas públicas para encaminarlas a un modelo más acorde con los postulados de las democracias contemporáneas, por lo que se realiza un breve análisis enfocado en esta crisis estatal y la respuesta del Estado para afrontarla.

Para abordar el análisis de esta crisis estatal, es necesario trascender las concepciones monistas de derecho y de democracia y requiere fundarse en un constitucionalismo multinivel garantista,<sup>2</sup> que permitirá enfrentar racionalmente los conflictos inherentes a la integración de las naciones étnicas, puesto que desde los derechos humanos es posible observar cómo se cometen agravios en contra de las etnias, por ejemplo, a través de las políticas de migración internas, que las despojan de sus territorios al forzarlas a establecerse en circunscripciones territoriales específicas, o bien cuando se les obliga a renunciar a su identidad cultural imponiéndoseles una educación en el idioma oficial para incorporarlas al Estado dominante, entre muchas otras acciones legales del Estado que inhiben su supervivencia cultural y limitan su autonomía.

Uno de los elementos que actualmente debe considerarse como fundamental en las políticas públicas de un Estado democrático es la participación ciudadana en los procesos de elaboración de las políticas públicas para lograr la equidad y la eficacia de dichas políticas en la sociedad y las poblaciones indígenas son parte de la ciudadanía de nuestro país por lo que su participación es importante para establecer políticas acordes a la satisfacción de sus necesidades.

---

2 FERRAJOLI, Luigi, *op cit.* Nota 1

## 2. EL ESTADO MODERNO: FUNDAMENTOS CONTRACTUALES

El Estado, como se encuentra estructurado hoy en día, surge por la necesidad de regular las relaciones de los hombres<sup>3</sup> en sociedad, con el objeto de protegerlos en su persona y en sus bienes de la violencia ejercida por otros hombres o grupos de ellos.

Al respecto Hobbes<sup>4</sup> establece que el hombre por naturaleza se encuentra en un estado de guerra contra todos, con ello fundamenta su teoría de la necesidad de la existencia de la República o Estado al cual compara con un gran monstruo, el *Leviatán*, que no es sino *un hombre artificial aunque de mayor altura y robustez que el natural, para cuya protección y defensa fue instituido, y en el cual la soberanía es un alma artificial que da vida y movimiento al cuerpo entero*.<sup>5</sup>

Como condición natural del género humano establece que el hombre domina ya sea por fuerza o por astucia para poder sentirse seguro, pues la igualdad de los hombres hace que cualquiera que desee obtener algo tenga la capacidad de conseguirlo y si hay más de uno en la persecución del mismo fin, estos se volverán irremediamente enemigos viéndose en la necesidad de destruirse o subyugarse.<sup>6</sup>

Debido a la naturaleza del hombre mientras existe el derecho de todo hombre a todo no habrá seguridad para ninguno, ni medio que le proteja y generara que todos los hombre estén en condición de guerra, de ahí que las primeras dos leyes de la naturaleza<sup>7</sup> sean el fundamento del pacto o contrato social pues es la renuncia de los derechos de cada

---

3 Sólo se regulaban las relaciones de los hombres pues eran los únicos considerados como ciudadanos...

4 Hobbes, Thomas (2003), *Leviatan 1*, Trad. Antonio Escohotado, editorial La página, Buenos Aires, Argentina.

5 *Ibidem*, p.15.

6 *Ibidem*, p.125.

7 Ídem, El autor establece 19 reglas siendo las dos primeras:

- Todo hombre debiera esforzarse por la paz, en la medida en que espere obtenerla, y que cuando no puede obtenerla, puede entonces buscar y usar toda la ayuda y las ventajas de la guerra.
- Un hombre esté dispuesto, cuando otros también lo están tanto como él, a renunciar a su derecho a toda cosa en pro de la paz y defensa propia que considere necesaria. y se contente con tanta libertad contra otros hombres como consentiría a otros hombres contra él mismo.

hombre en favor de la comunidad lo que permitirá que exista una convivencia pacífica y que todos estén protegidos de ellos mismos.

La libertad natural del hombre está limitada por las fuerzas del individuo y puede caer bajo la prevalencia de la ley del más fuerte como consecuencia de las desigualdades físicas o mentales entre los hombres por lo que el pacto fundamental en lugar de destruir la igualdad natural la sustituye con una igualdad moral y legítima lo que la naturaleza hubiera podido dejar en desigualdad física de fuerza o talento haciendo a los hombres iguales por convención y derecho.<sup>8</sup>

La necesidad de resguardar la seguridad personal así como de las propiedades y la imposibilidad de convivir pacíficamente es el punto de coincidencia de los autores que legitima el establecimiento de reglas comunes que regulen las actividades del hombre en sociedad, sea cual fuere la naturaleza humana en su estado primitivo, al vivir en sociedad los hombres tuvieron la necesidad de equilibrar las desigualdades naturales, cediendo su libertad a una institución que les pueda garantizar su subsistencia y esto da lugar al pacto originario con el que se forma el Estado civil al que Montesquieu define como la *fuerza general resultante de la reunión de las fuerzas particulares que se deposita en manos uno sólo o varios, esta reunión de voluntades es el Estado civil.*<sup>9</sup> Este pacto primigenio da lugar a que las decisiones posteriores que se toman con el propósito de preservar a la comunidad sean aceptadas y acatadas por los agremiados.

En este sentido Hobbes desarrolla su idea del contrato o pacto social, como garantía de la seguridad individual y como forma de poner fin a los conflictos que, por naturaleza, generan los intereses individuales. Así, a las pasiones naturales del hombre se oponen las leyes morales, siendo a su vez leyes naturales.

El fin de la República o Estado es la seguridad de los particulares y conseguir una vida más dichosa, para obtenerlo es como si cada hombre debiera manifestar a los otros, *autorizo y abandono el derecho a gobernarme a mí mismo, a este hombre, o a esta asamblea de hombres, con la condición de que tu abandones tu derecho a ello y autorices todas sus acciones de manera semejante.*<sup>10</sup>

---

8 Rousseau, Jean-Jacques (1999), *El contrato social o principios de derecho político*, trad. María José Villaverde, 4ª edición, Tecnos, España, p. 4. *Ibidem*, pp. 21-23.

9 Montesquieu...

10 Hobbes, *Op. Cit.*, nota 2, p. 164.



Para obtener la paz los hombres han hecho a un hombre artificial que denominan república, cuyas cadenas artificiales son las leyes civiles y a esta ficción le concedieron un poder soberano, la soberanía es el alma de la república.<sup>11</sup>

Al conceder a la República la soberanía se le confiere la facultad de hacer leyes, pues a ella es a quien los hombres se han comprometido a obedecer, éstas son las leyes civiles, las cuales no son un consejo sino un mandato y los hombres que vivan en la república se encuentran obligados a observarlas, en cuyo contenido se encuentra establecido lo justo o lo injusto.

*La finalidad de hacer leyes no es sino la limitación, sin la cual no existiría posibilidad alguna de paz,*<sup>12</sup> se puede observar cómo estas leyes responden al fin mismo de la creación de la República.

Por su parte Locke encuentra sustento para la conformación del pacto social al establecer que para que todos los hombres se abstengan de invadir los derechos de los demás y de dañarse el uno al otro la ejecución de la ley de la naturaleza les corresponde a todos igualmente, cuando los hombres viven juntos pero no hay un superior en común y con autoridad entre ellos, se seguirán encontrando en el estado de naturaleza, por ello se requiere a alguien, persona o institución, que realice esa función y medie entre los hombres, siendo la comunidad el árbitro que actuará de acuerdo a las normas y reglas establecidas y ejecutada por los hombres autorizados para llevarlo a cabo.

Para poner fin al estado de naturaleza de los hombres es necesario un pacto en el que accedan por mutuo acuerdo a entrar en comunidad y formar un cuerpo político.<sup>13</sup> A pesar de ello los hombres que se adhieran a este pacto seguirán gozando de su libertad cuya restricción son las normas comunes impuestas a todos quienes vivan en esa sociedad y cuyo fin es la preservación de los mismos, esta ley más que una limitación debe considerarse una orientación hacia su propio interés.

Si los hombres pudieran ser más felices sin ella la ley se desvanecería como cosa inútil. Mal podríamos dar el nombre de limitación a aquello que nos protege de andar en pantanos y precipicios. De manera que por

---

11 *Ibidem*, pp. 193 y 200.

12 *Ibidem*, p. 234.

13 *Ibidem*, p. 14.

malentendidos que haya el fin de la ley no es abolir o restringir sino preservar y aumentar la libertad.<sup>14</sup>

De acuerdo a su concepción se consideraría sociedad civil a quienes están unidos con una ley común y una judicatura con autoridad suficiente para decidir las controversias entre ellos y en su caso castigar a los ofensores.

Al ser los hombres libres por naturaleza no se podría sin su consentimiento sacarlos de este estado e imponérseles un poder político, esto lo hacen mediante un acuerdo con otros hombres para poder vivir cómodos seguros y en paz, una vez consentido se forma una comunidad o gobierno con un cuerpo político en el cual la mayoría decide por los demás.<sup>15</sup>

Cualquiera que se incorpore a una comunidad debe entender que lo hace entregando a la mayoría de la comunidad el poder necesario para los fines para los que fue creada dicha comunidad, este pacto es lo único que puede dar un origen legítimo a cualquier gobierno en el mundo.<sup>16</sup>

Lo que da origen a la sociedad, más que la naturaleza malvada o benévola de los seres humanos, es la necesidad de preservar la paz la igualdad y el bien del pueblo pues cada individuo libre no es capaz de protegerse ni a su persona ni a sus bienes de los demás individuos libres por ellos busca asociarse en comunidades para garantizar su preservación.

Al igual que los autores anteriores Rousseau considera que existe un primer pacto que es el que legitima el resto de los convenios suscritos por un pueblo y dicho pacto es el del *acto mediante el cual el pueblo se convierte en pueblo este el verdadero fundamento de la sociedad*,<sup>17</sup> si no existiera ese convenio previo nada obligaría a la minoría someterse a la voluntad de la mayoría ya que este se estableció en ese acto primigenio en el que supone cuando menos en esa ocasión una decisión unánime.

El pacto social surge como forma de *asociación que defienda y proteja de toda fuerza común a la persona y a los bienes de cada asociado, y gracias a la cual cada uno, en unión de todos los demás, solamente se obedezca a sí mismo*

---

14 *Ibidem*, p. 43.

15 *Ibidem*, p. 72

16 *Ibidem*, p. 74

17 Rousseau, *Op. Cit.*, nota 17, p. 13.

*y quede tan libre como antes.*<sup>18</sup> Es decir cada asociado pone a su persona y su poder bajo la dirección de la voluntad general formando parte de un todo.

Para Kant un Estado es una ciudad (*civitas*) es la reunión de un número mayor o menor de hombres bajo leyes de derecho<sup>19</sup>. El acto por el cual el pueblo se constituye en ciudad, es el contrato primitivo mediante el cual todos se desprenden de su libertad exterior y la ceden al pueblo que de este modo se convierte en república y al instante todos la recobran pero ya como miembros de un Estado sea cual fuere su forma de gobierno.

El establecimiento de las leyes marca para todos los autores los límites del derecho de cada agremiado y estas indudablemente responderán al fin del Estado para el cual fueron creadas.

La voluntad general puede dirigir las fuerzas del Estado hacia el bien común que es la finalidad de la institución, todo acto autentico de voluntad general es un acto de soberanía, un acto de soberanía no es un acto de un superior con un inferior es un convenio del cuerpo con cada uno de sus miembros, es por esta razón que la soberanía es indivisible obliga o favorece igualmente a todos los ciudadanos, si no fuese la voluntad de todos seria sólo un interés particular, el limite al poder soberano es la voluntad general si el soberano impusiera mayores cargas a algún súbdito al adquirir un carácter particular su poder dejaría de ser competente.<sup>20</sup>

De este pacto primigenio que da origen al Estado moderno los pueblos originarios no fueron parte y por tanto no se pueden considerar obligados al cumplimiento de sus principios, pues ha sido la fundación de nuestra nación más una usurpación de sus tierras que un contrato en cual fueron tomados en cuenta y mucho menos dieron su consentimiento.

### 3. EL PARADIGMA CONSTITUCIONAL

El Estado constitucional debe ser promotor y garante de los principios del modelo teórico y de las prácticas del modelo político en el que se funda, pues así como en algún momento se creyó que la

---

18 *Ibidem*, p. 14.

19 Kant, *Op. Cit.*, nota 16, p. 142.

20 Rousseau, *Op. Cit.*, nota 17, p. 25.

pluriculturalidad plasmada en la reforma Constitucional de 1992 iba a ser suficiente, o que una verdadera transformación la traía consigo la reforma del 2001, aún a pesar de que de nuevo la reforma en materia de Derechos Humanos del 2011 configuraba un gran avance, esto no ha sido suficiente para que el Estado garantice de *facto* la jurisdicción plena de los pueblos originarios.

El modelo de Estado-Nación adoptado por México es concebido como una asociación de individuos unidos libremente por contrato<sup>21</sup>, el estar unidos por contrato implica una adhesión a una voluntad general que los individuos acordaron hacer suya, cuyo fin primordial según las teorías contractualistas<sup>22</sup> clásicas se refiere a la uniformidad institucional y jurídica del Estado, es decir promueve una igualdad entre los individuos que conforman al Estado, esto no puede ser más alejado de un constitucionalismo garantista que da un trato desigual a los desiguales respetando el derecho a conservar su propia identidad.

En términos de Rawls, la estructura básica no puede construirse para un determinado grupo de personas, que estereotipe y norme las necesidades y derechos del resto de los individuos, pues esto es incompatible con la naturaleza de los derechos humanos.<sup>23</sup>

En este mismo sentido, a los pueblos originarios se les ha negado personalidad para ser partícipes del pacto, no han sido considerados como sujetos de derecho público y por esto no tienen la *capacidad* de ser sujetos colectivos de derechos y obligaciones, debido a que en nuestro país existe una fuerte tendencia a legislar a favor de los derechos

---

21 KALA, Julio César y MARTÍNEZ Silverio, "El horizonte de la justicia penal" en Kala Julio César y González Placencia, Luis (Coord.), *Violencia y modernidad. Notas sobre: medios, sistema penal, derechos humanos y percepción ciudadana*, México, Ubijus, 2012, p.176

22 Rousseau y Kant entre otros

23 Si seguimos la *Teoría de la Justicia* de John Rawls, la "estructura básica" es el objeto de la justicia social, pues son los efectos de esa estructura (los resultados del actuar de las instituciones) los que permiten tener una concepción pública de la justicia, esta concepción pública conlleva al orden del que las teorías contractualistas hablan. La aceptación de esas instituciones dependerá de que respondan a los principios de justicia de un convenio justo. Para ahondar en el tema véase: RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, trad. María Dolores Gonzáles, México, 7ª reimp., Fondo de Cultura Económica, 2010, p. 149

humanos pero con una intensa práctica de incumplimiento de los mismos.<sup>24</sup>

*Mientras en la concepción moderna de los derechos sería una contradicción la existencia de límites destinados a imponer a la voluntad individual la adhesión a una determinada verdad social<sup>25</sup>, esto es aparente pues en realidad son necesarios únicamente para evitar una colisión de derechos, es decir los pueblos originarios pueden ejercer sus propios sistemas jurídicos sin afectar la esfera de los derechos del resto de los gobernados, como manifiesta Zagrebelsky, [...] desde esta perspectiva los únicos límites a los derechos son también, y exclusivamente, los derechos, (de los demás)[...]»<sup>26</sup>*

Entre los principales derechos culturales que consideraba Levy<sup>27</sup> para las minorías étnicas que suelen estar presentes en los discursos de la políticas públicas son por un lado los *colectivos que son los que tienen los individuos que pertenecen a cierta comunidad, precisamente en razón de esa pertenencia* y por otro lado aquellos que sólo tienen sentido si se otorgan al grupo *entendido complejivamente y no a cada uno de sus individuos* dentro de los cuales se encuentra el derecho a la *autodeterminación*, considerado como el antecedente de la jurisdicción plena ya que los derechos no deben pertenecer sólo a las mayorías un verdadero Estado democrático es el que representa a todos los sectores de su población.

En los Estados constitucionales conformados poliétnica y multiculturalmente es necesario asegurar el ejercicio de la soberanía de los pueblos originarios a pesar de que como asegura Comanducci [...] *entre el reconocimiento y la garantía de los derechos humanos liberales y el respeto de los derechos culturales se dan a veces relaciones difíciles*

---

24 Con esto, además, Beauchot señala que si la filosofía que de Derechos Humanos se hace en México es de *resistencia*, es porque “nuestra realidad es una violación sistemática e impune de los derechos humanos”. BEAUCHOT, Mauricio, *Interculturalidad y Derechos Humanos*, México, Siglo Veintiuno Editores, Segunda Edición, 2003. Véase: p. 52.

25 ZAGREBELSKY, Gustavo *El derecho dúctil, Ley, derechos, justicia*, Trad. Marina Gascón, Madrid, España, 2009, Trotta, p. 88.

26 *Ibidem*, p. 87.

27 LEVY, Jacob, en *Problemas constitucionales del multiculturalismo*, Miguel Carbonell, México, 2002, colección FUNDAp, pp. 71-72.

[...]”<sup>28</sup> esto sólo podría ser llevado a cabo bajo los principios de un constitucionalismo garantista cuyo fin estará encaminado a generar las políticas públicas incluyentes y respetuosas de sus derechos.

#### 4. POLÍTICAS PÚBLICAS

Desde que en 1951 Lasswell publicara *La ciencia política* el término *políticas públicas*,<sup>29</sup> ha evolucionado, se encuentra vinculado a las necesidades específicas del entorno social, cultural, político, económico, psicológico e institucional. En gran parte del siglo XX la toma de decisiones era exclusiva del gobierno, poseía el poder de crear, estructurar y modificar el ciclo de la política pública.

En el siglo XXI, la participación de diversos actores es imprescindible en la toma de decisiones para generar gobernanza; se crean consensos y legitimidad en los asuntos públicos que se emprendan en cualquier sociedad con anhelos democráticos.

Actualmente definir los parámetros de lo que es factible para el gobierno se torna complejo por los cambios en el concierto internacional de naciones, si se considera que el Estado tiene que trabajar en generar y consolidar escenarios sociales en los que las personas ejerzan a plenitud sus derechos.

En el terreno de la ciencia política, la administración pública y las políticas públicas, es necesario valorar el desarrollo de la investigación en las ciencias sociales y las necesidades de los procesos políticos, en la búsqueda de las mejores posibilidades de orientación de las políticas públicas.<sup>30</sup>

---

28 COMANDUCCI, Paolo, “Derechos humanos y minorías: un acercamiento analítico neoilustrado”, trad. Francesca Gargallo, en: *Derechos sociales y derechos de las minorías*, (Comp.) Miguel Carbonell, Juan Antonio Cruz Parceros y Rodolfo Vázquez, 3ª Edición, ed. Porrúa- Universidad Nacional autónoma de México, México, 2004, p. 311.

29 Lasswell, Harold D (1951), *The Policy Science*, en: Parsons, Wayne (2013), *Políticas Públicas, una introducción a la teoría y la práctica del análisis de políticas públicas*, Trad., Atenea Acevedo Aguilar, Irma Méndez de Hoyos y Tomislav Lendo Fuentes, Flacso, México.

30 Lasswell, Harold D (1991), “La orientación hacia las políticas” en: *El estudio de las políticas públicas* (1992), Luis F., Aguilar Villanueva (Comp.), Porrúa, México, [en línea], disponible en: <http://www.inap.mx/portal/images/RAP/el%20estudio%20de%20las%20políticas%20públicas.pdf>, consultado el 2 de mayo de 2016.

Las políticas públicas se refieren a cómo se definen y construyen cuestiones y problemas, la manera en que llegan a la agenda política y a la agenda de las políticas públicas y la forma en que los gobiernos actúan.<sup>31</sup>

Si bien existen una variedad de conceptos que se han ido adecuando a las necesidades de cada momento histórico, actualmente las políticas públicas ponen un mayor énfasis en los problemas del ser humano en su interacción con la sociedad e intentan prever y satisfacer las demandas de la mayor parte de la sociedad para la cual son elaboradas, en la medida en la que cumplan con éste propósito y que además logren la intervención de los ciudadanos en su elaboración, se podrán considerar como políticas públicas democráticas.

La política pública como área disciplinaria surge en los años cincuenta con el propósito de aportar información, conocimiento y técnicas para mejorar la calidad analítica de las decisiones gubernamentales.<sup>32</sup>

En América Latina este concepto llega hasta los años ochenta como propuesta disciplinaria para superar las crisis estatales y restablecer la naturaleza pública de las políticas que los gobiernos autoritarios habían tergiversado.<sup>33</sup>

Una vez determinado el concepto, es importante identificar cual es el objeto de la política pública pues ayudara a clarificar cuales actividades del Estado constituyen una verdadera política pública.

La política pública se enfoca en intervenir en lo que es posible concretamente desde los recursos de la sociedad y el Estado, es decir, una estimación causal de las consecuencias sociales a partir de las acciones y medios disponibles.

En cuanto a su objeto de investigación, la política pública se caracteriza por la atención que presta en su estudio a un tema de gran importancia: el trabajo de las autoridades

---

31 Parsons, Wayne, en Castellanos Hernández, *Op. Cit.*, nota 1.

32 Aguilar, Luis F. (2007), "El aporte de la Política Pública y de la Nueva Gestión Pública a la gobernanza", *Revista CLAD Reforma y Democracia*, Caracas, no. 39, [en línea], disponible en: <http://old.clad.org/portal/publicaciones-del-clad/revista-clad-reforma-democracia/articulos/039-octubre-2007/el-aporte-de-la-politica-publica-y-de-la-nueva-gestion-publica-a-la-gobernanza>, consultado el 19 de abril del 2016.

33 Ídem.

investidas de legitimidad pública o gubernamental. Dicho trabajo abarca múltiples aspectos, que van de la definición y selección de prioridades de intervención hasta la toma de decisiones, su administración y evaluación.<sup>34</sup>

Ante un gobierno democrático se espera que la política pública atienda a estas aspiraciones y logre una mayor participación de la ciudadanía así como que satisfaga las demandas de los diferentes grupos de la población.<sup>35</sup>

El objeto de las políticas públicas no es únicamente resolver problemas es también prevenirlos y crear el marco necesario para orientar a la sociedad hacia el desarrollo y prosperidad en un ambiente de respeto a las libertades individuales y de inclusión.

El concepto de Estado ha sufrido modificaciones acordes a la nueva realidad social afectada por el creciente impacto de la globalización que incide en cuestiones económicas, políticas jurídicas y sociales, que obligan al Estado a replantear sus políticas públicas para encaminarlas a un modelo más acorde con los postulados de las democracias contemporáneas, por lo que se realiza un breve análisis enfocado en esta crisis estatal y la respuesta del Estado para afrontarla.

Uno de los elementos que actualmente debe considerarse como fundamental de un Estado democrático es la participación ciudadana en los procesos de elaboración de las políticas públicas para lograr la equidad y la eficacia de dichas políticas en la sociedad.

Los Estados con aspiraciones constitucionales fincan las relaciones con las personas en el reconocimiento de éstas como sujetos autónomos, con derechos irrenunciables, por ello, el programa de seguridad ha de estar dirigido a incrementar los espacios sociales en los que las personas ejerzan plenamente su libertad. No es posible partir del supuesto que el castigo motiva a las personas a cumplir la ley, pues esto contradice el principio de libertad y revela el fracaso de las instituciones socializadoras.

### Políticas públicas en un estado democrático

---

34 Thoenig, Jean Claude (1997), "Política pública y acción pública", *Revista Gestión y Política Pública*, México, volumen VI, número 1, primer semestre, p. 19. [en línea], disponible en: [http://www.aleph.org.mx/jspui/bitstream/56789/11713/1/DOCT2064257\\_ARTICULO\\_2VOLVINUMI.pdf](http://www.aleph.org.mx/jspui/bitstream/56789/11713/1/DOCT2064257_ARTICULO_2VOLVINUMI.pdf), consultado el 20 de abril de 2016.

35 Ídem.



En la democracia, como ya se ha planteado, existe una necesidad no sólo la posibilidad de que la sociedad interactúe con el gobierno en la creación de las políticas públicas.

La correlación entre participación ciudadana y políticas públicas es la intervención de la sociedad civil individuos y grupos organizados en las decisiones y acciones que los afectan tanto a ellos como a su entorno.<sup>36</sup>

Existen diversas formas de entender la participación ciudadana en las políticas públicas: por una parte, mediante la elección popular de representantes que toman las decisiones en nombre de los representados; por otra, la implicación de que los decisores tomen en cuenta las preferencias y las opiniones de los ciudadanos para que la ciudadanía se convierta en actor en los procesos de formulación de políticas.

Una tercera forma de participación implica los diversos mecanismos e instancias que posee la sociedad para incidir en las estructuras estatales y en las políticas públicas. Por tanto el estudio de la participación social es el de las mediciones entre Estado y sociedad.<sup>37</sup>

Enaquellassociedadesenlasquegraciasaldesempeñodemocrático de los ciudadanos y sus organizaciones se ha distendido la relación gobierno-sociedad como argumenta Canto,<sup>38</sup> la política pública tiende a concebirse más como acción que involucra activamente a los actores sociales que como mera intervención gubernamental.

La política comprende entonces una diversidad de prácticas habituales, procesos reconocidos, instrumentos sancionados jurídicamente, principios constitucionales que dan cuenta de intervenciones de la ciudadanía en la vida pública a través de diversos instrumentos, programas o políticas, que implican relaciones de poder y estrategias de actores específicos y desafíos a la eficacia y eficiencia de la acción pública; de lo anterior parte que lo esencial en la definición

---

36 Fernández, Norcka; Belloso, Nora y Delgado, Francis (2008), "Recursos Informativos, desarrollo Endógeno y Participación Ciudadana en la Gestión Pública Local, *Revista Venezolana de Gerencia*, Volumen 13, Número 43, Universidad de Zulia, Venezuela.

37 Velázquez y González en Manuel, Canto (2008), "Gobernanza y Participación Ciudadana en las Políticas Públicas frente al Reto del Desarrollo" *Revista Política y Cultura*, Otoño, número 30, México.

38 Ídem.

de participación ciudadana sean las mediaciones entre sociedad y gobierno, para que los distintos sujetos que intervengan, con base en sus distintos intereses y valores, influyan en las políticas públicas y en las estructuras de gobierno, fundamentándose en el reclamo del derecho a la intervención en los asuntos que les competen.<sup>39</sup>

Este componente de participación es de gran importancia para garantizar la eficacia de las políticas públicas, ya que genera un vínculo entre los medios y los fines, no se trata de sustituir la acción del Estado sino de convertirlo en una articulación social capaz de responder a las demandas de sus ciudadanos.

Actualmente el Estado ha rebasado su conceptualización a través de la evolución de los derechos humanos y de la globalización por lo que hay que redefinir las políticas públicas hacia un Estado democrático.

Primero se debe tener claro en concepto de democracia, atendiendo a su etimología, el término proviene del griego antiguo acuñado en Atenas en el siglo V a. C. a partir de los vocablos *demos*, que puede traducirse como pueblo y *krátos*, que puede traducirse como poder, o gobierno. Sin embargo comprender su significado va mucho más allá de su simple traducción etimológica, *La palabra democracia desde siempre ha indicado una entidad política, una forma de Estado y de gobierno; y ésa sigue siendo la acepción primaria del término.*<sup>40</sup>

Según Ferrajoli,<sup>41</sup> la democracia constitucional se encuentra a punto de crisis o aún peor, de ruptura, debido a dos fenómenos, el desarrollo de la ilegalidad y el defecto de la legalidad, el primero de ellos en el ejercicio de los poderes públicos normativos que se manifiesta en las violaciones de garantías y con ello la producción de antinomias, y el defecto de la legalidad que se expresa en la ausencia de garantías y con ello en la existencia de lagunas.

Las razones de la crisis que el autor describe son múltiples, la falta de introducción de las garantías a la altura de los nuevos poderes

---

39 Ídem.

40 Sartori, Giovanni (2008), *¿Qué es la democracia?*, trad. Miguel Ángel González Rodríguez, María Cristina Pestellini Laparelli Salomón y Miguel Ángel Ruíz de Zúa, México, Taurus, p. 19.

41 Ferrajoli, Luigi (2014), *La Democracia a través de los Derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, trad. Perfecto Andrés Ibañez, TROTTA, Madrid.

y los problemas legales, el hecho de que la política no ha aceptado su sujeción al derecho, la pérdida de memoria de las tragedias del pasado, la reducción del papel del gobierno y de garantías de la esfera pública; pero el principal factor es la crisis económica, por la abierta subordinación de la política a la economía.

El vuelco de la relación entre política y economía se ha producido por la inversión de la relación tradicional entre política y economía en la que cabe identificar de forma sumaria cuatro órdenes de razones. La primera consiste en la asimetría en la dimensión de la política y en la de la economía, siendo los poderes económicos ya poderes globales, mientras que los controles políticos y del derecho son prevalentemente estatales; la segunda es de carácter cultural, por el apoyo prestado a la primacía de la economía basada en la ideología neoliberal cuyos dos postulados son, la concepción de los poderes económicos como libertades fundamentales y de las leyes de mercado como leyes naturales; la tercera es la creciente confusión entre poderes políticos y poderes económicos, que se manifiesta en las múltiples formas de corrupción en los variados conflictos de intereses y en la relación cada vez más estrecha entre política y dinero; y la cuarta es el cambio en la estructura económica de los países, derivado de tratados y pactos internacionales como los llevados a cabo en la unión europea, cuya nueva jerarquía de fuentes impide al Estado la actuación del programa diseñado por su constitución.

Este vuelco de la relación entre política y economía está produciendo una profunda crisis institucional que afecta, tanto a la dimensión formal como a la sustancial de nuestras democracias.

En primer lugar afecta a las formas de la democracia política, que nació dentro de los Estados con el sufragio universal en la elección de los representantes de los supremos órganos estatales y ha estado siempre vinculada a las formas representativas de parlamentos y de gobiernos nacionales. La sumisión de las políticas nacionales a los mercados ha vaciado la representatividad y legitimidad de los órganos electivos, a los que los mercados imponen intervenciones en perjuicio de los derechos sociales y en beneficios de intereses privados a lo que le sigue el desprestigio de la clase política que se encuentra cada vez más alejada de las necesidades y problemas de sus gobernados, lo que conlleva inevitablemente a la rebelión de las masas, principalmente juveniles, contra todos los gobiernos.

El segundo aspecto de la crisis, con la progresiva de los límites y vínculos al ejercicio de los derechos-poder del mercado afecta también al Estado de derecho, creando la imposibilidad de los Estados de dar soluciones a los problemas globales, logrando únicamente respuestas locales.

La dependencia de la política respecto de la economía implica un tercer aspecto de la crisis, más que de la democracia y del Estado de derecho, del mismo Estado moderno, entendido el Estado como esfera pública encargada de la defensa de los intereses generales y como institución política separada de la economía, heterónoma y supra ordenada en relación con esta, papel necesario para regular y limitar las vocaciones depredatorias de la economía capitalista y el cual se invertido por esta triple crisis que está golpeando las democracias occidentales.

De este modo el compromiso entre capitalismo y democracia que en los treinta años siguientes a la Segunda Guerra Mundial había asegurado un fuerte crecimiento de la economía y un aumento de la igualdad, del empleo y de las garantías de los derechos sociales se ha roto y el epicentro de esta crisis se trasladó a la unión Europea causando desequilibrios y desigualdades entre sus diversos países, por la carencia de instituciones públicas capaces de garantizar la moneda única y las diversas deudas soberanas debido a la pérdida del poder de emitir o devaluar su propia moneda para hacer frente a las agresiones de especulación financiera, quedando a merced de la ley del más fuerte.<sup>42</sup>

Los gobiernos democrático liberales encuentran presión en cuestiones culturales y económicas al poner en práctica la política pública.<sup>43</sup>

En una democracia el imperio de la ley es fundamental por lo que se asegura que lo indicado por los cuerpos legislativos se cumpla tal y como se planteo

La democracia por ser una forma del Estado y las políticas públicas por ser un proceso de éste se encuentran íntimamente

---

42 Ídem.

43 Peters, B. Guy (1995), "Modelos alternativos del proceso de la política pública: de abajo hacia arriba o de arriba hacia abajo", Revista *Gestión y Política Pública*, Departamento de Ciencia Política de la Universidad de Pittsburgh, volumen IV, número 2, segundo semestre, [en línea], disponible en: [http://www.aleph.org.mx/jspui/bitstream/56789/11678/1/DOCT2064259\\_ARTICULO\\_1\\_VOLIVDUM2.pdf](http://www.aleph.org.mx/jspui/bitstream/56789/11678/1/DOCT2064259_ARTICULO_1_VOLIVDUM2.pdf), consultado el 18 de abril de 2016.

ligadas, es por ello que sí en el desarrollo de las aquellas en América Latina pudo apreciarse la dependencia de ellas a la economía también es de entenderse que la democracia este bajo la misma óptica y que sea necesario redefinir las políticas públicas para lograr la verdadera democracia estatal.

En los Estados con anhelos constitucionales democráticos, es clara la existencia el derecho de los pueblos y comunidades indígenas a su identidad cultural y que éste se encuentra reconocido ampliamente dentro del derecho internacional pero esto no ha sido suficiente, por ejemplo, la Constitución Mexicana contempla en su artículo segundo el ejercicio de su autonomía de los pueblos originarios, sin embargo esto no ha logrado trasladarse a la realidad social y a pesar de existir una orientación de políticas públicas hacia los derechos humanos aún no se han considerado métodos de participación de las comunidades indígenas en su elaboración.

## **5. LA CONFORMACIÓN MULTICULTURAL DE MÉXICO Y EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LAS MINORÍAS ÉTNICAS**

En países colonizados, como el nuestro, en el que la política colonizadora no se orientó hacia el exterminio de los pueblos originarios, la población actual constituye un mosaico poliétnico y policultural, respecto de los ancestros originarios. Esta conformación en la que las minorías étnicas reclaman el derecho al ejercicio pleno de su identidad cultural ha generado tensiones con el Estado de derecho.

Es necesario analizar el paradigma constitucional contemporáneo y generar un cambio estructural para lograr políticas públicas que garanticen la permanencia de los pueblos autóctonos en nuestro país.

México es un país multiétnico y pluricultural como se reconoce en el artículo 2° Constitucional. En el año 2000 de acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística y Geografía e Informática (INEGI) la población indígena en nuestro país oscilaba aproximadamente alrededor del seis por ciento del total, mientras que para la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas<sup>44</sup> existía una población de entre el 10% y el 14%. En el sitio web de la Comisión, la cifra ascendía a 10 220 000 indígenas en el país, lo que constituiría cerca del 11% por

---

44 Antes Instituto Nacional Indigenista (INI).

ciento de la población mexicana, en esta población se contemplan 65 grupos étnicos, la mayor parte de esta población asentados en los estados de Chiapas, Guerrero, Oaxaca, Yucatán y Quintana Roo.

En México:

Los pueblos originarios han sostenido una serie de demandas entre las que destacan la reivindicación cultural y lingüística, así como su derecho de autonomía y libre determinación. En el aspecto jurídico, el estado ha respondido con modificaciones en el marco constitucional.<sup>45</sup>

El Estado constitucional debe ser promotor y garante de los principios del modelo teórico y de las prácticas del modelo político en el que se funda como refiere Ferrajoli, pues así como en algún momento se creyó que la pluriculturalidad plasmada en la reforma Constitucional de 1992 sería suficiente, o que la reforma del 2001 lo lograra, y no obstante de que la reforma del 2011 configuró un gran avance en la materia esto no ha sido suficiente para que el Estado garantice de *facto* la autonomía y libre determinación de los pueblos originarios.

El modelo de Estado adoptado por México es concebido como una asociación de individuos unidos libremente por contrato,<sup>46</sup> el estar unidos por el acuerdo, según las teorías contractualistas, es la igualdad de los asociados<sup>47</sup> que en términos de un Constitucionalismo garantista significa que el respeto al derechos de uno conlleva al respeto del derecho de todos y por ello al reconocimiento del derecho a la identidad cultural de los pueblos originarios con sus consecuencias.

En términos de Rawls, la estructura básica del Estado no puede construirse para un determinado grupo de personas, que estereotipe y norme las necesidades y derechos del resto de los individuos.<sup>48</sup>

---

45 RÍOS ZAMUDIO, Juana Luisa (2010), "Justicia indígena maya en el sureste de México", *Revista de Derecho*, Barranquilla, Colombia, p.183.

46 KALA, Julio César y MARTÍNEZ Silverio, "El horizonte de la justicia penal" en Julio Cesar Kala Luis González Placencia, (Coords.), *Violencia y modernidad. Notas sobre: medios, sistema penal, derechos humanos y percepción ciudadana*, México, Ubijus, 2012, p.176.

47 Rousseau y Kant entre otros.

48 Conforme a la *Teoría de la Justicia* de John Rawls, la *estructura básica* es el objeto de la justicia social, pues son los efectos de esa estructura (los resultados del actuar de

En este mismo sentido, a los pueblos originarios se les ha negado personalidad para ser partícipes del pacto, no han sido considerados como sujetos de derecho público y por esto no tienen la *capacidad* de ser sujetos colectivos de derechos y obligaciones, debido a que en nuestro país existe una fuerte tendencia a legislar a favor de los derechos humanos pero con una intensa práctica de incumplimiento de los mismos.<sup>49</sup>

Entre los principales derechos culturales que consideraba Levy<sup>50</sup> para las minorías étnicas que suelen estar presentes en los discursos de la políticas públicas son por un lado los *colectivos que son los que tienen los individuos que pertenecen a cierta comunidad, precisamente en razón de esa pertenencia* y por otro lado aquellos que sólo tienen sentido si se otorgan al grupo *entendido complejivamente y no a cada uno de sus individuos* dentro de los cuales se encuentra el derecho a la *autodeterminación*, considerado como el antecedente de la jurisdicción plena ya que los derechos no deben pertenecer sólo a las mayorías un verdadero Estado democrático es el que representa a todos los sectores de su población.

Las reformas Constitucionales en nuestro país muestran los grandes avances que se han tenido respecto al reconocimiento de los pueblos originarios pero estos cambios se han logrado sólo a través de movimientos o rebeliones de éstas comunidades, algunas de ellas armadas. Entre los movimientos más sobresalientes, que en cuestiones jurídicas, han marcado a nuestros pueblos originarios se encuentra el surgimiento, en la época de la Revolución, de la política indigenista, ya en los años setenta se inicia un periodo de gran agitación social en el que los pueblos originarios reclamaban espacios para poder

---

las instituciones) los que permiten tener una concepción pública de la justicia, esta concepción pública conlleva al orden referido por las teorías contractualistas hablan. La aceptación de esas instituciones dependerá de que respondan a los principios de justicia de un convenio justo. Para ahondar en el tema véase: RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, trad. María Dolores Gonzáles, México, 7ª reimp., Fondo de Cultura Económica, 2010, p. 149.

49 Con esto, además, Beauchot señala que si la filosofía que de Derechos Humanos se hace en México es de *resistencia*, es porque *nuestra realidad es una violación sistemática e impune de los derechos humanos*. BEAUCHOT, Mauricio, *Interculturalidad y Derechos Humanos*, México, Siglo Veintiuno Editores, Segunda Edición, 2003. Véase: p.52.

50 LEVY, Jacob, en *Problemas constitucionales del multiculturalismo*, Miguel Carbonell, México, 2002, colección FUNDAp, pp. 71-72.

manifestarse, por lo que empiezan a conformarse una gran diversidad de comités, uniones, coaliciones, consejos, etc., muchos de ellos en la clandestinidad y buscando cambios políticos pero por la vía armada, sin embargo, estos no llegaron a consolidarse ya fuera por la represión militar que el Estado Mexicano ejercía, por su falta de organización o por la carencia de apoyo tanto estatal como internacional en el reconocimiento de su existencia.

No obstante, sí lograron volcar la atención del gobierno mexicano hacia ellos al encontrarse ante la posibilidad de tener que enfrentarse a una rebelión derivada de las recientes coaliciones entre los indígenas y los movimientos campesinos independientes, motivo por el cual el gobierno determina crear organismos de representación de los intereses indios empezando con el Consejo Nacional de Pueblos Indígenas (CNPI) sin embargo, los autóctonos preferían agruparse en la asociaciones independientes, lo que hizo que cobrará fuerza la Coordinadora Nacional Plan de Ayala (CNPA) la cual no logro el cometido debido a que no representaban únicamente intereses de los pueblos originarios y finalmente eran considerados sólo como campesinos luchando por sus tierras, perdiéndose el objetivo de su principal demanda que era el derecho a su identidad cultural siendo suficiente la represión estatal para dar fin a estos movimientos.

Ya en la década de los ochentas se observa una mayor relación entre las agrupaciones indígenas nacionales y organismos internacionales de defensa de sus derechos, pero es hasta 1992 que existe un verdadero cambio en el Estado Mexicano, al reconocerse la pluriculturalidad existente en la población a nivel constitucional, específicamente en su artículo 4<sup>o</sup> que establece el reconocimiento de los pueblos indígenas como parte constitutiva de la nación, esto atendiendo en parte a la presión de la comunidad internacional que ya empezaba a regular los derechos de los pueblos indígenas y al escrutinio público, motivo por el cual México decide llevar a cabo dicha reforma, además de haber firmado el Convenio 169 de la OIT.

Dos años después sale a la luz el primero de enero de 1994 el movimiento del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN), este movimiento social tuvo gran repercusión en la política mexicana para lograr avances significativos del reconocimiento de los pueblos originarios ya que los logra colocar en la agenda política nacional como un punto central.



El EZLN es un movimiento armado que inicio en 1994 mediante la toma de 7 cabeceras municipales del estado de Chiapas, cuya principal demanda era la inclusión de las comunidades indígenas en la vida política y actividades del país solicitando una sexta circunscripción de diputados para ellos y una cuota mínima del 10% para candidato indios en los partidos políticos, así como el respeto a sus derechos fundamentales principalmente de respeto a su identidad cultural, y garantía sobre sus territorios, dentro de este movimiento social se intentaron negociaciones con el Estado en varias ocasiones fracasando por no existir la verdadera intención de atender a sus intereses, además la existencia de grupos paramilitares entorpecían los procesos de diálogo, generando toda clase de violaciones a los derechos fundamentales, llegando incluso a provocar homicidios de los activistas y de los integrantes de las comunidades indígenas, uno de los más impactantes fue el de la denominada *matanza de Acteal*, tras varios años de lucha en 2005 el EZLN emite la Sexta Declaración de la Selva Lacandona y anuncia que dejará las armas y hará política.

Entre el 5 de agosto y el 18 de septiembre de 2005, el EZLN sostuvo reuniones con organizaciones políticas de izquierda, organizaciones indígenas, organizaciones sociales, organizaciones no gubernamentales, grupos y colectivos culturales y de artistas, y con representantes de la sociedad civil que habían suscrito *la Sexta Declaración de la Selva Lacandona*. En dichas reuniones, se abordaron seis puntos que sirvieron para guiar las reflexiones y las discusiones: ratificación, ampliación o modificación de las características de una iniciativa política independiente y partidaria de la participación popular impulsada por el EZLN denominada La Otra Campaña que tiene como objetivo escuchar al pueblo mexicano, a los organizados y a los que no lo están, a todos aquellos que *desde abajo y a la izquierda* busquen cambiar el actual estado de la sociedad.<sup>51</sup>

En 2001, una reforma al artículo 2º hablaba de *libre determinación* y *autonomía* para las comunidades y pueblos pero –por contradictorio que parezca– su alcance quedaba bajo la definición de las legislaciones estatales.

---

51 ARAGÓN ANDRADE, Orlando (Coord.), 2008, *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en México. Un Panorama*, México, Fondo Editorial Morevallado, Secretaría de Cultura del Estado de Michoacán- Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo.

El 2011, una nueva reforma constitucional en materia de derechos humanos abre la posibilidad a un auténtico Estado Moderno Democrático de Derecho, ante la aplicación del principio *pro homine o pro persona*; que implica la obligación de velar no sólo por los derechos humanos contenidos en los instrumentos legales nacionales sino también en los establecidos en los instrumentos internacionales firmados por el Estado Mexicano, adoptando la interpretación más favorable y amplia del derecho fundamental en cuestión, esta reforma daba un giro totalmente a los criterios de interpretación de las normas jurídicas ya que ante la existencia de un tratado o convenio firmado por el estado Mexicano cuyo contenido tuviera una tutela mayor de los derechos de los pueblos indígenas, aun y cuando no se encontraran establecidos en ningún ordenamiento legal nacional, debería aplicarse aquel, aunado a ello se establece el principio de *control difuso de la convencionalidad* que obliga a los tribunales de cualquier jerarquía a aplicar la interpretación *pro persona*, lo que genera un verdadero acceso a la justicia y extiende totalmente al esfera de protección del gobernado.

Desafortunadamente el 4 de septiembre del 2013 el Pleno de la SCJN resolvía que los tratados internacionales de Derechos Humanos, suscritos por México, quedaban restringidos cuando fueran contrarios a la Carta Magna, representando esta interpretación del máximo tribunal un retroceso en materia de derechos humanos, causando revuelo entre la sociedad por lo que en un intento por enmendarse la suprema corte realizo una nueva interpretación en fecha 17 de abril del 2015 en la que establece:

[...] las normas de derechos humanos contenidas en los *tratados internacionales* y en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no se relacionan entre sí en términos jerárquicos, ya que se integran al catálogo de derechos que funciona como un parámetro de regularidad constitucional. Por tanto, cuando un derecho humano esté reconocido tanto en la *Constitución Federal*, como en los *tratados internacionales*, debe acudirse a ambas fuentes para determinar su contenido y alcance, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia; en el entendido de que cuando exista en la *Constitución* una

restricción expresa al ejercicio de un derecho humano, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional.<sup>52</sup>

Del texto jurisprudencial se aprecia el intento de no jerarquizar ninguno de los dos ordenamientos, tanto el nacional como el internacional, pero vuelve a establecer al final del párrafo que deberá atenderse a las restricciones marcadas por la Constitución Federal, esta interpretación afecta en la aplicación de los derechos humanos, entre ellos los derechos de los pueblos originarios pues los derechos que no se encuentran reconocidos por nuestro país aun cuando estén en ordenamientos internacionales no podrán ser aplicables o invocados en controversias jurídicas que se susciten en materia de derechos indígenas.

En los Estados constitucionales conformados poliétnica y multiculturalmente es necesario asegurar el ejercicio de la soberanía de los pueblos originarios a pesar de que como asegura Comanducci [...] *entre el reconocimiento y la garantía de los derechos humanos liberales y el respeto de los derechos culturales se dan a veces relaciones difíciles* [...] <sup>53</sup> esto sólo podría ser llevado a cabo bajo los principios de un constitucionalismo garantista.

Aún hay un largo camino por recorrer tanto a nivel nacional como internacional para lograr una verdadera inclusión de los pueblos indígenas y sobre todo para concientizar a los creadores de las normas, a los operadores de los sistemas jurídicos y a la sociedad en general que el respeto a la identidad cultural es el respeto a la diferencia y desear que entiendan “nuestros derechos humanos” es volver a la cultura de integracionismo y de la hegemonía jurídica impuesta, que lo único que logrará será su occidentalización, con ello la extinción de su cosmovisión y por tanto la pérdida de su identidad cultural.

El respeto a los derechos de los pueblos indígenas deberá ser un proceso de aprendizaje mutuo entre ambas culturas en el que la práctica del pluralismo es viable mediante políticas públicas de inclusión que permitan la autonomía y autodeterminación de los pueblos originarios,

---

52 Jurisprudencia 2008935, Primera sala, abril 2015, 10ª época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.

53 COMANDUCCI, Paolo, “Derechos humanos y minorías: un acercamiento analítico neoilustrado”, trad. Francesca Gargallo, en: *Derechos sociales y derechos de las minorías*, (Comp.) Miguel Carbonell, Juan Antonio Cruz Parceró y Rodolfo Vázquez, 3ª Edición, Ed. Porrúa- Universidad Nacional autónoma de México, México, 2004, p.311.

abandonando posturas paternalistas hegemónicas que impiden su desarrollo.

## 6. DISCUSIÓN

La política pública al igual que el Estado se han transformado con los procesos de globalización que afectan no sólo a la economía, también a la forma de dirigir a una sociedad, al estar interrelacionados con otros Estados es inevitable que los países más desarrollados ejerzan presión sobre el resto obligándolos a cambiar la estructura de sus políticas públicas.

El Estado moderno se ha visto obligado a adaptarse en el ámbito político, económico y social a la vorágine de las demandas transnacionales dejando de lado en muchas ocasiones los intereses locales.

La finalidad primordial de las políticas públicas debe ser el bienestar de la sociedad y es a través de un modelo democrático que incluya la participación ciudadana como se podrá dirigir el proyecto político de Estado cuyas políticas públicas estén encaminadas a lograr dicha finalidad.

La forma de hacer política depende del modelo que se elija para elaborarla. La búsqueda de la eficiencia económica, llevo al gobierno a recurrir a las organizaciones privadas y de la sociedad civil para formalizar su participación en la deliberación de asuntos públicos e incluso en la prestación de servicios públicos ya que las funciones del Estado proteccionista han sido rebasadas con el incremento de las demandas de la sociedad y el surgimiento de los derechos humanos que obligan al ente a tener políticas públicas incluyentes de los sectores que ha mantenido marginados de la sociedad esto da lugar a la existencia de la gobernanza como respuesta a estas demandas.

Y el proceso de elaboración de las políticas sociales que va más acorde con Estado democrático contemporáneo es de Abajo hacia arriba pues aunque ambos modelos tengan ventajas y desventajas el objetivo de la democracia se ve mayormente satisfecho ante este modelo de intervención estatal.

La aplicación plena de los Derechos humanos en un Estado Constitucional reivindica a los pueblos originarios al incorporar la participación de estos en el sistema político-jurídico del Estado al

concretar la posibilidad de que empleen cabalmente sus sistemas normativos, instituciones y prácticas jurídico-penales.

No cabe prever si tal expansión del paradigma llegará a desarrollarse, sin embargo para que se produzca un verdadero giro son necesarias dos condiciones. La primera es que el proyecto garantista diseñado por las constituciones, se proponga como proyecto político capaz de rehabilitar el papel de la política, y con ella de legislación, reforzando las garantías primarias de los derechos constitucionalmente establecidos. La segunda condición es que la conciencia del interés público esté acompañada del renacimiento del compromiso político, esta energía aunque presente en movimientos sociales de protesta está ausente de la esfera institucional de la política.

Las demandas de los pueblos originarios por el respeto pleno a su identidad cultural, en la que se encuentra la jurisdicción penal, son uno de los litigios que enfrenta el Estado de Derecho contemporáneo como modelo político jurídico. Es necesario el cambio de paradigma constitucional que impulse una política de respeto pleno a los derechos de todos, para resolver racionalmente estas controversias se requiere, inicialmente que el proyecto político y el modelo teórico del Estado mexicano se adecuen al constitucionalismo garantista y secundariamente el alineamiento de la legislación y de la operación jurídica a los principios de éste, de la política.

La autonomía y libre determinación de los pueblos originarios implica ineludiblemente que éstos ejerzan la jurisdicción plena en todos los ámbitos de sus sistemas jurídicos, entre ellos el penal.

## REFERENCIAS

### I

Beauchot, Mauricio (2003), *Interculturalidad y Derechos Humanos, México, Siglo Veintiuno Editores, Segunda Edición.*

Buenrostro Alba, Manuel (2013), Cambios constitucionales en materia indígena en la península de Yucatán. El caso de los jueces tradicionales Mayas de Quintana Roo, balance, logros y retos. *Revista Nueva Antropología.*

Carbonell, Miguel (2002), *Problemas constitucionales del multiculturalismo*, México, 2002, colección FUNDAp.

\_\_\_\_\_, Cruz, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo, (2004), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 3ª Edición, ed. Porrúa- Universidad Nacional autónoma de México, México.

Ceballos Bedoya Nicolás (2011), "Usos indígenas del derecho en el Nuevo Reino de Granada, resistencia y pluralismo jurídico en el derecho colonial. 1750 - 1810", *Revista Estudios Socio - Jurídicos*, 13 (2).

Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988. Asamblea Nacional Constituyente.

Constitución Vigente de la Nación Argentina. Asamblea Constituyente.

Durand Alcántara, Carlos Humberto y Silva Maldonado, Marcos Daniel, (2011), "Los indios ante el derecho mexicano, un intrincado proceso", *Revista Política y Cultura*, 35.

Fernández Rodríguez, José Julio y Arguello Lemus, Jacqueline (2012), "Aspectos constitucionales del multiculturalismo en América Latina: el caso de los pueblos indígenas", *Revista Pensamiento Constitucional*, 16.

Ferrajoli, Luigi (2014), *La Democracia a través de los Derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, TROTTA, Madrid.

\_\_\_\_\_(2011), *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, Tomo 2 *Teoría de la Democracia*, Trotta, Madrid, España.

Francia, Luis, (2013) "Pluralidad cultural y derecho penal", *Revista Derecho PUPC, Perú*, 47.

Julio Estrada, Alexei; Rivera Santivañez, José Antonio; Torbisco, Neus; Valiente López, Aresio y Yrigoyen Fajardo, Raquel (2013) "Simposio Pluralismo Jurídico y Derechos Humanos", *Revista Anuario de Derechos Humanos, Chile, Universidad de Chile*, 9.

Kala, Julio César y González Placencia, Luis (Coord.), *et al.*, (2102), *Violencia y modernidad. Notas sobre: medios, sistema penal, derechos humanos y percepción ciudadana*, Ubijus, México.

Kymlicka, Will y Straehle, Christine, (2001), *Cosmopolitismo, estado – nación y nacionalismo de las minorías. Un análisis crítico de la literatura reciente*, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

Ponte Iglesias, María Teresa (2010), “Estado multicultural y pueblos indígenas: autonomía y derechos colectivos Ecuador y su nueva constitución de 2008, un referente para los pueblos indígenas de América Latina”, *Congreso internacional 1810 – 2010: 200 años de Iberoamérica. Ecuador*

Rawls, John (2010) *Teoría de la Justicia*, trad. María Dolores Gonzáles, México, 7ª reimp., Fondo de Cultura Económica.

Ríos Zamudio, Juana Luisa (2010), “Justicia indígena maya en el sureste de México”, *Revista de Derecho*, Barranquilla, Colombia.

Rodríguez Martínez, Elí, (2013), El reconocimiento de los ordenamientos jurídicos indígenas en el derecho internacional, con especial referencia al Derecho Mexicano. ¿Realidad o utopía?”. *EAFIT Journal of International Law*, Colombia.

Romero Seguel, Alejandro (2012), “La Adecuación del Procedimiento en Materia de Derecho Indígena”, *Revista Chilena de Derecho*, Chile, 39.

Zagrebelsky, Gustavo, (2009), *El derecho dúctil, Ley, derechos, justicia*, Trad. Marina Gascón, Madrid, España, Trotta.

## II

Aguilar, Luis F. (2007), “El aporte de la Política Pública y de la Nueva Gestión Pública a la gobernanza”, *Revista CLAD reforma y democracia*, Caracas, no. 39, octubre, [en línea], disponible en: <http://old.clad.org/portal/publicaciones-del-clad/revista-clad-reforma-democracia/articulos/039-octubre-2007/el-aporte-de-la-politica-publica-y-de-la-nueva-gestion-publica-a-la-gobernanza>, consultado el 19 de abril de 2016.

Bresser, Luiz Carlos (1998), "La reconstrucción del Estado en América Latina", Revista *CEPAL*, Santiago de Chile, Chile.

Burki, Shahid y Perry, Guillermo (1998), "Más allá del Consenso de Washington: la hora de la reforma institucional", *Estudios del Banco mundial sobre América Latina y el Caribe. Puntos de Vista*, Washington.

Canto, Manuel (2008), "Gobernanza y Participación Ciudadana en las Políticas Públicas frente al Reto del Desarrollo", Revista *Política y Cultura*, otoño 2008, número 30, México.

Draibe, Sonia y Riesco, Manuel (2009), "El Estado de bienestar Social en América Latina", *Una Nueva Estrategia de Desarrollo*, Fundación Carolina, CeAlci, España.

Espinosa, Juan Guillermo (2003), "Economía Neoliberal vs. Economía Social en América Latina", *Fundalatin*, Venezuela.

Ferrajoli, Luigi (2014), *La Democracia a través de los Derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, TROTТА, Madrid.

Fernández, Norcka; Belloso, Nora y Delgado, Francys (2008), "Recursos Informativos, desarrollo Endógeno y Participación Ciudadana en la Gestión Pública Local", *Revista Venezolana de Gerencia*, Volumen 13, Número 43, Universidad de Zulia, Venezuela.

Ocampo, José Antonio (2004), "Más Allá del Consenso de Washington", *Economía*, UNAM, volumen 3, Número 7, México.

Peters, B. Guy, "Modelos alternativos del proceso de la política pública: de abajo hacia arriba o de arriba hacia abajo", *Revista Gestión y Política Pública*, Departamento de Ciencia Política de la Universidad de Pittsburgh, volumen IV, número 2, segundo semestre de 1995, [en línea], disponible en: [http://www.aleph.org.mx/jspui/bitstream/56789/11678/I/DOCT2064259\\_ARTICULO\\_1\\_VOLIVDUM2.pdf](http://www.aleph.org.mx/jspui/bitstream/56789/11678/I/DOCT2064259_ARTICULO_1_VOLIVDUM2.pdf), consultado el 18 de abril de 2016.

Prats, Joan (1999), *La dimensión institucional en desarrollo humano*, Instituto de Gobernabilidad, Barcelona, España.



Sartori, Giovanni (2008), *¿Qué es la democracia?*, trad. Miguel Ángel González Rodríguez, María Cristina Pestellini Laparelli Salomon y Miguel Ángel Ruíz de Zúá, Taurus, México.

Stiglitz, Joseph (2002), *El malestar de la Globalización*, Taurus, Argentina.

Subirats, Joan (1994), "Análisis de políticas públicas y eficacia de la administración", *Boletín Oficial del Estado*, Instituto Nacional de Administración Pública Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, [en línea], disponible en: <https://es.scribd.com/doc/102969763/Subirats-Analisis-de-politicas-publicas-y-eficacia-de-la-Administracion>, consultado el 15 de abril del 2016.

Thoenig, Jean Claude (1997), "Política pública y acción pública", *Revista Gestión y Política Pública*, México, volumen VI, número 1, primer semestre, [en línea], disponible en: [http://www.aleph.org.mx/jspui/bitstream/56789/11713/1/DOCT2064257\\_ARTICULO\\_2VOLVINUMI.pdf](http://www.aleph.org.mx/jspui/bitstream/56789/11713/1/DOCT2064257_ARTICULO_2VOLVINUMI.pdf), consultado el 20 de abril de 2016.

Velásquez Gavilanes, Raúl (2009), "Hacia una nueva definición del Concepto de política pública", *Revista Desafíos*, Bogotá, Colombia, número 20, semestre I, [en línea], disponible en: <http://revistas.urosario.edu.co/index.php/desafios/article/viewFile/433/377>, consultado el 21 de abril de 2016.



# DESTRUYENDO MITOS. DERECHOS FUNDAMENTALES Y ESCLARECIMIENTO DE HECHOS EN EL PROCESO PENAL

**L. Iván Díaz García**

Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid;  
Profesor de la Universidad Católica de Temuco.

## 1. INTRODUCCIÓN

Toda sentencia de condena en materia penal debe justificarse estructuralmente en al menos tres razonamientos. El primero de ellos es un juicio sobre los hechos y toma la forma de una inducción fáctica. Esa inducción tiene como premisas los medios de prueba y la información probatoria proveída por los mismos, y como conclusión una afirmación respecto del modo en que acaecieron los hechos. El segundo razonamiento constituye un juicio sobre el Derecho y adopta la forma de una deducción jurídica. Esta deducción consiste en determinar la calificación jurídica del hecho y se fundamenta en la afirmación respecto del modo en que acaecieron los hechos recién referidos y en una norma jurídica aplicable para calificarlos. El tercer razonamiento es la decisión o fallo y consiste en un silogismo práctico que tiene como premisas la calificación jurídica de los hechos y una norma jurídica que establece la consecuencia jurídica aplicable, y como conclusión la condena. Esta es, pues, la estructura material de una sentencia penal de condena<sup>1</sup>.

---

1 Lo que aquí se ha denominado estructura material de la sentencia condenatoria penal se ha construido a partir de lo expuesto por DE ASÍS ROIG, Rafael, en *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 102, y FERRAJOLI, Luigi, en *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Trotta, tercera edición, España, 1998, p. 64.

El juicio de hecho, que es el primero de los tres razonamientos recién referidos y el ámbito en el que se desenvuelve este trabajo, presenta importantes complejidades de nivel filosófico, epistemológico y procesal. Por su parte, en cada uno de estos niveles resulta posible identificar múltiples problemas de diverso calado. La presente investigación enfrenta precisamente uno de los problemas de carácter epistemológico que se relacionan con el juicio de hecho. Ese problema consiste en elucidar la relación existente entre los derechos fundamentales y el esclarecimiento de los hechos en el proceso. Para ser más precisos, el problema consiste en determinar si la afectación de los derechos fundamentales tiene incidencia en el esclarecimiento de los hechos y la participación.

Pues bien, frente a este problema parece posible identificar al menos dos posiciones.

La primera de ellas, que es la perspectiva generalizada, sostiene que el respeto de los derechos fundamentales y el esclarecimiento de los hechos son finalidades incompatibles. Esto significa que la intangibilidad de los derechos fundamentales conduce a un juicio de hecho de mala calidad, pues disminuye la posibilidad de esclarecer el hecho. Por lo mismo, un incremento de la calidad epistemológica del proceso penal conduce inevitablemente a una mayor injerencia o afectación de los derechos fundamentales. Esta perspectiva conduce a una encrucijada que puede ser formulada del siguiente modo: o se esclarecen los hechos o se respetan los derechos fundamentales.

Frente a esa perspectiva que se edifica sobre la idea de contraposición, la propuesta de este trabajo sugiere como criterio la distinción. De acuerdo con esta última, mientras el respeto de ciertos derechos fundamentales disminuye las posibilidades de determinar si el hecho efectivamente ha acaecido, el respeto de otros la incrementa. Por tanto, si bien la intangibilidad de algunos derechos perjudica la calidad epistemológica del juicio de hecho, la intangibilidad de otros la beneficia. En consecuencia, el esclarecimiento del hecho y la participación y el respeto de los derechos no son finalidades necesariamente incompatibles.

El problema, como puede suponerse, no es baladí. La Constitución chilena, en sintonía con el Derecho comparado, condiciona la realización de diligencias de investigación que afecten derechos fundamentales a

la existencia de autorización judicial<sup>2</sup>. Esto significa que si el órgano de persecución penal y las policías desean realizar diligencias tendientes a esclarecer los hechos que afecten tales derechos, deben contar previamente con una resolución judicial que los autorice.

En este escenario, el juez necesita un criterio que le permita determinar en qué casos conceder y en qué casos rechazar la injerencia en los derechos fundamentales. Uno de esos criterios consiste precisamente en la relación entre afectación de derechos fundamentales y esclarecimiento de los hechos.

A la exposición de ambas perspectivas, es decir, a la edificada sobre la base de la confrontación y a la edificada sobre la base de la distinción, se dedica el presente título. Pivotando entre ambas se expondrá una propuesta formulada por Marina Gascón, la que presenta un interesante grado de sintonía con la expuesta en este trabajo.

## **2. LA CONTRAPOSICIÓN COMO PERSPECTIVA DOCTRINARIA PREVALECIENTE**

Parece posible afirmar que, en general, los autores entienden que son incompatibles el respeto de los derechos fundamentales y el esclarecimiento de los hechos en el ámbito penal. Entre quienes pueden ser inscritos en esta perspectiva parece posible distinguir dos grandes posiciones. Así, algunos autores entienden que el disfrute de la generalidad de los derechos fundamentales se contraponen a las posibilidades de esclarecer los hechos. Otros autores, en cambio, establecen esta contraposición sólo con algunos derechos fundamentales.

### **2.1. Contraposición con la generalidad de los derechos fundamentales**

Entre aquellos autores que contraponen el respeto de la generalidad de los derechos fundamentales con la posibilidad de esclarecer los hechos investigados es posible distinguir dos grupos.

---

2 Al respecto, dispone el artículo 83, inciso tercero, de la Constitución chilena: "Sin embargo, las actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que esta Constitución asegura, o lo restrinjan o perturben, requerirán de aprobación judicial previa".

El primero de ellos destaca esta contraposición en forma expresa e inequívoca. Así, por ejemplo, Muñoz-Conde expresivamente destaca esta contraposición al afirmar que el Derecho penal se encuentra dividido entre la pretensión de averiguar la verdad y la imposibilidad de hacerlo por efecto de los derechos fundamentales<sup>3</sup>. Por su parte, López-Fragoso afirma que las garantías del ámbito procesal penal establecidas en la Constitución pueden resultar incompatibles con la pretensión de alcanzar la verdad<sup>4</sup>. La opinión es compartida por Zuloaga, quien sostiene que la búsqueda de la verdad es la instancia en que se manifiesta más claramente la tensión entre pretensión punitiva y tutela de derechos fundamentales<sup>5</sup>. Por último, y en una posición inequívocamente inscrita en la perspectiva que se revisa, Martínez Pérez afirma que la renuncia a la verdad material es el precio que se paga por respetar los derechos fundamentales<sup>6</sup>.

---

3 MUÑOZ-CONDE, en *Búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, mayo de 2000, pp. 43 y 44, expresa al respecto: "La Ley de Enjuiciamiento Criminal regula ciertamente la forma y el modo en que han de practicarse este tipo de pruebas con el fin de que pueda llegarse a reconstruir lo más exactamente posible la realidad de lo sucedido. Pero la misma regulación legal puede ser a veces un obstáculo para el averiguamiento de la verdad propiamente dicha". Y añade: "el Derecho procesal penal, como cantaba Antonio Machín, tiene su corazón dividido entre dos amores: por un lado, el Derecho penal material, del que recibe el encargo de averiguar los delitos y castigar a los culpables; por otro lado, el Derecho constitucional, que le impone determinados límites en esa actividad investigadora y enjuiciadora, inspirados en los derechos fundamentales que la misma Constitución garantiza y reconoce".

4 La Constitución española de 1978, expresa LÓPEZ-FRAGOSO en Las pruebas biológicas en el proceso penal. Consideraciones sobre la identificación por el ADN/ en *Revista Derecho y Salud*: publicación oficial de la Asociación de Juristas de la salud [on line], julio-diciembre 1995, Vol. 3, Núm. 2 [citado 10 noviembre 2007], p. 226, "interpretada por el Tribunal Constitucional, impone un sistema procesal penal revestido de un conjunto de garantías, las cuales pueden chocar en aspectos concretos con el fin de la ciencia natural de alcanzar la verdad de los hechos".

5 ZULUAGA TABORDA en Comentarios a la función de control de garantías. A propósito de la ley 906 de 2004 o "Sistema procesal penal acusatorio" /en/ *Revista Co-Herencia*, Universidad EAFIT [on line], Núm. 6 [citado 10 noviembre 2007], sin paginación, afirma a este respecto: "El ejercicio de la acción estatal de búsqueda de la verdad, verificación de sospechas y acopio del material probatorio, es la instancia en la que mejor se expresan, en el proceso penal, las relaciones de tensión de la naturaleza fluida del poder punitivo con los imperativos axiológicos recogidos en la Constitución".

6 Sostiene MARTÍNEZ PÉREZ en *Diferencia sustancial entre verdad histórica y verdad procesal* /en/ Tribunal Superior de Justicia del Estado de Oaxaca, El Nuevo Proceso Penal en Oaxaca. El Juez de Garantías en el Nuevo Proceso Penal Oaxaqueño [on

Un segundo grupo de autores contraponen el efectivo disfrute de los derechos fundamentales y el esclarecimiento del hecho y la participación de manera implícita. Es, por ejemplo, el caso de Vacani, quien habla de un “Choque” entre la “eficiencia” del proceso penal y el respeto del “sistema de garantías” del individuo<sup>7</sup>. En la misma línea se inscribe Subijana, quien, en la búsqueda de armonizar el interés en descubrir la verdad y respetar los derechos de los ciudadanos, propone diversificar los efectos derivados de infringir estos derechos al obtener pruebas<sup>8</sup>. Siempre en igual sentido, Guzmán sugiere que el proceso penal debe establecer un mecanismo que permita conciliar la tutela de los derechos fundamentales del imputado con la eficacia en la persecución penal<sup>9</sup>. En fin, y sin pretensiones de exhaustividad,

---

line], [citado 25 noviembre 2008], p. 8, que “la renuncia a la verdad material que hace el nuevo Código Procesal Penal, es el precio que tenemos que pagar como sociedad democrática y que el estado de derecho paga por la prevalencia -y preeminencia agregaría yo- de los derechos fundamentales del hombre”.

7 En lo pertinente, textualmente expresa Vacani en Hacia un cambio metodológico. Análisis de las prácticas penitenciarias y judiciales a la luz de la lógica de los campos, INECIP (Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales) [on line], [citado 7 noviembre 2007], p. 2: “Por ende la antinomia fundamental que enmarca el choque entre eficiencia y sistema de garantías en el desarrollo de las anteriores etapas del proceso judicial no es la misma de la que se enmarca en el proceso de ejecución penal”.

8 SUBIJANA ZUNZUNEGUI en *Policía judicial y derecho a la intimidad en el seno de la investigación criminal* /en/ Eguzkilore (Flor protectora contra las fuerzas negativas), Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología [on line], octubre 1997, Núm. 10 extraordinario [citado 10 noviembre 2007], p. 155, propone que “en la latente tensión entre la búsqueda de la verdad material, como finalidad teleológica del proceso penal, y el respeto a los derechos subjetivos de los ciudadanos, deben diversificarse los efectos jurídicos anudables a la obtención de fuentes de prueba, vulnerando los requisitos contenidos en la norma básica del ordenamiento jurídico, de las consecuencias predicables de la obtención realizada respetando el abanico de restricciones instituidas en la CE, pero obviando requisitos impuestos por la legislación infraconstitucional”.

9 GUZMÁN FLUJÁ, VICENTE C., El agente encubierto y las garantías del proceso penal /en/ *Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales*, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla-La Mancha [on line], [citado 10 noviembre 2007], p. 4, expresamente establece la contraposición entre verdad y derechos al afirmar que “los términos del debate entre éxito en la persecución del delito y respeto de los derechos del acusado podrían sintetizarse diciendo que un sistema procesal penal, especialmente en lo que se refiere a la prueba, no sólo debe inspirarse en el respeto a las normas que garantizan los derechos del acusado, ni tampoco sólo en la prescripción de cuanto sea apto para descubrir “la verdad”, y en general, garantizar una eficaz persecución.; debe mirar o debe servir, más

Moreno Catena sostiene que el sistema jurídico ha logrado compatibilizar la salvaguarda de los derechos fundamentales con el deber de investigación y castigo de los delitos<sup>10</sup>.

Como se puede advertir, ninguno de los autores citados en este segundo grupo afirma una expresa oposición entre derechos fundamentales y esclarecimiento de los hechos en el proceso penal. Sin embargo, esta idea se manifiesta de manera implícita, pero inequívoca, en sus planteamientos.

## 2.2 CONTRAPOSICIÓN CON CIERTOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Frente al grupo de autores que contrapone la generalidad de los derechos fundamentales y el esclarecimiento de los hechos y de la participación en el ámbito penal, es posible reconocer un segundo grupo. Se trata de aquellos que coinciden en establecer una contraposición, pero sólo con los derechos fundamentales que específicamente señalan.

Entre tales autores es posible mencionar a González, quien tácitamente opone el respeto de los derechos relativos a la prueba con las posibilidades de alcanzar la verdad<sup>11</sup>. Vidal Fueyo, por su parte, directamente afirma que en el ámbito procesal penal se manifiesta una inevitable tensión entre la persecución del delito y el contenido de ciertos

---

esencialmente, para establecer “disposiciones jerárquicas entre valores procesales y extraprocesales”, regulando el modo de resolver en caso de eventuales colisiones entre garantía y eficacia”.

10 Textualmente afirma el catedrático MORENO CATENA en *Presente y futuro del proceso penal español* /en/ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXVI, Núm. 2 (1999), Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000, p. 80: “El ordenamiento jurídico ha conseguido establecer una triple barrera de protección de los derechos fundamentales, que pretende compatibilizar su oportuna salvaguarda con otras exigencias o responsabilidades públicas, señaladamente la política criminal, es decir, el deber de investigación y castigo de los delitos”.

11 En este sentido GONZÁLEZ GARCÍA en *El proceso penal español y la prueba ilícita* /en/ *Rev. de Derecho* (Valdivia) [on line], diciembre 2005, vol.18, Núm. 2 [citado 9 noviembre 2007], p. 189, manifiesta que “el derecho a la prueba, dentro de los términos del Estado de Derecho, no puede ser catalogado como un derecho ilimitado, ni siquiera en un terreno en el que la búsqueda de la verdad material adquiere el interés público que tiene en el proceso penal. Aun reconociendo la presencia de ese interés, el ordenamiento reconoce limitaciones al ejercicio de la actividad probatoria en el proceso penal, pues, como se ha dicho, ‘la verdad no puede indagarse a cualquier precio’.



derechos fundamentales<sup>12</sup>. Seguramente en la misma posición puede inscribirse la perspectiva de Albiñana, para quien el interés en alcanzar la verdad ha sido condicionado al respeto de ciertas reglas básicas<sup>13</sup>.

Conviene destacar que los autores de este grupo no se pronuncian respecto de la relación entre el disfrute de los demás derechos fundamentales, es decir, los que no mencionan, y el esclarecimiento de los hechos. Es esta circunstancia la que permite sostener que su propuesta coincide con la de los autores con anterioridad. Todos ellos postulan la contraposición como criterio de relación entre ambos extremos.

### 2.3 LOS PROBLEMAS DEL CRITERIO DE LA CONTRAPOSICIÓN

De acuerdo con lo recién expresado, no parece fácil encontrar autores que distingan entre derechos fundamentales que colaboran a determinar el hecho y la participación y derechos que perjudican esta finalidad. Esto no es de extrañar entre quienes oponen la tutela de la generalidad de los derechos y calidad epistemológica del proceso penal. Sin embargo, tampoco resulta fácil encontrar la distinción entre quienes oponen solo algunos de esos derechos y la referida calidad epistemológica<sup>14</sup>.

La larga cita de autores que recién se ha ofrecido en ningún caso puede considerarse exhaustiva. En cambio sí resulta posible tenerla por suficiente para demostrar lo señalado al iniciar este título. En

---

12 VIDAL FUEYO en *Imprevisión legislativa, derechos fundamentales y proceso penal* [on line], [citado 10 noviembre 2007], p. 11, presenta esa contraposición de modo algo tácito cuando afirma: "Hay que recordar, por otro lado, que en el marco del proceso penal se pone de manifiesto, si cabe más que en otros órdenes jurisdiccionales, la inevitable tensión entre un interés público, en este caso el que reside en la persecución del delito, y el contenido de algunos derechos fundamentales". Y es tácito porque con la expresión "persecución del delito" implícitamente se alude al esclarecimiento del hecho y el subsecuente castigo del culpable.

13 ALBIÑANA OLMOS en *Las intervenciones corporales en el proceso penal: Las debilidades de los procesos penales nacionales* /en/ *Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales*, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla-La Mancha [on line], [citado 10 noviembre 2007], p. 20, recuerda que "la verdad material ha sido gradualmente desplazada a favor de la exigencia de que esta se establezca por medio de un proceso legítimo, en el que sean respetadas unas reglas básicas".

14 Una notable excepción se encuentra en MARINA GASCÓN, cuyo planteamiento, según se expresó, será analizado más abajo.

efecto, la perspectiva de los autores citados parece confirmar que, al menos de modo general, la doctrina contrapone la eficacia en determinar si el hecho efectivamente ha acaecido y que una cierta persona es responsable del mismo y la indemnidad de los derechos fundamentales. Además, dicha contraposición se formula expresa o tácitamente, y tanto respecto de algunos de esos derechos como respecto de la generalidad de los mismos.

Esta perspectiva no sólo es errada, como se verá más abajo, sino también inconveniente. En efecto, la disyuntiva entre respeto de los derechos fundamentales y esclarecimiento de los hechos conduce a una dura confrontación entre ambos intereses social y jurídicamente relevantes. La consecuencia de una tal confrontación es evidente en estos tiempos en que se demanda un incremento en el ejercicio de la potestad punitiva estatal. Esa consecuencia, consiste en una mayor presión sobre el efectivo disfrute de los derechos fundamentales, a los que genéricamente se mira como “obstáculos” para lograr la “verdad” o, más técnicamente, como limitaciones a la calidad del juicio de hecho.

### **3. LA PROPUESTA DE MARINA GASCÓN**

En el apartado anterior se mostró que la doctrina prevaleciente considera que los derechos fundamentales constituyen un obstáculo para el esclarecimiento de los hechos y la participación. Por lo mismo, un incremento en la calidad del juicio de hecho exigiría una mayor afectación de los mismos. Sin embargo, se ha dicho también que esta no es la perspectiva asumida en el presente trabajo, como se mostrará luego. En lugar de confrontar ambos extremos, aquí se postula una distinción entre derechos cuya indemnidad favorece la calidad del juicio de hecho y derechos cuya indemnidad perjudica dicha calidad.

En este mismo sentido, se anticipó también que Marina Gascón presenta una propuesta semejante a la de este trabajo. Es esta sintonía lo que justifica la concisa revisión de dicha propuesta. En efecto, la clasificación de los derechos fundamentales sugerida por Marina Gascón respecto de su incidencia en el esclarecimiento de los hechos constituye un aporte a la comprensión del fenómeno de los derechos fundamentales y a los objetivos de la presente tesis que no puede ser omitida.

Marina Gascón postula un modelo que denomina cognitivista para efectuar y supervisar el juicio de hecho del razonamiento judicial<sup>15</sup>. De acuerdo con dicho modelo, “la averiguación de la verdad es la finalidad principal del proceso de fijación judicial de los hechos”. Sin embargo, el proceso judicial persigue, adicionalmente, otros dos valores. Uno de ellos lo denomina estructural y el otro lo llama ideológico<sup>16</sup>.

En virtud de los valores ideológicos, que son los que aquí interesa mencionar, Gascón destaca que en la averiguación de la verdad se deben preservar ciertos valores, en especial la dignidad y libertad de las personas. “Esto resulta particularmente cierto en el proceso penal, donde la ideología del garantismo se impone con fuerza”. Las limitaciones y prohibiciones de prueba, el secreto procesal y la presunción de inocencia constituyen manifestaciones de la protección de aquellos valores, según expresa la autora. Gascón denomina garantías institucionales a estas reglas que protegen la dignidad y libertad de la persona<sup>17</sup>.

Pues bien, al vincular esas garantías institucionales y el juicio de hecho, Gascón distingue tres clases de garantías: aquellas cuyo respeto contribuye a la averiguación de la verdad, aquellas cuyo respeto no provoca menoscabo en la averiguación de la verdad, y aquellas cuyo respeto dificulta la averiguación de la verdad<sup>18</sup>. Al aplicar dicha clasificación a las limitaciones o prohibiciones de prueba, la autora distingue entre aquellas reglas cuyo respeto coadyuva a la averiguación de la verdad, como la exclusión de la prueba obtenida bajo tortura, y otras cuyo respeto entorpece o no ayuda a ese fin, como la exclusión de

---

15 GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Problemas de la fijación judicial de los hechos* [on line], [citado 17 julio 2007], pp. 1 y 2.

16 GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Problemas de la fijación judicial de los hechos* [on line], [citado 17 julio 2007], p. 14.

17 GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Problemas de la fijación judicial de los hechos* [on line], [citado 17 julio 2007], p. 15.

18 Al respecto, GASCÓN ABELLÁN en *Problemas de la fijación judicial de los hechos* [on line], [citado 17 julio 2007], p. 15, textualmente afirma: “Pueden distinguirse en línea teórica tres tipos de reglas o garantías en función de su incidencia en el objetivo principal de averiguación de la verdad: garantías (institucionales) epistemológicas, si contribuyen a la averiguación de la verdad; garantías (institucionales) no epistemológicas, si al menos no producen menoscabo en la averiguación de la verdad; y garantías (institucionales) contraepistemológicas, si dificultan o entorpecen la averiguación de la verdad”.

prueba ilícita<sup>19</sup>. Como se puede advertir, se trata de una clasificación de “garantías institucionales”, como las denomina la autora, que atienden al modo en que ellas afectan la calidad del juicio de hecho.

En este punto de la exposición conviene destacar que, pese a sus virtudes, la propuesta de Marina Gascón no puede ser totalmente compartida. Ante todo, merece la pena destacar el acierto consistente en distinguir tres clases de garantías institucionales, atendiendo a su relación con la averiguación de la verdad. Este es, precisamente, el punto de sintonía con el presente trabajo. Sin embargo, no parece posible admitir que se reserve la expresión prueba ilícita sólo para aquellas garantías institucionales cuyo respeto entorpece el esclarecimiento de los hechos. Tampoco parece posible acoger la genérica expresión “garantías institucionales”, pues no se sabe con claridad a qué se alude con ella. Todo esto no impide, sin embargo, reconocer los evidentes méritos de la autora, quien formula una propuesta esencialmente acertada frente a los consensos doctrinarios prevalecientes.

## 4. LA DISTINCIÓN COMO CRITERIO

### 4.1. Presentación del criterio

El criterio ofrecido por este trabajo postula que los derechos fundamentales admiten clasificación desde la perspectiva de su relación con el juicio de hecho. En otras palabras, es posible establecer diversas categorías de derechos fundamentales atendiendo al modo en que inciden para determinar si el hecho efectivamente ha acaecido y que una cierta persona es responsable del mismo. Este es, en esencia, el

---

19 Sobre el punto, expresa GASCÓN ABELLÁN en *Problemas de la fijación judicial de los hechos* [on line], [citado 17 julio 2007], p. 15: “dentro de las limitaciones de pruebas encontramos reglas de dos tipos. Algunas de ellas coadyuvan a la averiguación de la verdad, rechazando pruebas con bajo valor gnoseológico. El caso más claro tal vez sea la prohibición de la tortura, pues, aunque se enderece directamente a garantizar la vida y dignidad humanas, qué duda cabe que contribuye también a evitar la posible obtención de una verdad ‘torcida’. Pero existen otras limitaciones de prueba (por ejemplo, la prohibición de prueba ilícitamente obtenida o la prohibición, bajo ‘secreto de Estado’, de usar como pruebas documentos que puedan afectar a la seguridad del Estado) que entorpecen (o no ayudan a) la averiguación de la verdad, ya que suponen excepciones a la regla epistemológica que establece que: (iii) siempre que sea posible hacer una comprobación empírica de una hecho relevante, debe hacerse”.

contenido del criterio. Sin embargo, una mejor explicación del mismo sugiere desarrollar un poco más la distinción.

Por una parte, existen ciertos derechos fundamentales cuya indemnidad incrementa la calidad del juicio de hecho ínsito en el razonamiento judicial. Eso significa que existe una relación directa entre el grado de respeto de tales derechos y las posibilidades de esclarecer el hecho y la participación. De este modo, un mayor grado de disfrute de esta clase de derechos fundamentales aumenta las posibilidades de realizar aquella inferencia fáctica. Por el contrario, la lesión de los mismos disminuye tales posibilidades.

Un ejemplo bastante evidente de esta primera categoría es el derecho fundamental a la integridad física de la persona, conferido en el artículo 19, número 1, inciso primero, de la Constitución chilena<sup>20</sup>. La lesión de este derecho en el ámbito penal se traduce en la obtención de información probatoria a partir de los tormentos aplicados a una cierta persona. La credibilidad de la prueba obtenida por esta vía es, por decir lo menos, débil o dudosa y, siguiendo a Beccaria, idónea para vencer las resistencias del débil e inútil frente al robusto<sup>21</sup>.

Otro ejemplo de esta categoría es el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo, que puede ser adscrito al derecho fundamental al proceso justo del artículo 19, número 3, inciso quinto de la Constitución chilena<sup>22</sup>. Se trata de un mecanismo tendente a asegurar la indemnidad del imputado frente a coacciones para lograr su confesión. En otras palabras, se trataría de una garantía de la integridad física y síquica de la persona sometida a persecución penal. En efecto, este derecho enlaza

---

20 El artículo 19, número 1, de la Constitución chilena expresa textualmente lo siguiente: "La Constitución asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona".

21 En este sentido, expresa BECCARIA, CÉSARE BONESANA MARQUEZ DE, Tratado de los delitos y de las penas, traducción de Juan Antonio de las Casas, Fabian Di Placido, Buenos Aires, 1998, p. 139: "Cualquiera que sea de estos dos motivos, es notable la contradicción de las Leyes, que juntamente con esta costumbre autorizan la tortura. Porque ¿cuál interrogación más sugestiva que el dolor? El primer motivo se verifica en el tormento, puesto que el mismo dolor sugerirá al robusto una obstinada taciturnidad, para cambiar la mayor pena por la menor; y al flaco sugerirá la confesión, para librarse del tormento presente, más eficaz por entonces que el dolor venidero".

22 El artículo 19, número 3, inciso quinto, de la Constitución chilena dispone: "Corresponderá siempre al legislador establecer las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos".

“con el reconocimiento del principio de la dignidad inherente a todo ser humano que proscribe la utilización de torturas y tratos inhumanos o degradantes para arrancar una declaración no deseada”<sup>23</sup>. Por lo demás, los “tratados internacionales subordinan la validez de esa confesión a un cierto y preciso presupuesto: que no haya mediado cualquier tipo de coacción que vicie la voluntad del imputado”<sup>24</sup>.

Como se puede advertir, el respeto o indemnidad de esta categoría de derechos fundamentales incrementa la posibilidad de esclarecer los hechos. Por el contrario, la afectación de los mismos perjudica esa posibilidad.

Por otra parte se encuentran aquellos derechos fundamentales cuya indemnidad perjudica la calidad del juicio de hecho. Eso significa que existe una relación inversa entre el grado de respeto de tales derechos y las posibilidades de determinar el hecho y la participación. De acuerdo con ello, un mayor grado de disfrute de tales derechos redundaría en una disminución de las posibilidades de realizar esa inducción fáctica. Por el contrario, una restricción en el disfrute de los mismos aumenta tales posibilidades.

Un ejemplo bastante evidente de esta categoría de derechos fundamentales es la inviolabilidad del hogar, estatuido en el artículo 19, número 4, de la Constitución chilena<sup>25</sup>. En efecto, en el domicilio la persona despliega probablemente con máxima libertad sus planes de vida. Es el lugar de la verdad de un sujeto, de sus decisiones más personales, de las acciones que no desea entregar al conocimiento público. Por lo mismo, y en lo que interesa a la posibilidad de

---

23 GONZÁLEZ AYALA, María Dolores, *Las garantías constitucionales de la detención. Los derechos del detenido*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Cuadernos y debates, N° 81, Madrid, 1999, p. 88.

24 EDWARDS Carlos Enrique, *Garantías constitucionales en materia penal*, Buenos Aires, 1996, pp. 132 y 133. En el mismo sentido, HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho procesal penal chileno*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2003, p. 234, afirman: “El derecho del imputado a guardar silencio y a no ser utilizado como fuente de información lo constituyen en un sujeto incoercible del procedimiento”. De aquí surge la garantía del imputado “a no ser obligado a declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable” (art. 14.3 g) PIDCP y art. 8.2 g) CADH)”.

25 El artículo 19, número 4, de la Constitución chilena prescribe: “La Constitución asegura a todas las personas la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada”.

determinar si una cierta persona ha incurrido en el hecho investigado, es el lugar en el que ciertamente se encuentran evidencias, huellas y rastros de las opciones y conductas de una persona.

Como se puede advertir, el respeto o indemnidad de esta categoría de derechos fundamentales disminuye la posibilidad de esclarecer los hechos. Por el contrario, la afectación de los mismos incrementa esa posibilidad.

## **4.2 Aplicación del criterio**

En lo que sigue se esbozarán de manera sin duda superficial las consecuencias del criterio aquí sugerido. Ello se debe, por una parte, a que una exposición más acabada excede las pretensiones de este trabajo, que se limita a precisar la relación entre indemnidad de los derechos fundamentales y calidad del juicio de hecho. Y, por otra, a que una tal exposición extendería estas líneas mucho más allá de lo aconsejable. Pese a todo esto, no se renuncia a la posibilidad de esbozar, en los términos que se ha dicho, esas consecuencias, pues seguramente esto permitirá comprender de mejor manera el criterio ofrecido.

Pues bien, a partir de la distinción recién expuesta, se sugiere al juzgador que rechace injerencias en los derechos fundamentales cuya indemnidad favorece el esclarecimiento de los hechos y que admita un elevado grado de afectación de los derechos fundamentales cuya indemnidad perjudica el esclarecimiento de los hechos, cuando se trata de diligencias de investigación. A continuación se explicita el modo en que ese criterio se aplica en este ámbito.

Ante todo conviene esclarecer que se entiende por diligencia de investigación toda actuación tendente a encontrar o generar medios de prueba que permitan esclarecer si se ha cometido el hecho investigado y si determinada persona es responsable del mismo. Estas actuaciones se producen fundamentalmente en la etapa de instrucción (o investigación), esto es, con anterioridad al momento en el cual se deduce acusación en contra del imputado. Ello se debe a que tales diligencias persiguen, precisamente, determinar si existe mérito para formular acusación en contra de este último. Es, por ejemplo, el caso de una diligencia de entrada y registro de un domicilio.

Pues bien, la realización de algunas diligencias de investigación implica la afectación de derechos fundamentales. Es en este escenario

que se sugiere la aplicación del criterio de la distinción. Si el derecho que resultará afectado por la diligencia de investigación es de aquellos cuya perturbación disminuye la calidad del juicio de hecho, el juez debe rechazar la actuación solicitada. Por el contrario, si se trata de un derecho cuya afectación incrementa la calidad del juicio de hecho, entonces debe admitir la actuación de investigación.

Así, por ejemplo, si la diligencia de investigación consiste en la entrada y registro de un domicilio, el juzgador deberá concederla, bastando para ello que exista la más mínima sospecha de que en ese lugar se encuentra evidencia relativa a la comisión del delito investigado. Esto se debe a que se afecta un derecho fundamental, la inviolabilidad del hogar, cuya indemnidad perjudica el esclarecimiento de los hechos. Por el contrario, si se trata de obtener la declaración del imputado con anterioridad al juicio, el juez deberá rechazarla, a menos que se reúnan todas las condiciones necesarias para que esa declaración sea creíble. Esto se debe a que se afecta un derecho fundamental, el derecho a no declarar contra sí mismo, cuya indemnidad incrementa la calidad del juicio de hecho.

#### **4.3 El contenido esencial como límite**

La propuesta planteada en este trabajo implica restringir, incluso severamente, aquellos derechos fundamentales cuya afectación favorece la calidad del juicio de hecho. De este modo, se está autorizando al Poder, en este caso al Poder Judicial, para intervenir intensamente tales derechos. Sin embargo, y como expresa el profesor De Asís, esa injerencia no puede realizarse de manera ilimitada. Precisamente al contrario, aquella debe estar sometida a ciertos parámetros, uno de los cuales es el contenido esencial de los derechos<sup>26</sup>. Este contenido esencial es límite de los límites, pues limita la posibilidad de limitar<sup>27</sup>.

---

26 En este sentido, expresa el profesor De Asís: "Interesa ahora subrayar cómo a su vez esta limitación del poder no podrá realizarse con plena libertad, sino que tendrá que estar limitada bajo ciertos parámetros. Este parece ser el significado que en nuestro Derecho tiene lo que se denomina como contenido esencial de los derechos fundamentales". Ver DE ASÍS ROIG, Rafael, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Debate, Madrid, 1992, p. 84.

27 DE ASÍS ROIG, Rafael, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Debate, Madrid, 1992, p. 85.



Con miras a precisar el significado de este contenido esencial, el Tribunal Constitucional español ha entregado elementos de análisis tanto positivos como negativos. Así, y en sentido positivo, ha sostenido que se entiende por contenido esencial “aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicos que dan vida al derecho resulten real, concreta y efectivamente protegidos”<sup>28</sup>. En sentido negativo ha planteado que “se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”<sup>29</sup>.

El Tribunal Constitucional chileno, por su parte, ha sostenido que “debemos entender que un derecho es afectado en su “esencia” cuando se le priva de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible y que se “impide el libre ejercicio” en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica”<sup>30</sup>.

Por cierto que en el caso concreto será difícil determinar el contenido esencial de un derecho fundamental que se pretende limitar para lograr el más acertado juicio de hecho que sea posible. En ese evento el propio Tribunal Constitucional español ha sentenciado que, en caso de controversia, a él corresponde determinar cuál es el contenido esencial de cada derecho fundamental<sup>31</sup>. Seguramente la misma potestad puede atribuirse al Tribunal Constitucional chileno, como máximo intérprete de las disposiciones constitucionales del país.

---

28 Sentencia 11/1981, de 8 de abril, fundamento jurídico 8. En el fundamento jurídico 10 se complementa esa noción al explicar que se entiende “por contenido esencial aquella parte del contenido de un derecho sin la cual este pierde su peculiaridad o, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo. Es también aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución se otorga el derecho”.

29 Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, fundamento jurídico 10, en la que transcribe lo dispuesto en la sentencia 11/1981, de 8 de abril.

30 Sentencia rol N° 43, de 24 de febrero de 1987, considerando 21.

31 En este sentido se pronunció en la sentencia 112/2006, de 5 de abril, en cuyo fundamento jurídico 8 reiteró la siguiente doctrina: “No determina la Constitución cuál sea este contenido esencial de los distintos derechos y libertades, y las controversias que al respecto puedan suscitarse han de ser resueltas por este Tribunal” (STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 2)”.

Por tanto, y en suma, el contenido esencial de los derechos opera como límite para la afectación de aquellos derechos fundamentales cuya indemnidad perjudica la determinación de los hechos y la participación.

## 5. CONCLUSIONES

El problema que ha pretendido enfrentar este trabajo, según se expresó en la introducción, es precisar la relación entre derechos fundamentales y esclarecimiento de los hechos en el ámbito penal. Para ser más precisos, se ha intentado responder si la afectación de derechos fundamentales tiene incidencia en la determinación de los hechos investigados y de la participación en los mismos.

La respuesta ofrecida por la doctrina prevaleciente, que también puede ser llamada tradicional, no puede ser compartida. Según se ha visto, sostener de manera necesaria y sin matices una contraposición entre respeto de los derechos fundamentales y menor calidad del juicio de hecho no resulta acertado. El modo en que los derechos fundamentales se relacionan con el esclarecimiento de los hechos impide compartir dicha afirmación.

En efecto, y según se ha mostrado en este trabajo, la indemnidad de algunos derechos fundamentales incrementa la posibilidad de esclarecer los hechos, mientras la indemnidad de otros perjudica esa posibilidad. En consecuencia, el criterio que se propone es el de la distinción entre diversas categorías de derechos fundamentales, separándolos precisamente desde el punto de vista de su incidencia en el esclarecimiento de los hechos.

En cuanto a la aplicación de este criterio, se recomienda al juzgador penal autorizar con flexibilidad las diligencias de investigación que importen afectar la primera clase de derechos fundamentales. Por el contrario, se le sugiere rechazar la realización de aquellas diligencias que impliquen la lesión de derechos fundamentales de la segunda clase. Por cierto este no es el único criterio que debe concurrir para decidir la admisión o rechazo de diligencias de investigación. Sin embargo, se debe tener a la vista como un criterio fundamental si se desea lograr la mejor aplicación posible del Derecho penal material, en lo relativo a la determinación del hecho y de la participación.

Por último, se advierte también, como parte de esta propuesta, que una autorización para afectar derechos fundamentales debe respetar como límite el contenido esencial de los derechos fundamentales. La cláusula de esencialidad opera, en este sentido, como límite de la afectación.

## BIBLIOGRAFÍA

ALBIÑANA OLMOS, Joseph Luis, Las intervenciones corporales en el proceso penal: Las debilidades de los procesos penales nacionales /en/ *Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales*, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla-La Mancha [on line], [citado 10 noviembre 2007]. Disponible en la Word Wide Web: [http://portal.uclm.es/descargas/idp\\_docs/doctrinas/albinana%20es.pdf](http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/albinana%20es.pdf).

BECCARIA, Césare Bonesana Marquez de, *Tratado de los delitos y de las penas*, traducción de Juan Antonio de las Casas, Fabian Di Placido, Buenos Aires, 1998.

DE ASÍS ROIG, Rafael, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

DE ASÍS ROIG, Rafael, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Debate, Madrid, 1992.

EDWARDS, Carlos Enrique, *Garantías constitucionales en materia penal*, Astrea, Buenos Aires, 1996.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Trotta, tercera edición, España, 1998.

GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Problemas de la fijación judicial de los hechos* [on line], [citado 17 julio 2007]. Disponible en la Word Wide Web: <http://www.uv.es/mariaj/razon/razonamientoold/TEMA8.pdf>.

GONZÁLEZ AYALA, María Dolores, *Las garantías constitucionales de la detención. Los derechos del detenido*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Cuadernos y debates, N° 81, Madrid, 1999.

GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María, El proceso penal español y la prueba ilícita /en/ *Rev. Derecho* (Valdivia) [on line], diciembre 2005, vol.18, Núm. 2 [citado 9 noviembre 2007], pp. 187-211. Disponible en la World Wide Web: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502005000200009-&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502005000200009-&lng=es&nrm=iso)>. ISSN 0718-0950.

GUZMÁN FLUJÁ, Vicente C., El agente encubierto y las garantías del proceso penal /en/ *Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales*, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla-La Mancha [on line], [citado 10 noviembre 2007]. Disponible en la Word Wide Web: [http://portal.uclm.es/descargas/idp\\_docs/doctrinas/vicente%20guzman%20es.pdf](http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/vicente%20guzman%20es.pdf).

HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho procesal penal chileno*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2003.

LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás, Las pruebas biológicas en el proceso penal. Consideraciones sobre la identificación por el ADN. /en/ *Revista Derecho y salud*: publicación oficial de la Asociación de Juristas de la salud [on line], julio-diciembre 1995, Vol. 3, Núm. 2 [citado 10 noviembre 2007], pp. 225-234. Disponible en la Word Wide Web: [www.ajs.es/downloads/vol0314.pdf](http://www.ajs.es/downloads/vol0314.pdf).

MARTÍNEZ PÉREZ, Mario Alberto, Diferencia sustancial entre verdad histórica y verdad procesal /en/ Tribunal Superior de Justicia del Estado de Oaxaca, *El Nuevo Proceso Penal en Oaxaca. El Juez de Garantías en el Nuevo Proceso Penal Oaxaqueño* [on line], [citado 25 noviembre 2008]. Disponible en la Word Wide Web: <http://www.juiciooraloaxaca.gob.mx/Publicaciones/55revistajussemperloquitur/DIFERENCIA%20SUSTANCIAL%20ENTRE%20VERDAD%20HISTORICA%20Y%20VERDAD%20PROCESAL.pdf>.

MORENO CATENA, Víctor, Presente y futuro del proceso penal español /en/ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XCVI - Núm. 2 (1999), Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000, pp. 69-90.

MUÑOZ-CONDE, Francisco, *Búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, mayo de 2000.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José, *Policía judicial y derecho a la intimidad en el seno de la investigación criminal* /en/ *Eguzkilore (Flor protectora contra las fuerzas negativas)*, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología [on line], octubre 1997, Núm. 10 extraordinario [citado 10 noviembre 2007], pp. 121-160. Disponible en la Word Wide Web: [www.sc.ehu.es/scrwwwiv/Eguzkilore/10%20ext/Subijana%20\(castellano\)%2010%20ext.pdf](http://www.sc.ehu.es/scrwwwiv/Eguzkilore/10%20ext/Subijana%20(castellano)%2010%20ext.pdf).

VACANI, Pablo Andrés, *Hacia un cambio metodológico. Análisis de las prácticas penitenciarias y judiciales a la luz de la lógica de los campos*, INECIP (Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales) [on line], [citado 7 noviembre 2007]. Disponible en la Word Wide Web: [www.inecip.org/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_download&gid=53](http://www.inecip.org/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=53).

VIDAL FUEYO, María del Camino, *Imprevisión legislativa, derechos fundamentales y proceso penal* [on line], [citado 10 noviembre 2007]. Disponible en la Word Wide Web: [www.congreso.us.es/cidc/Ponencias/fundamentales/MariaVidal.pdf](http://www.congreso.us.es/cidc/Ponencias/fundamentales/MariaVidal.pdf). También disponible /en/ *Derecho constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (coord. Por Manuel Carrasco Durán, Francisco Javier Pérez Royo, Joaquín Urías Martínez, Manuel José Terol Becerra) Vol. 1, 2006, págs. 1425-1440 ISBN 84-9767-692-0.

ZULUAGA TABORDA, John E., *Comentarios a la función de control de garantías. A propósito de la ley 906 de 2004 o "Sistema procesal penal acusatorio"* /en/ *Revista Co-Herencia*, Universidad EAFIT [online], Núm. 6 [citado 10 noviembre 2007]. Disponible en la Word Wide Web: <http://www.eafit.edu.co/NR/rdonlyres/D5E919D8-B640-4BF5-A69C-DB66CD177B28/0/funci%C3%B3ndecontroldegarant%C3%ADasIII.doc>.



# DERECHO PENAL MÍNIMO Y BIENES JURÍDICOS FUNDAMENTALES\*

**Prof. Luigi Ferrajoli**

Profesor de la Universidad de Camerino, Italia.

## I. CUATRO CUESTIONES EN EL TEMA DE BIENES JURÍDICOS

Desde hace algunos años asistimos, en Italia, Alemania y España, a un nuevo despertar de intereses y reflexiones teóricas y empíricas por parte de penalistas, sociólogos y filósofos del Derecho, acerca del problema del bien jurídico. En torno a este problema viene a la vez tematizada la función -utilitaria y garantista- del Derecho Penal como técnica de tutela de los ciudadanos contra la ofensa de derechos subjetivos e intereses fundamentales, sea individuales o colectivos. La idea del bien jurídico que se remite al principio de la ofensividad de los delitos como condición necesaria de la justificación, de las prohibiciones penales, se configura como límite axiológico externo (con referencia a bienes considerados políticamente primarios) o interno (con referencia a bienes estimados, constitucionalmente protegidos) del Derecho Penal.

Por otra parte las políticas del Derecho Penal parecen orientarse hoy en sentido diametralmente opuesto. En efecto, prosigue la expansión incontrolada de la intervención penal que parece haber llegado a ser, al menos en Italia, el principal instrumento de regulación jurídica y de control social, aunque sólo sea por la total ineficiencia de los otros tipos de sanciones: civiles, administrativas, disciplinarias, políticas. Desde las pequeñas infracciones contravencionales hasta las variadas formas de ilícitos en materia monetaria y comercial, desde la tutela del ambiente y de otros intereses colectivos hasta la represión de las desviaciones políticas y administrativas de los poderes públicos, cada vez más la sanción penal aparece como la única forma de sanción y la única técnica de responsabilización dotada de eficacia y de efectividad. De ahí ha resultado tal inflación de los intereses penalmente protegidos,

que se ha perdido toda consistencia conceptual de la figura del bien jurídico.

Esta distancia entre las aspiraciones teóricas de la cultura penalista de inspiración garantista y las tendencias prácticas de los sistemas penales, exige que el problema del bien jurídico, que es el problema de los fines del Derecho Penal, sea repensado y analizado en los distintos niveles (axiológico, jurídico-positivo y sociológico) de la reflexión penal. Empecemos diciendo que bien jurídico es una palabra densamente valorativa. Decir que un determinado objeto o interés es un bien jurídico, equivale a expresar sobre él un juicio de valor; decir que es un bien jurídico penal, equivale a expresar un juicio de valor penal, es decir una justificación de su tutela mediante prohibiciones y punitivas de su infracción. Se entiende así el significado axiológico de "límite" o "garantía" del concepto de bien jurídico: "un objeto debe ser un bien jurídico porque su tutela penal esté justificada", pero ¿cuáles son los ámbitos de operatividad de tal concepto y, en relación con ello, los parámetros de legitimación jurídica y política de las normas penales? para responder estas preguntas conviene distinguir cuatro órdenes de cuestiones que corresponden a otros tantos niveles de discurso y poseen por ello un diferente estatuto lógico y semántico:

- a) Si deben existir bienes, y cuáles, para justificar moral y políticamente las prohibiciones penales.
- b) Si existe un cierto ordenamiento el vínculo normativo del daño a ciertos bienes, y a cuáles para legitimizar constitucionalmente las leyes penales.
- c) Si un cierto ordenamiento tutela legalmente los bienes determinados como se fijó arriba, y cuáles otros bienes o no bienes tutela dicho ordenamiento.
- d) Qué cosa, es decir, cuáles bienes o no bienes tutela efectivamente dicho ordenamiento.

De estas cuatro cuestiones, la a) es de carácter ético-político, la b) de carácter jurídicoconstitucional, la c) jurídico-penal; y, la d) de carácter sociológico o factual. Además, mientras a) es jurídicamente axiológica, las otras son descriptivas, aunque con referencia a universos distintos, esto es, a la constitución, a las leyes ordinarias y a la realidad social; pero la respuesta a cada una de las tres primeras tiene un valor axiológico con respecto a la última. En fina, mientras



la primera y la última cuestión expresan un punto de vista externo (que es, por su orden, de tipo axiológico y de tipo fenomenológico), la segunda y tercera expresan un punto de vista interno al ordenamiento, relativo en la primera a lo que el Derecho Penal “debe ser” sobre la base de la constitución, y la segunda a lo que el Derecho Penal es sobre la base de las leyes. Es inútil decir que muchas de las incomprendiones, equívocos y dificultades que se presentan en las discusiones sobre el bien jurídico en Derecho Penal se originan en el hecho de que estas cuestiones, las cuales admiten diversidad de respuestas sobre la base de indagaciones y o de argumentos diversos, son frecuentemente tratados confusamente.

## **2. EL PROBLEMA AXIOLÓGICO DE LA OFENSIVIDAD DE BIENES FUNDAMENTALES**

De nuestros cuatro órdenes de problemas, el primero se refiere a la justificación externa o ético-política de las prohibiciones penales. Su distinción respecto del segundo y tercer problema, que se refieren a la legitimación interna o jurídica de las normas penales, es esencial en mi opinión para no caer en formas más o menos enmarcadas de legalismo ético. Mientras se confunden estos diferentes órdenes de problemas (uno de ética-normativa, los otros de ética-descriptiva) se continuará inevitablemente a afrontar con óptica legalista los problemas ético-políticos de la justificación del contenido de las prohibiciones, y con óptica justificacionista los problemas jurídicos de los intereses y no intereses tutelados por las leyes positivas; y la fórmula del “bien”, así como las del “daño” y de la “ofensividad”, girarán en el vacío sustrayéndose por igual a la carga de la justificación y a la del reconocimiento de los bienes jurídicos tutelados penalmente.

El problema filosófico de la justificación axiológica externa de las prohibiciones penales fue un problema central en el pensamiento iluminista, el cual, como se sabe formuló por primera vez el principio de ofensividad penal sobre la base de una firme opción utilitaria. Sólo el daño causado a otros (afirmaron concordamente Croccio, Hobbes, Pufendorf, Tomasius, Beccaria y Benthan) puede justificar la prohibición y la punición de un comportamiento. Es claro que semejante principio, con el cual se postuló la secularización del Derecho y su separación de la moral es ya de por sí un potente criterio de delimitación cualitativa de la esfera penal que valió para excluir de ella todos los comportamiento sólo

inmorales, los actos contra uno mismo, los vicios y las inclinaciones malas, los actos internos, los estados de ánimo, etc. Al mismo tiempo, en cuanto implica un balance entre el costo de las penas y el de los daños prevenidos por ellas, el principio de utilidad sirve además para delimitar cuantitativamente la esfera del Derecho Penal caracterizándolo como *iusnecessitatis* sólo permitido como remedio extremo para las violaciones más graves y no prevenibles por otros medios. “Oficio de las leyes, que son reglas autorizadas (escribió Hobbes) es hacer que los ciudadanos no se perjudiquen unos a otros..., de modo que una ley que no es necesaria, por faltarle el verdadero fin de la ley, no es buena. Todo acto de autoridad de hombre a hombre que no derive de la absoluta necesidad es tiránico”, afirma Beccaria citando a Montesquieu; además, agrega “prohibir una multitud de acciones indiferentes no es prevenir los delitos que no pueden nacer sino crear otros nuevos”. Y Bentham polemiza duramente, en nombre del principio de utilidad, contra la tendencia de muchas leyes de su tiempo de castigar una cantidad innumerable de violaciones fútiles y pueriles.

Mucho más difícil es el problema de “cuáles deben ser” los tipos de bienes cuya tutela justifica la prohibición, como delitos, de los comportamientos que los ofenden. Aquí el principio de utilidad, que responde al problema de si debe existir cierto bien como objeto de tutela de las prohibiciones penales, no ayuda en nada, en efecto, el problema es precisamente el de los criterios de utilidad con base en los cuales reconocer un bien como merecedor de tutela penal. Según el pensamiento iluminista (de Tomassius, Feuerbach y Humboldt, de Bentham y Condorcet, a Filangieri, Romagnosi, Pagano y Carmignani) el objeto del delito deber ser necesariamente un derecho subjetivo natural de la persona: comprendidos en esta expresión los bienes fundamentales indicados por Locke como aquellos para cuya tutela se constituye el Estado, esto es “la vida y cuanto contribuye a su conservación, como la libertad, la salud, los miembros del cuerpo o los bienes”. Como se sabe, esta noción restringida sufre después una parábola al término de la cual perdió todo valor axiológico: extendiéndose primero, con Birnbaum, a cualquier “bien que debe ser tutelado por el Estado”; con Hegel abstractizándose y llevando su referencia empírica de “lo que es justo en su existencia” al “derecho en sí”, de la parte lesionada “al universal lesionado”, y siguiendo las huellas de Hegel, perdiendo todo vínculo con los intereses materiales de los individuos de carne y hueso y

llegando a comprender, para Ihering “todo lo que puede servir al interés del Estado” y Binding todo lo que “tiene valor a los ojos del legislador”; en fin, en las doctrinas fascistas y nazis, identificándose directamente con el interés del Estado o peor aún con el sentimiento del deber y de la fidelidad a su jefe, de manera que pasa de ser criterio de delimitación y deslegitimación externa, a ser un instrumento autoreflexivo de legitimación ético-político del poder punitivo.

Frente a estas perversiones ético-estatalistas, el primer objetivo de la cultura penal-democrática de la segunda post-guerra fue por un lado restaurar la referencia semántica del concepto de “bien” a situaciones objetivas y a intereses de hecho, independientes de las (o preexistentes a las) normas jurídicas; por el otro, restituir a dicho concepto relevancia crítica y función axiológica, aunque sólo sea como límite interno referido a valores o bienes constitucionales. Esta identificación del horizonte axiológico de los bienes jurídicos con la constitución me parece, por otra parte, un residuo de legalismo ético, aunque ello sea en la versión progresista del constitucionalismo ético. En efecto, si se comparte en todos sus sentidos el principio de separación entre Derecho y moral, la determinación de los bienes jurídicos merecedores de tutela penal no puede depender ni ser condicionada de lo que dicen las normas positivas, aunque sean de rango constitucional, sino que debe elaborarse autónomamente, prescindiendo del ordenamiento que tenemos en frente.

Es claro que aquí entran en juego las diversas concepciones y opciones políticas sobre las funciones del Estado en el tema del control punitivo y más en general sobre las relaciones entre Estado y ciudadano y entre poder y libertad. Una visión teológica o ética o de cualquier modo idealista del Estado será llevada a reconocer un bien merecedor de tutela en cualquier cosa que guste al soberano, y una ofensa en cualquier cosa que le disguste. Pero según Guiseppe Maggiore, penalista fascista y católico “todo delito es en definitiva un delito de felonía, un crimen de lesa majestad”.

Resultados no muy distintos, como se ha visto, ha tendido gran parte de la cultura penalista del último siglo, la cual, elaborando sobre bases jurídico-formales, doctrinas políticas o sustanciales del bien jurídico, llega a concebir el Estado como bien supremo y su interés o su voluntad como valores a priori, transmutando de este modo la legitimación externa con la interna y pasando del positivismo

jurídico al estatismo ético. Por el contrario, una concepción laica y democrática del Estado y del Derecho Penal puede justificar solamente prohibiciones dirigidas a impedir ofensas a los bienes fundamentales de la persona, entendiendo por ofensa no sólo el daño sufrido sino también el peligro corrido. Obviamente el problema es qué entender por "bienes fundamentales de las personas". Es claro que se trata de una noción que incluye todos los "derechos fundamentales", no sólo los clásicos derechos individuales y liberales sino también los colectivos y o sociales, como los derechos al ambiente, a la salud, etc. Pero también incluye bienes que no son derechos, como el interés colectivo en una administración no corrupta de los asuntos generales, interés ciertamente fundamental para todas las personas. Entonces podemos llamar principio de ofensividad personal a ésta reformulación del concepto axiológico de bien jurídico penal, tanto porque con base en él no se conciben objetos o sujetos dañables que no sean o no se refieran más o menos directamente a las personas, como por qué en base en él cualquier cosa es un bien, sólo si lo es para las personas y refleja los intereses individuales o colectivos de éstas.

Naturalmente que el criterio resulta un poco genérico e indeterminado. Se lo puede precisar afirmando que ningún bien justifica una protección penal si su valor no es mayor al de los bienes que resultan negados mediante las penas. Obviamente tal comparación no es posible de modo riguroso sino sólo a través de juicios de valor. Esto no quita, como veremos que el mismo pueda actuar como poderosa "navaja de Occam" en relación con la crisis inflacionaria que hoy obliga a la justicia penal.

### **3. EL PROBLEMA CONSTITUCIONAL DE LA GARANTÍA DE LA OFENSIVIDAD PENAL**

Otro orden de problemas es el expresado por la pregunta de si en un determinado ordenamiento existe el límite interno de la ofensividad de un cierto bien y cuáles son los bienes a cuya tutela las leyes están vinculadas. Ambas cuestiones atañen a las condiciones de legitimidad interna de las prohibiciones tal como pueden apreciarse no por medio de juicios de valor sino a través de aserciones basadas en el análisis de las leyes positivas; y por ello admiten soluciones diversas según los ordenamientos de que se hable. Por ejemplo en muchos ordenamientos socialistas el requisito de la ofensividad aunque no sea personal se

encuentra enunciado expresamente en los códigos penales en los que sin embargo no figura como un elemento estructural del delito sino como una condición en cuya ausencia tiene lugar una discriminante sometida a la valoración prudencial equitativa del Juez.

En nuestro Código Penal, el mismo principio, aun cuando no expresado explícitamente, ha sido reconocido por una reciente doctrina en los artículos 43 y 49, 2do. Apartado, que requieren uno la existencia y el otro la posibilidad de un “resultado dañoso y peligrosos” como elemento estructural del delito. Más discutible es si dicho principio ha sido constitucionalizado en nuestro ordenamiento. Ciertamente que nuestra Constitución aun vinculando el contenido de las prohibiciones penales al respeto de muchos otros principios (de libertad, igualdad, etc.) no contiene ninguna norma que enuncie expresamente el vínculo de la ofensividad personal. Pero se ha sostenido autorizadamente que el principio en nuestra Constitución la cual excluye (sobre todo con los artículos 13, 25, 27) que el bien constitucional primario de la libertad personal pueda ser privado por medio de penas detentivas, sino es para tutelar bienes jurídicos que a su vez son constitucionalmente relevantes. Si se comparte esta tesis, puesto que el valor constitucionalmente más relevante es el de la persona humana, también nuestro principio de justificación externo de la ofensividad personal recibe fundamento constitucional aunque sea directo. En todos los casos, más allá de los argumentos textuales, sería ilógico pensar que la constitución pueda admitir privaciones de aquel bien constitucionalmente relevante que es la libertad personal, salvo para prevenir lesiones de bienes de rango igualmente constitucional. También el criterio de la comparación, mediante juicios de valor, entre costos de las penas y costos de los delitos prevenidos por ellas tiene, consiguientemente, un fundamento constitucional.

#### **4. EL PROBLEMA DE LOS BIENES JURIDICOS LEGALMENTE TUTELADOS POR EL DERECHO PENAL**

Es una cuestión completamente diferente sí, y en qué medida, un determinado sistema jurídico satisfaga el principio de ofensividad, es decir, tutela legalmente los bienes, en particular constitucionales y más en particular los que interesan a las personas. La respuesta es por desgracia negativa, lo cual equivale a una pesada censura de ilegitimidad, político constitucional del ordenamiento penal positivo.

Como ya se dijo, nuestro sistema penal, como muchos otros, desde hace muchos decenios ha sufrido una creciente crisis inflacionista. Esta crisis se ha manifestado en una extensión de los bienes penalmente protegidos en tres direcciones: ha habido una expansión inflacionista de la cantidad de los bienes jurídicos penalmente tutelados. Por un lado a través del incremento (expresión de una concepción autoritaria del Estado) de delitos sin daño, como los que ofenden entidades abstractas como la personalidad del Estado, la moralidad pública, etc.; por el otro, a través del aumento incontrolado, provocado por la incapacidad del Estado de intervenir con sanciones administrativas, de los delitos contravencionales, con frecuencia consistentes en infracciones de poca monta o en meros ilícitos de desobediencia. En segundo lugar ha habido una extensión indeterminista del campo de denotación de los bienes tutelados, a través de uso de términos vagos, imprecisos o peor aún, valorativos, que derogan la estricta legalidad o taxatividad de los tipos penales, permitiendo amplios espacios de discrecionalidad o de inventiva judicial: piénsese, para dar sólo dos ejemplos, en los diversos delitos asociativos y en las variadas figuras de peligrosidad social. En tercer lugar tenemos una cada vez más difundida anticipación de la tutela de los bienes, mediante la configuración de delitos de peligro abstracto o presunto, caracterizados por el carácter altamente hipotético y hasta improbable de la lesión del bien; con un reflejo inmediato sobre la taxatividad de la acción que se desvanece en figuras abiertas o indeterminadas del tipo de los “actos preparatorios” o “dirigidos a” o “idóneos para poner en peligro” o similares. Sin contar con la persistencia en nuestro ordenamiento, de residuos premodernos como las previsiones de delitos consistentes en hechos dirigidos contra sí mismo, desde la ebriedad, al uso de estupefacientes, además de todos los delitos de opinión y contra la religión. El resultado de semejante inflación, apenas afectada por las distintas leyes de penalización promulgadas en los años pasados, es puramente la vanificación del concepto de “bien penal” como criterio axiológico de orientación de las opciones penales. Una innumerable cantidad, del todo casual y contingente, de bienes equivale en efecto a la falta total de valor asociado a la idea del bien como límite axiológico del Derecho Penal. Y señala la sobrecarga de funciones del todo impropias que pesan una vez más sobre nuestra justicia penal.

El análisis de los bienes, valores o privilegios legalmente tutelados revista por otra parte una importancia no sólo científica sino también

política formando el presupuesto de toda valoración crítica del Derecho vigente y de toda consiguiente perspectiva de reforma. Si es verdad, como escribió brutalmente Ihering, que “la tarifa de la pena mide el valor de los bienes sociales” y que “poniendo en un lado los bienes sociales y en el otro las penas se obtiene la escala de valores de una sociedad” resulta difícil negar el carácter pletórico, antiliberal, irracional y tendencialmente clasista de la escala de los bienes tutelados por nuestro Derecho Penal y el escaso valor que éste asocia a la libertad personal, privada por virtud de penas detentivas, aún por infracciones levisimas, y es fácil reconocer el contraste entre esta escala de valores y la sugerida por nuestra constitución, la cual, en cambio, confiere el primer rango a la libertad personal y la dignidad de la persona.

## **5. EL PROBLEMA DE LOS BIENES EFECTIVAMENTE TUTELADOS POR EL DERECHO PENAL**

La cuarta cuestión enunciada al comienzo es independiente de las que hemos examinado hasta ahora: si el Derecho Penal tutela efectivamente bienes jurídicos y ¿cuáles son estos bienes? Se trata, como lo he dicho de una cuestión empírica de tipo sociológico, que es resuelta sobre la base de lo que efectivamente ocurre: no con referencia al Derecho en general, sino al Derecho Penal positivo de cada ordenamiento singular, una investigación semejante es muy problemática. Para verificar si existen y cuáles son, los bienes jurídicos efectivamente protegidos en un ordenamiento penal tendríamos que ser capaces de comprobar, ya no cuáles son las violaciones de las leyes penales descubiertas y penalmente sancionadas, sino por el contrario cuáles y cuántas son (admitido que las leyes penales de que se trata prohíban comportamientos que lesionan cierto objeto que merece ser calificado como bien jurídico; lo que constituye la segunda de nuestras cuatro cuestiones) las observaciones de tales leyes inducidas por las mismas y por amenaza de las penas previstas en ellas. En efecto, las funciones de tutela del Derecho Penal no son satisfechas por las penas sino por las prohibiciones en la medida en que se considere que las penas son instrumentos idóneos, al menos en parte, para hacer respetar las prohibiciones, es decir, en la medida en que se acoja el paradigma general preventivo de la función de las penas.

Está claro que esta investigación es imposible. Los beneficios del Derecho Penal pueden ser sólo supuestos equivaliendo a la falta de

lesiones de bienes jurídicos asegurados por la existencia del Derecho Penal, o bien a las lesiones que por el contrario se producirían si aquel faltara. Lo que podemos comprobar empíricamente en base en las violaciones penales y de sus puniciones son únicamente sus desventajas, es decir:

- a) El grado de ineffectividad de las prohibiciones penales, o bien la cantidad de las lesiones de los bienes jurídicos cometidas a pesar de la amenaza de la penas;
- b) Los costos del Derecho Penal para los transgresores, así como para los sujetos injustamente acusados, es decir, los sufrimientos y las restricciones padecidos por ellos con el proceso y con la pena;
- c) en fin, los costos de la máquina penal para la sociedad.

Además, podemos afirmar con certeza, puesto que las praxis están siempre en un escalón más abajo que la legalidad formal, que la tutela efectiva de bienes jurídicos asegurada por cualquier Derecho Penal es siempre inferior a la legal; mientras que la suma de los costos efectivamente sufridos es siempre ampliamente superior respecto a los costos penales legalmente previstos.

## **6. BIENES PENALES FUNDAMENTALES Y PROHIBICIONES MINIMAS NECESARIAS**

En este punto podemos medir la distancia entre el principio axiológico de ofensividad enunciado en el plano ético político con referencia a bienes asumidos como fundamentales, y el grado de tutela efectiva ofrecida a tales bienes por la práctica penal. Más exactamente podemos medir: a) la distancia entre tal principio y el equilibrio aún constitucional de cada ordenamiento penal, en el que se estime que el vínculo de la ofensividad no esté normativamente incorporado en este; b) donde tal vínculo esté en cambio incorporado como principio constitucional, la distancia entre los bienes constitucionales a los que éste limita la tutela penal y las minadas de bienes incluso inconsistentes, tutelados por la ley; c) en fin, la distancia entre bienes legalmente y los efectivamente tutelados.

La primera diferencia contradice los fines justificantes del Derecho Penal o bien sus fundamentos axiológicos externos, y es, como tal, un factor de ilegitimidad ético-político; la segunda diferencia contradice



sus fines constitucionales, o bien sus fundamentos axiológicos internos y es, en cuanto tal, un factor de ilegitimidad constitucional; el tercero contradice sus fines legales y es por ello un factor de ilegitimidad legal. Todas las falacias ideológicas que afligen a las doctrinas y a las discusiones alrededor del bien jurídico dependen, en mi opinión, de no comprender estas diferencias y de las consiguientes confusiones entre los diversos niveles de discurso a que ellos se refieren: o por adormecerse en la doctrina normativa (meta jurídica o también constitucional) del bien jurídico, ignorando la realidad de las leyes y de las praxis penales, o peor aun falseando la primera como descriptiva de la segunda, o por registrar descriptivamente los bienes y los no bienes tutelados o no tutelados por las leyes vigentes y por las prácticas efectivas bloqueando su dimensión axiológica violada y, en consecuencia, los perfiles de la ilegitimidad política y constitucional. Que son, en fin, falacias ideológicas por violación de la ley de Hume que resultan de la indebida derivación del ser al del deber ser y viceversa.

Por el contrario, una doctrina garantista del bien jurídico debe tematizar aquella triple diferencia y sus correspondientes perfiles de ilegitimidad para procurar su eliminación o al menos su reducción. Es de este modo que la doctrina del bien jurídico puede valer como instrumento de crítica sea política o constitucional de las leyes y de las prácticas vigentes, en una perspectiva de Derecho Penal mínimo: por las prohibiciones, como por las penas y los juicios. En esta perspectiva, toda nueva fundamentación del derecho penal debe partir de la valoración de la jerarquía de los bienes, base de la jerarquía de las prohibiciones vigentes y de las penas legalmente establecidas, y proceder luego a reelaborar la lista de los bienes fundamentales considerados merecedores de tutela. Al mismo tiempo, semejante reformulación supone una revaloración de los bienes sustraídos a las penas, ya que, la relación entre delitos y penas señala no sólo el valor social asociado a los bienes ofendidos por las primeras, sino también el valor asignado a los bienes sustraídos de las segundas. Y es claro que el grado de civilización de un ordenamiento se mide sobre todo por este segundo valor y por ende, por la economía de las prohibiciones y de las penas, o bien por el grado de tolerancia social expresado ante la conducta desviada sobre todo si esta no ofende los derechos fundamentales de las personas.

Un programa de Derecho Penal mínimo debe entonces apuntar hacia una masiva deflación de los bienes penales actualmente

tutelados por la ley, por lo tanto a una drástica reducción de las prohibiciones legales, como condición de su legitimidad política y jurídica. Para tal fin, nuestro principio de ofensividad personal (que supone una noción de bien jurídico ciertamente más extenso que la del derecho subjetivo indicada por Feuerbach, pero más restringida que la genérica e indeterminada sugerida por Birnbaum, para no hablar de otras elaboradas después, tiene el valor de una cortante navaja de Ocam idónea para excluir como justificadas muchas figuras penales consolidadas, o en otros casos, para restringir su extensión mediante profundos cambios de estructura). Creo que puedo indicar al menos tres clases de delitos respecto de los cuales se ejercita la función minimizadora de nuestro principio en la esfera de la relevancia penal.

La primera minimización es de carácter cuantitativo. La clase más numerosa de delitos cuya prohibición resulta deslegitimada por nuestro principio de ofensividad personal es la de todos los delitos bagatelarios (sin valor), los cuales no justifican ni el procedimiento penal ni la pena: en particular, la entera categoría de las contravenciones y junto a ella la de los delitos sólo punibles con multa o alternativamente con multa y prisión, las cuales serían todas despenalizadas en nombre de la máxima economía del instrumento penal y de la reducción de las prohibiciones al mínimo necesario. En efecto, es evidente, en una perspectiva de Derecho Penal mínimo que si el legislador prevé un ilícito como contravención y o fija para él una sanción pecuniaria quiere decir que éste ilícito no es considerado por él como ofensiva de bienes fundamentales y que el Derecho Penal es un instrumento desproporcionado para prevenirlo, en otras palabras podemos decir que ningún bien o derecho que sea considerado fundamental, es decir, merecedor de tutela penal, puede ser monetizado de modo que la previsión misma de penas pecuniarias y de delitos sancionados con ellas indica o un defecto de punición (si el bien protegido es considerado fundamental) o un exceso de prohibición (si tal bien no es fundamental) y entonces contrasta en todo caso con el concepto mismo del bien penal protegido y con el relativo principio de ofensividad. Deseo insistir sobre el efecto de extraordinaria simplificación y racionalización del sistema penal que resultaría de la supresión de esta enorme cantidad de ilícitos casi siempre artificiales, sobre todo se reduciría la esfera de los errores inevitables de la ley penal que justamente una reciente sentencia de nuestra Corte Constitucional ha declarado excusables. Sería superada toda la compleja problemática

teórica originada en las “sanciones sustitutivas” aplicables con discutible discrecionalidad o peor aún mediante pactos, como alternativa a las penas así como por los procedimientos sumarios previstos para tales delitos. En fin, adquiriría una mayor linealidad y unitariedad la relación entre delito, proceso y pena: ilícito serían sólo los delitos con los requisitos subjetivos y objetivos requerido para ello; penas serían sólo restricciones de la libertad, de tipo detentivo o de otros tipos; proceso sería sólo el procedimiento dirigido a limitar la libertad personal para tutelar bienes penales fundamentales.

La segunda minimización es de carácter cualitativo. De las innumerables abstracciones catalogadas por nuestro Código y otros Códigos Penales como “bienes jurídicos”, y como títulos de otras tantas clases de delitos (la personalidad del Estado, administración pública, la actividad judicial, la religión del Estado, la piedad de los difuntos, el orden público, la incolumidad pública, la fe pública, la economía pública, la industria y el comercio, la moral y las buenas costumbres, el pudor y el honor sexual, la integridad y salud de la estirpe, la familia, el matrimonio, la moral familiar, el Estado de familia, la asistencia familiar, el patrimonio y, sólo al final la integridad física de las personas) nuestro principio de ofensividad personal permite considerar “bien jurídico” sólo aquellos cuya lesión se concreta en un daño para las personas de carne y hueso. Puesto que el hombre no fue hecho por el Estado o para otras abstracciones similares sino que el Estado y las otras Instituciones fueron hechos por el hombre. En particular, la clase más notable de normas penales que resulta sin justificación si se sigue tal principio es aquella que en Italia fue producida aluvionalmente por la codificación fascista y por la reciente legislación de emergencia bajo la etiqueta de los “delitos políticos o contra la personalidad del Estado”. En la medida en que no existe ni una persona identificable con el Estado, ni mucho menos un bien o un valor asociable con ella en cuanto tal, estos delitos (frecuentemente configurados en términos vagos y valorativos y por ello también en contraste con el principio de estricta legalidad) están en su mayor parte privados de objeto y por ende de razón de ser. Precisamente algunos de ellos, como los delitos asociativos y los atentados, son duplicaciones de otros delitos o tentativas llamados “comunes”; otros, como los vilipendios, ultrajes (en cuanto son castigados más duramente que las simples injurias) y en general los delitos de opinión, están provistos para tutelar privilegios

e inmunidades que no sólo contradicen los principios de libertad e igualdad, sino que no integran ningún bien jurídico para ninguna persona y mucho menos para los ciudadanos comunes.

La tercera minimización es de carácter estructural. Y se deriva del cambio de estructura que impone el requisito de la ofensividad personal a varias clases de delitos. Me refiero sobre todo a los delitos de "atentado" que nuestro Código define como "actos dirigidos a..." realizar determinadas lesiones -incluyendo allí aún los actos preparatorios y las ideaciones, sin tomar en cuenta el peligro corrido por los bienes atacados y que serían reformulados como "actos idóneos para..." producir tales lesiones; es decir, serían transformados en figuras de "tentativa" y por lo tanto suprimidos, puesto que, como ya observé, la tentativa ha sido prevista en general para todos los delitos. Pero lo mismo cabe hacer con todos los llamados "delitos de peligro abstracto" o "presunto" en los que el peligro tampoco es requerido como algo concreto, como "peligro corrido" por el bien jurídico, sino que es presumido en abstracto por la ley, de manera que, en los casos en que ese peligro no exista de hecho, se castiga la mera violación formal de la ley por parte de una acción inofensiva de por sí. Si se quiere aplicar el principio de ofensividad, también estos delitos tendrían que ser reestructurados como delitos de daño, por lo menos, de peligro concreto, según sea que el bien jurídico merezca una tutela limitada al daño o anticipada a su mera puesta en peligro: por ejemplo la previsión del delito de "actos obscenos" sólo justifica si es construido como un delito de daño contra la persona, es decir, para impedir actos de exhibición o de algún modo lesivos de la libertad de terceros que no consintieron; mientras que en la forma del delito de peligro abstracto en que está configurado en nuestro Código, el "acto obsceno" ofende solamente la "moralidad pública", es decir, no causa ningún daño, "salvo para los neuróticos que como dice el Prof. Herbert L. A. Hart- se afligen de sólo pensar que alguien esté violando en privado la moral". Finalmente, en otros casos como los delitos de asociación, de conspiración, de instigación, de insurrección, de guerra civil- no basta ni siquiera que sea expresamente requerida la comprobación del peligro corrido en concreto por el bien jurídico tutelado: es decir, no basta que el peligro no sea presumido por la ley, como en nuestro ordenamiento, sino que debe ser concretamente probado por el acusador o, al menos, desmentible por parte de la defensa. En

efecto, como ha sido observado, en tales casos el peligro concreto no se presta a una prefiguración legal taxativa, y su comprobación tiende inevitablemente a recalcar el modelo penal del “tipo de autor”, basado en la valoración inevitablemente arbitraria de la personalidad del imputado. Agréguese que estos delitos, y típicamente los “delitos asociativos”, si no conllevan una duplicación de la responsabilidad por los delitos comunes a través de los cuales se realizan las actividades subversivas o insurreccionales, actúan de hecho como delitos “de sospecha”, sustitutos de otros delitos más concretos no sometidos a juicio por falta de pruebas. De donde resultan lesionadas, como lo ha mostrado la experiencia italiana de estos últimos años, también todas las garantías procesales, desde la presunción de inocencia a la carga de la prueba y el derecho de defensa. Y esta es una razón de más (que se agrega a la ausencia de autónoma ofensividad y a veces de materialidad) que hace inaceptable todo proyecto de reforma estructural de estos delitos y que más bien aconseja su supresión.

En conclusión, el principio de ofensividad personal, entendido en el sentido que aquí se ha explicado, tiene el valor de un criterio polivalente de minimización de las prohibiciones. Y equivale, por ello, a un principio de tendencial tolerancia social de la conducta desviada. Si el Derecho Penal es el remedio extremo, deben reducirse a ilícitos civiles todos los actos que de alguna manera admiten reparación, y a ilícitos administrativos todas las actividades que violan reglas de organización de los aparatos, o normas de correcta administración, o que produzcan daños o bienes no primarios, o que sean sólo abstractamente presumidas como peligrosas; evitando, obviamente, el conocido “engaño de las etiquetas” consistentes en llamar “administrativas” sanciones que son sustancialmente penales porque restringen la libertad personal. Sólo una reducción semejante de la esfera de la relevancia penal al mínimo necesario *puede restablecer la legitimidad y la credibilidad al Derecho Penal.*

\* Traducción del profesor Walter Antillón M., de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.



# ENCLAVES MALL: MERCANTILIZACIÓN DEL MUNDO Y DEGRADACIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES

**Luis González Placencia**

Profesor Investigador Titular B de Tiempo Completo en el Centro de Estudios Jurídico-Políticos de la Universidad Autónoma de Tlaxcala.

## 1. INTRODUCCIÓN

Los derechos humanos forman parte de los dispositivos de los que la modernidad ha dado cuenta para el desarrollo del principio del Mercado en el capitalismo moderno. Entender esto me parece crucial. Aunque cueste reconocerlo, los derechos sólo han sido emancipadores hasta en tanto no se tornan ellos mismos reguladores del *statu quo*. Comprender esto significa entender el peligro de la sacralización de los derechos humanos. En este sentido, Arendt (1968 [1951]), Bobbio (1991), Ferrajoli (2006) y Agamben (2010 [1996]), cada uno desde su campo de preocupaciones y desde su propio tiempo, coinciden al señalar la paradoja que implica un momento histórico – de la posguerra a nuestros días – en el que la humanidad ha positivado un número creciente de derechos en instrumentos internacionales así como en las constituciones nacionales y en el que, al mismo tiempo, atestiguamos que su violación es continua e impune.

De hecho, es notoria la manera en la que los estados encuentran justificaciones para su violación legal o de facto, cuando ven amenazados sus propios intereses. Sin embargo, y sin menosprecio del alto valor que las violaciones graves a estos derechos tienen, el contexto contemporáneo ha sido especialmente proclive a la violación estructural, sistemática y generalizada de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), en una dimensión tal, que

no encuentro exagerado decir que, de no ser porque estos derechos son continuamente violados, la forma que ha asumido el capitalismo en la época actual sería prácticamente inviable.

## 2. EL MERCADO Y LOS DESCAs

Construyo este argumento a partir de la idea de que es posible identificar un cambio en la relación que el mercado ha sostenido con el planeta a partir de su liberalización después de la Segunda Guerra Mundial. Este cambio presenta dos vertientes: una psicológica, que ha dado lugar a una suerte de contexto cultural del capitalismo posmoderno; y una material, que plantea una radicalización de su modelo de acumulación. Este cambio no es casual, obedece, por una parte, a que el intento de Occidente de realizar los DESCAs como un programa asistencial, justificado de diversas maneras para *remediar* la pobreza y la exclusión, tanto como para *prevenir* la delincuencia y la desviación, se vino abajo, luego del periodo de auge que significó la economía de posguerra, cuando al final el Estado de Bienestar no logró hacerse cargo del peso económico que significó su programa social. Los cambios operados desde las administraciones de Reagan y Thatcher en los ochenta marcaron una transformación muy importante en la forma en la que se concibió a esos programas y en los mecanismos de acceso a los mismos. Por la otra, casi imperceptiblemente ha emergido en los últimos años una actitud neoconservadora que finalmente ha avenido al viejo conservadurismo con el Mercado, de modo que incluso los valores del liberalismo han quedado rebasados por una radical mercantilización del mundo, de la que ni siquiera esos valores escapan.

Este cambio ha producido formas *débiles* de protección de los DESCAs que se manifiestan en la idea de que los contenidos de éstos no constituyen en efecto, derechos, sino servicios que, como tales, quedan sujetos a los vaivenes del mercado. Este cambio es de la mayor importancia en la medida en la que significa la posibilidad de privatizar el control sobre un derecho social o, en otras palabras, atenuar la obligación del Estado respecto de tal o cual derecho y virtualmente sustituirla por el compromiso del Mercado frente a tal o cual servicio. Aun cuando ello no significa del todo la anulación de la obligación del Estado frente al derecho, sí implica que éste debe terciar en la relación entre el otorgante del servicio y quien, en ésta perspectiva no es un sujeto de derechos, sino un *cliente*. Esta situación



ha dado lugar a una forma particular de simbiosis entre el mercado y una forma de racionalidad estética que, en mi opinión, ha tenido tres efectos: en primer lugar, ha creado un nuevo espacio simbólico constituido por *enclaves* en los que la *apariencia* –la imagen que estos enclaves proyectan– expresa dicha simbiosis en la forma simbólica del *mall*; en segundo lugar, esa simbiosis ha contribuido a la simplificación de los grandes problemas relacionados con la explotación de la fuerza de trabajo, con la depredación del ambiente y con la desigualdad económica y social a través de la instauración de formas de *solidaridad light* y de *protección débil* de los derechos sociales, y en tercer lugar, ha librado el camino para la emergencia de nuevas formas de explotación cuyo plusvalor no tiene precedente. Sin ánimo de exhaustividad, describo estos efectos enseguida.

### 3. ENCLAVES MALL

Las primeras décadas del presente siglo han atestiguado un cambio notorio en el modo en el que el capitalismo quiere que habitemos el mundo. Poco a poco, hemos visto emerger cuatro tipos de proyectos que tienen características comunes: se trata de espacios cerrados que no obstante forman parte de ciudades, pueblos y municipios, están aislados de estos de diversas maneras, algunas veces con bardas, otras mediante el uso de deterrentes simbólicos, de sistemas de vigilancia personal o telemática, o de todos estos dispositivos juntos. En su interior priva una estética que ha dejado del lado lo funcional para apostarle a una *apariencia estética* capaz de generar experiencias y estilos de vida exclusivos (Prieto González, 2011); también tienen en común que dentro de sus límites se encuentra todo lo necesario para no salir de sus confines: plazas comerciales, restaurantes, supermercados y según el tipo de proyecto del que se trate, incluso hospitales, escuelas, capillas y hasta despachos y oficinas equipadas para el trabajo. Pero lo más característico de estos proyectos es que constituyen *enclaves*, es decir, espacios de desarrollo que ocurren dentro de espacios más amplios con los que apenas se relacionan. Como he sugerido más arriba, estos enclaves son, por lo menos, de cuatro tipos: habitacionales, turísticos, de tránsito y abiertos.

- a) Los *enclaves habitacionales* suponen espacios privados, aislados de diversas maneras de su entorno, en los que grupos más o menos grandes de personas viven y en los que se ofrecen más

que viviendas, *experiencias de vida* en comunidades ideales. En estos enclaves suele haber todo tipo de servicios, desde clubes deportivos y restaurantes, hasta gimnasios, áreas de *jogging*, escuelas, lagos artificiales, ciclovías internas, parques para perros y plazas comerciales o espacios de oficina, supermercados y hospitales.

- b) Los *enclaves turísticos* constituyen complejos de hoteles, marinas, clubes de playa, zonas de trabajo, tiendas de conveniencia, boutiques y en algunos casos, kioscos donde se pueden comprar artesanías locales directamente a pobladores originarios. Dependiendo del tipo de turismo al que están dirigidos, estos enclaves se especializan en sitios exclusivos para personas adultas (sin niños), en complejos familiares *all inclusive*, o en el cada vez más atractivo turismo de aventura, que incluye dentro de sus zonas de acceso restringido grutas, ríos subterráneos, bahías para el nado con delfines, navegación en rápidos y otras amenidades. En algunos casos incluso se organizan excursiones para visitar comunidades originarias *viendo* su vida en lo cotidiano.
- c) Con *enclaves de tránsito* me refiero a los aeropuertos, estaciones de trenes y autobuses, que hace mucho que servían sólo para esperar el siguiente vuelo, tren o camión. Hoy, también estos espacios constituyen largos pasillos en los que se pueden hallar, además de restaurantes y tiendas de ropa de diseñador, múltiples lugares para el *duty free*, librerías, gadgets para viajeros, tiendas de *souvenirs*, vinos y licores, farmacias, locales de masaje, sin mencionar los espacios privilegiados que supone las salas VIP de todos estos establecimientos.

Estas características muestran la apropiación comercial de los espacios vitales donde consumir se torna esencial. Vale decir que, lo que en sus respectivos enclaves deberían garantizar los derechos sociales, dentro de estos espacios confinados es cubierto por la red de servicios que *ofertan*<sup>1</sup> en materia de salud (mediante farmacias y hospitales y catálogos de médicos), de alimentación (mediante restaurantes de todo

---

1 Este neologismo tan propio de esta era del mercado, por demás inexistente en el léxico de la Real Academia Española, se utiliza como sinónimo de ofrecer. Lo uso aquí a propósito para enfatizar el sentido comercial de su uso.

tipo), un ambiente sano (garantizado por el clima, abundante agua, lagos, parques, parajes, playas, etc.), educación (a través de colegios y hasta universidades) y trabajo (espacios ex profeso para trabajar o para hacer negocios), naturalmente en todos los casos, de manera privada.

Pero hay otro tema aquí que se debe considerar y es el efecto anestésico que la *apariencia estética* de todos estos enclaves produce en sus habitantes, sean permanentes como en el caso de los habitacionales, o transitorios como en el de los turísticos o de tránsito. Este efecto anestésico permite evadir la realidad del afuera, tornándola prácticamente inexistente o por lo menos, no importante.<sup>2</sup> Mientras las administraciones de estos enclaves se encarguen de que nada falte, el afuera puede suscitar lamento, lástima, probablemente preocupación, pero no empatía, ni solidaridad.

Esta actitud que es clásica del conservadurismo —la preocupación por la *apariencia*— también se observa en el cuarto tipo de enclave, los de tipo abierto, que se muestra en el diseño tendencial de las ciudades en las que el espacio no está confinado, aunque sí tiene límites muy claros definidos por la arquitectura, la infraestructura, los grupos sociales que los habitan y el tipo de comercio que ahí se realiza. Un buen ejemplo de estos enclaves es Santa Fe, una moderna ciudad de primer mundo que bien podría asemejarse a cualquier otra ciudad norteamericana o canadiense del mismo nivel y que convive con un enclave pauperizado y marginal (Valenzuela, 2007). También a estas tendencias pertenecen los procesos de *gentrificación* que han sufrido barrios y colonias —como es el caso de las colonias Roma y Condesa de esta misma Ciudad de México— en las que paulatinamente se han ido sustituyendo las viejas viviendas, las costumbres comunitarias y los comercios familiares por condominios de lujo, supermercados y restaurantes de nivel medio alto, así como por nuevas costumbres urbanas allanadas a estilos de vida pet/gay/eco friendly.

Todos estos enclaves, incluso aquéllos donde la *apariencia estética* incluye un halo de progresismo, tienen otra característica en común que se centra en el *necesario* sacrificio de muchos, para el goce de pocos.

---

2 De acuerdo con Prieto, el arquitecto británico Neil Leach ...ha señalado que con la estetización se produce un desplazamiento social y político en virtud del cual las preocupaciones éticas son reemplazadas por preocupaciones estéticas (2011, p. 181)

#### 4. LA SOLIDARIDAD *LIGHT* DEL NEO CONSERVADURISMO

El panorama recién descrito no sería posible sin la construcción de una cierta psicología sobre la benevolencia del mercado frente a las problemáticas sociales que estos procesos producen. Aquí la simbiosis entre el mercado y la racionalidad estético/expresiva se muestra como una forma de *solidaridad light*, que en este caso hace de la apariencia estética una apariencia de compromiso social.

El desplazamiento desde las obligaciones del Estado frente a los DESCAs hacia los compromisos del mercado en torno a los servicios sociales con los que se les sustituye ha resultado muy eficaz en el diseño de mecanismos de acceso a dichos servicios como parte de los compromisos de *responsabilidad social* de las empresas, las cuales no deben preocuparse tanto de la explotación laboral de sus empleados como de que estos reciban toda clase de *prestaciones* — desde servicios médicos y de capacitación, hasta los relacionados con el *coaching*. Las nuevas *filosofías* empresariales — representadas en la misión, visión y otros conceptos propios de la planeación estratégica — han podido prescindir de una agenda DESCAs en la medida en la éstos se hacen innecesarios dado que, vistos sus contenidos como necesidades o carencias, son de antemano solventados por un clima laboral favorable, médicos, psicólogos, capacitadores, asesores financieros, *coaches*, programas de ocio y toda una gama de servicios cuya función final es la de proveer al empleado las mejores condiciones de trabajo. Evidentemente, el gasto en miles de dólares al año que esto representa para las empresas no es sólo una prestación para el trabajador — de hecho, probablemente no lo es para nada; es parte, más bien, de programas muy estudiados por los psicólogos organizacionales y los administradores destinados a garantizar el mejor rendimiento posible del empleado y la reducción de la merma en la empresa. Mención especial merece el que, dado lo elevado de estos gastos, el empresariado justifica la concesión de regímenes fiscales especiales y extensiones de impuestos porque gasta en servicios sociales para sus empleados, lo que el Estado ya no tendrá que gastar en sus derechos.

La idea de una empresa *socialmente responsable* da cuenta de una nueva ética frente las y los trabajadores, pero también de cara al ambiente y el entorno económico y social que les rodea a ellas y a su clientela. Slavoj Žižek (2009) ha sido especialmente agudo en este sentido al mostrar cómo, en esta era que denomina *capitalismo cultural*,

personajes como George Soros o Bill Gates, entre los más ricos del mundo y a quienes de modo irónico llama *comunistas liberales*, lavan sus conciencias mediante el otorgamiento de los fondos que a través de sus fundaciones destinan para la atención de problemas concretos en realidades deprimidas. De acuerdo con el filósofo esloveno, tal como él mismo suele simplificarlo, de lo que estos magnates recaban por la mañana mediante sus negocios, la mitad la devuelven por la tarde para obras sociales. De hecho, en una obra posterior Zizêk sugiere que incluso empresas contemporáneas —y cita el caso de *Starbucks*— han hallado un modo novedoso de unir ambas tareas y además proveer a la clientela de un descargo moral por su actitud consumista. *Starbucks* no sólo vende café, sino que transmite una experiencia, una de solidaridad con los productores —a quienes dice la empresa cafetera comprar a precios de *fair commerce*— así como con la protección del ambiente. El precio que se paga por una taza de café en ese lugar, que es notoriamente más alto que una cafetería promedio, incluye el precio de la culpa por consumirla además, en un ambiente de confort que dista mucho de lo que viven en sus realidades quienes cultivan los granos. En palabras de Zizêk: *Así es como, a nivel del consumo, el capitalismo integró el legado del 68, la crítica del consumo alienado: la experiencia auténtica importa* (2011, p. 36).

Desde otra perspectiva, Naomi Klein (2001) ha mostrado como esta suerte de nueva conciencia social actúa a través del boicot y otras formas de reacción en las que las personas, en rol de consumidores, desafían a los mercados, lo que les deja moralmente satisfechos aunque en el fondo no logren provocar cambios sustanciales. Nuevamente se aprecia cómo, por poner un ejemplo, la problemática general del trabajo forzado o infantil, al que recurren muchas empresas hoy día, se fragmenta en el caso de alguna de esas empresas en particular que, una vez forzada por el boicot, resarce el daño simplemente dejando de lado esa práctica o donando fondos para que se combata. Lo mismo puede decirse de las empresas que, sabiendo que contaminan el ambiente o los alimentos, invierten fondos en la investigación de nuevas tecnologías menos contaminantes, pero no cesan en sus prácticas contaminadoras. Klein describe con gran detalle el modo en el que las marcas han logrado integrar en sus logos, mucho más que el producto que venden, estilos de vida completos que, al integrarse con las identidades que constituyen sus *targets*, alivian la conciencia de quien los adquiere

permitiéndole disfrutar del producto de que se trate a sabiendas de que ya contribuyó a una causa social determinada, dejando de lado los temas escabrosos sobre la trata laboral de personas, los daños al medio ambiente o la experimentación con semillas o animales.

## 5. ACUMULACIÓN POR DESPOJO Y DESARROLLO EXTRACTIVISTA

Llegados a este punto es necesario decir que, entre el desarrollo de los *enclaves-mall* y la instauración de una *solidaridad light* asociada al consumo, está la realidad que hace posibles a los primeros y que se oculta tras la segunda.

Zizêk y Klein dan cuenta del modo en que el capitalismo contemporáneo se las ha arreglado para que estas pequeñas batallas –la percepción de que se está haciendo algo frente a las injusticias del mundo– sirvan de paliativo frente a la violencia estructural que, por debajo del capitalismo cultural, en realidad continúa presente en la lógica predatoria del Mercado. Esa lógica revela que el proceso de acumulación no tuvo un límite en un periodo determinado –como lo suponía Marx–, sino que continúa y forma parte de las nuevas formas de explotación contemporánea. A esta nueva forma de acumulación se le ha denominado acumulación por despojo o desposesión, y tiene lugar tanto entre países –los desarrollados frente a los no desarrollados– como entre los grupos sociales –los vulnerantes y los vulnerados– que conforman sus sociedades.

En sus obras más recientes, Boaventura de Sousa Santos (2010) ha llamado la atención sobre dos procesos en los que, en su opinión, está encerrada la imaginación política contemporánea: el primero concierne a la resignación que implica considerar que el capitalismo no tendrá fin, frente a la idea de que sí lo tiene; el segundo a la percepción de que el colonialismo finalizó con las luchas de independencia, frente a la que se percata de que el colonialismo sigue ahí. Por una parte, sostiene el autor, la idea de que el capitalismo no tiene fin ha prohijado las diversas formas de *socialismo* que se han dado en su seno: la socialdemocracia, el keynesianismo, el Estado de Bienestar y el desarrollismo. Del otro lado coloca las experiencias de países como Bolivia o Ecuador que de algún modo le han apostado a una suerte de precapitalismo que plantea viejas formas de relación con la tierra y la tradición de las culturas originarias indígenas. En todo caso, la idea de que la independencia no liberó a los

estados del colonialismo resulta sumamente sugerente para explicar el modo en el que las más recientes formas del extractivismo funcionan en sociedades como las nuestras.

En efecto, aunque en los países poscoloniales las guerras de independencia implicaron la expulsión de los gobernantes extranjeros, en realidad terminaron promoviendo a las elites que, formadas principalmente por criollos y mestizos acomodados, hicieron las nuevas clases gobernantes y dirigentes de las sociedades emergentes que se independizaron políticamente de sus colonizadores, pero no culturalmente de la gubernamentalidad económica moderna.<sup>3</sup>

En términos generales, la formación de las propias burguesías requirió de estados fuertes que, allanados a un capitalismo de estado, mantuvieran bajo control las fuerzas económicas para permitirles desarrollarse. En algunos casos recurrieron a medidas proteccionistas para desarrollar los mercados internos e incluso expropiaron empresas y capitales en sectores estratégicos para fortalecer las economías nacionales. Sin embargo, los estados latinoamericanos se han visto obligados a ceder a los cambios que el contexto actual planteó en las relaciones entre el Estado y el mercado. Primero debieron aceptar las *recomendaciones* del llamado Consenso de Washington que, en términos generales, se centraban en el adelgazamiento del gasto social, la privatización o reprivatización de empresas estatales y la participación abierta hacia el comercio global. Ahora, en los últimos años, los estados latinoamericanos han tenido que apostarle al crecimiento económico mediante una estrategia sostenida en exportaciones e inversiones, en la cual los recursos naturales están jugando un rol central (Gudynas, 2012). Esta circunstancia les ha llevado a adecuarse a un nuevo consenso en torno a productos de fabricación, disponibilidad y demanda mundial cuyos precios se fijan en el ámbito internacional y que no requieren de tecnología avanzada para su fabricación y procesamiento: materias primas a granel como el maíz, la soya, el trigo, los hidrocarburos

---

3 Utilizo este término en referencia a Foucault para referirme a una economía de poder descentralizada que se muestra como una praxis de gobierno – de autogobierno – y la asocio al modo en el que el capitalismo ha *gobernado* las relaciones sociales y al propio Estado a favor del Mercado durante la Modernidad. Foucault nunca se refirió al Mercado con este término, pero por el sentido en el que lo utilizó en sus lecciones de 1978 me parece apropiado extrapolarlo (Foucault, 2006 [1978]).

y diversos metales y minerales que en la mirada del Mercado se visualizan como *commodities* o mercancías (Svampa, 2013).

Este nuevo consenso, que Maristella Svampa llama Consenso de los *Commodities* marca el ingreso –forzado, habría que decir– de las economías latinoamericanas a un nuevo orden, propio del nuevo modelo de acumulación por desposesión, que reorienta su perfil productivo a actividades primarias de extracción y maquila con poco valor agregado. Bajo esta lógica, la construcción de mega proyectos tiende a garantizar el control, extracción y exportación de los bienes naturales. Como señala la autora, diversos críticos han considerado que el resultado de estos procesos ha implicado la consolidación de un tipo de desarrollo neoextractivista, al que ella misma define como

*...aquel patrón de acumulación basado en la sobreexplotación de recursos naturales, en gran parte no renovables... (cuya) dinámica vertical irrumpe en los territorios y a su paso va desestructurando economías regionales, destruyendo biodiversidad y profundizando de modo peligroso el proceso de acaparamiento de tierras, al expulsar o desplazar a comunidades rurales, campesinas o indígenas y violentando procesos de decisión ciudadana.*

La carencia de recursos económicos suficiente para que los estados aprovechen sus propios bienes naturales, les lleva a definir economías de enclave que se ofrecen a la inversión privada transnacional para ser explotadas con fines de exportación. Así, la cadena inversión-exportación se cumple gracias a la explotación privada de los recursos naturales. Sin embargo, este modelo de desarrollo extractivista, que apuesta a la generación de un crecimiento económico capaz de producir *derrames* hacia el resto de la sociedad, no sólo no ha logrado estos fines redistributivos, sino que ha generado una importante cantidad de descontentos, movilizaciones y protestas centradas en la necesidad de proteger el patrimonio cultural, los recursos naturales y el medio ambiente.

Cabe señalar que el extractivismo no se limita únicamente a la explotación de recursos naturales; tampoco es posible limitarlo a un modelo de desarrollo. Supone más bien, parafraseando a Foucault, una *gubernamentalidad* –una praxis de gobierno sostenida en un poder descentralizado– propia del modelo de acumulación por desposesión, que está radicada en la manera en la que el capitalismo y los capitalistas contemporáneos ven su entorno: como un espacio/fuente de riqueza cuya conquista autoriza su explotación, sin importar ni el método de



conquista —ideológica, legal, paralegal o por la fuerza— y donde no importa si los *commodities* los constituyen recursos naturales, territorios o personas.

## **6. A MANERA DE CONCLUSIÓN: ESTADO GERENTE O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS**

Así planteada, la discusión esbozada en este texto sugiere una contraposición entre la protección efectiva de los DESCAs y la viabilidad del modelo económico actual y, en el fondo, motiva un análisis más profundo en torno a la disyuntiva en la que Estado ha optado por actuar como una suerte de gerente allanado al capricho del mercado, en vez de ejercer como un verdadero Estado Constitucional de Derecho.

El tema cobra relevancia porque en ese rol de gerente, resulta evidente que el Estado toma parte, actúa por así decirlo del lado del empresariado, gestionando y resolviendo los conflictos que surgen y dificultan la realización de los proyectos, sin que importe si ello significa desplazar comunidades, despojarles de sus recursos naturales, irrespectar sus prácticas culturales o destruir sus economías, mientras hace pasar por desarrollo social lo que en realidad son negocios particulares cuyo beneficio se queda sólo en unos cuantos privilegiados.

De hecho, en la medida en la que las comunidades y los sectores afectados demandan la protección de sus derechos, que el Estado reaccione criminalizando las protestas y a sus líderes y fomentando el descrédito social de los mismos —que suele gestarse entre esos mismos sectores privilegiados— le coloca, no como garante de los derechos, sino justo del lado de los perpetradores.

En este sentido, la defensa de los DESCAs exige, además del activismo social que sin duda es necesario, de una estrategia jurídica que recupere de la Constitución Política de nuestro país, el sentido de las reformas que en materia de derechos humanos se han realizado desde principios del presente siglo —y desde luego de la gran reforma constitucional de junio de 2011— con la finalidad de crear las condiciones para que, si el Estado Mexicano y sus instituciones no son capaces o no quieren ejercer su rol de custodios de estos derechos, la justicia internacional se haga cargo de poner los límites que, hoy más

que nunca, se hacen necesarios frente al crecimiento desmedido del mercado.

Mientras no sea posible construir una alternativa viable al capitalismo, el potencial de emancipación de los derechos humanos, y en particular de los económicos, sociales, culturales y ambientales, puede y debe funcionar como una fuerza atenuadora de los efectos predatorios que este modelo de producción plantea; para eso está el Estado, y la sociedad civil para exigirlo.

## BIBLIOGRAFÍA

Agamben, G., 2010 [1996]. *Medios sin fin. Notas sobre la política*. Madrid: Pre-textos.

Arendt, H., 1968 [1951]. *The Origins of Totalitarianism*. New York: Harcourt.

Bobbio, N., 1991. *El tiempo de los derechos*. Madrid: Sistema.

Bourdieu, P., 1979 [2002]. *La distinción. Criterios y bases sociales del gusto*. México: Taurus.

Ferrajoli, L., 2006. Criminalidad y globalización. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, ene-abr, XXXIX(115), pp. 301-316.

Gudynas, E., 2012. Estado compensador y nuevos extractivismos. Las ambivalencias del progresismo sudamericano. *Nueva Sociedad*, ene-feb, Issue 237, pp. 128-146.

Klein, N., 2001. *No logo. El poder de las marcas*. Barcelona: Paidós.

Prieto González, J. M., 2011. La consolidación del Monterrey “imaginario” en el contexto de la globalización: “Macroproyectos” urbanos. *Frontera Norte*, ene-jun, 23(45), pp. 163-192.

Sousa Santos, B., 2010. *Refundación del estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del sur*. México: Siglo XXI, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes.

Swampa, M., 2013. Consenso de los Commodities y lenguaje de valoración en América Latina. *Nueva Sociedad*, mar-abr, Issue 244, pp. 30-60.

Valenzuela, A., 2007. Santa Fe (México): Magaproyectos para una ciudad dividida. *Cuadernos Geográficos*, Issue 40, pp. 53-66.

Zizêk, S., 2009. *Sobre la violencia. Seis reflexiones marginales*. Buenos Aires: Paidós.

Zizêk, S., 2011. *Primero como tragedia, después como farsa*. Madrid: Akal.



# EL DERECHO VICTIMAL, NATURALEZA Y ALCANCE

**María de la Luz Lima Malvido**

Miembro de número de la Academia Mexicana de Ciencias Penales; Presidenta de la Sociedad Mexicana de Victimología.

“La ética no da consuelo, da vuelo a la solidaridad, a la tolerancia, al respeto mutuo.” Emmanuel Lévinas.

## 1. DEFINICIÓN Y ALCANCE

Este artículo aporta conceptos victimológicos y un panorama de lo que conforma esta nueva disciplina que hemos llamado “Derecho Victimal” que invoca el bloque de principios y elementos mínimos (bloque de convencionalidad) que integran la guía u hoja de ruta para el diseño, implementación y evaluación de políticas públicas de atención a víctimas que debe aplicar el personal sustantivo, los defensores y asesores jurídicos en su actuar en los casos concretos.

Las comisiones de la ONU, creadas en el ramo de la prevención del delito y tratamiento del delincuente, había omitido vincular y visibilizar la interconexión que debe existir entre las agendas de derechos humanos y la de justicia penal, ya que por más de 30 años, el interés del ramo estuvo centrado en el desarrollo e implementación de “reglas y normas” para la readaptación social del delincuente. Fue más tarde, en 1985, cuando se inicia la construcción y aplicación de estándares vinculados al tema de la atención a las víctimas de delitos, lo cual dio pie al nacimiento al Derecho Victimal.

Es una disciplina científica unívoca y autónoma, definida por primera vez en México en el artículo publicado en *Criminalia* titulado “Protección a las víctimas”,<sup>1</sup>

---

1 Lima Malvido, María de la Luz. *Protección a las víctimas*. *Criminalia* año LXVIII. Núm. 2, p. 71. Ed. Porrúa, México, 1992.

La primera definición que acotamos de Derecho Victimal en 1992 fue la siguiente:

Es el conjunto de principios, valores, normas y procedimientos jurídicos locales e internacionales tendientes a requerir, posibilitar y controlar las prerrogativas y pretensiones de las víctimas del delito y abuso de poder.

Estamos convencidos de que no es a través de las disciplinas jurídico-penales donde se deben ubicar las normas jurídicas que guían la relación que establece el Estado con las víctimas, sino que va más allá, a través de una vinculación autónoma, que claramente se observa al analizar la definición de “víctima” acotada en la resolución que aprueba la *Declaración de Principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*<sup>2</sup> aprobada en el Séptimo Congreso de la Naciones Unidas de Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán, Italia, en 1985, que se habían redactado previamente en Zagreb, durante uno de los simposios de la Sociedad Mundial de Victimología.

Dicha Declaración es considerada, a nivel mundial, el estándar internacional de los derechos de las víctimas, ya que aporta en su primer párrafo una definición completa de “víctima”, que ha servido de base para redactar convenciones y todas las legislaciones del mundo en materia victimal, penal, procesal penal e incluso para el derecho humanitario, a saber:

1. Se entenderá por “víctimas” a 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 consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados miembros, incluida la que proscribe el abuso del poder.

El párrafo de dicho documento es el más importante para nuestro enfoque cuando se agrega:

---

2 *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*. Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985.

2. Podrá considerarse “víctima” a una persona, con arreglo a la presente Declaración, *independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente* de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. En la expresión “víctima” se incluye, además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.<sup>3</sup>

Esta parte de la definición está incluida con algunos cambios en la nueva Ley General de Víctimas de México, en el párrafo cuarto del Artículo 4:

La calidad de víctimas se adquiere con la acreditación del daño o menoscabo de los derechos en los términos establecidos en la presente Ley, con independencia de que se identifique, aprehenda, o condene al responsable del daño o de que la víctima participe en algún procedimiento judicial o administrativo.

Esta relación del Estado con la Víctima, existe más allá de que el aparato jurídico penal se eche o no a andar. Debemos por ello, acudir y desarrollar a esta ciencia, que convierte a la víctima en un emisor y receptor de actos y hechos jurídicos, conformando un conjunto de normas que delineen la relación del Estado con las víctimas.

La definición de este estándar internacional (la declaración) como lo mencionamos, ha sido incluida en convenciones internacionales, regionales, y lineamientos en torno al tema en todo el mundo. Un ejemplo de ello es la Convención sobre municiones en racimo<sup>4</sup>, que en el artículo primero la incluye textualmente complementándola:

Para efectos de la presente Convención: 1. Por “víctimas de municiones en racimo” se entiende todas las personas que han perdido la vida o han sufrido un daño físico o psicológico, una pérdida económica, marginación social o un daño substancial en la realización de sus derechos debido al empleo de municiones en racimo. La definición

---

3

4 Conferencia diplomática para la adopción de una convención sobre municiones en racimo. Dublín, 19 - 30 de mayo de 2008.

incluye a aquellas personas directamente afectadas por las municiones en racimo, así como a los familiares y comunidades perjudicados.

Otro ejemplo es la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa, por la que se establecen normas mínimas sobre derechos, el apoyo y protección de la víctima de delitos, que retoma la definición de la declaración con algunas variantes.<sup>5</sup>

Es imprescindible que quienes van a diseñar normas victimales, no tengan la tentación de comenzar a crear nuevas definiciones, ya que dicha labor debe ser guiada por el estándar internacional.

El incluir completa esta definición, asegura el alcance de quienes serán considerados como sujetos de Derecho Victimal, que será la base para establecer los requisitos de accesibilidad para obtener los servicios de atención y protección que provea el Estado.

Concebimos el estándar internacional de derechos humanos aplicado a las víctimas como un marco consensado de normas y reglas mínimas, que garantizan y clarifican el contenido de los derechos fundamentales de las víctimas de delitos (núcleo esencial de sus derechos tanto civiles y políticos, como económicos, sociales y culturales), que son la guía obligatoria para la formulación de políticas públicas y sus procesos.

El propósito fundamental de dicho estándar, es garantizar el goce y ejercicio de Derechos, implementando los mecanismos de protección, programas y modelos de atención.

Existen el estándar general y los especializados, estos últimos son los lineamientos, normas jurídicas y procedimientos individualizados para cada tipo de víctima, grupo o comunidad victimizada. Ambos, se hacen efectivos a través de los protocolos de actuación, que son instrumentos normativos que describen de manera clara, detallada y ordenada el procedimiento que debe seguirse para la ejecución de un proceso, y al mismo tiempo, aportan un conjunto de elementos que

---

5 Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa, 25 de octubre de 2012. Diario Oficial de la Unión Europea. L 315, 55º año 14 noviembre 2012. Consultada el 28 marzo de 2016.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32012L0029>.



permiten orientar y acotar la actuación del personal sustantivo con fundamento legal y sustento en la operación.<sup>6</sup>

De ahí que hemos definido el Derecho Victimal como la disciplina jurídica autónoma de derecho público, que tiene por objeto, el estudio y aplicación de los estándares internacionales de derechos humanos para las víctimas del delito y del abuso del poder; así como los principios normas y procedimientos internacionales, nacionales, estatales, municipales o comunitarios tendientes a requerir, posibilitar y controlar las prerrogativas y pretensiones de *las víctimas del delito y abuso de poder*.

Estas normas , pueden consistir en el derecho de hacer, no hacer o recibir algo conferido por un tratado internacional, la constitución del país, una norma, incluyendo la jurisprudencia y doctrina emitidas o dictadas por un órgano jurisdiccional nacional o internacional de derechos humanos competente.

El primer antecedente en México de la llamada la Justicia Victimal en México se remonta a la segunda mitad del siglo pasado, con la creación de la primera Ley sobre Auxilio de la Víctimas del Estado de México. Ésta fue concebida de manera sui generis, bajo la inspiración y dirección del Dr. Sergio García Ramírez, e intervención del Criminólogo Mexicano Don Alfonso Quiroz Cuarón. Publicada el 20 de julio de 1969, 16 años antes de la Declaración de las Víctimas de la ONU. Esta contiene elementos más avanzados que la misma.<sup>7</sup> Fue emitida por el Lic. Juan Fernández Albarrán, Gobernador Constitucional del Estado de México, mediante el decreto número 126, durante la XLIII legislatura.

La exposición de motivos de dicha ley, la consideramos fundamental, ya que fue la primera vez que el gobierno reconoce como suya ésta nueva tarea de atender a las víctimas de delitos.

El Ejecutivo del Estado estimó que se avanzaba considerablemente en el auxilio a personas gravemente necesitadas de la ayuda pública, y por ello se imprimió un correcto sentido a las percepciones obtenidas

---

6 Acuerdo A/176/12 de la Procuradora General de la República, por el que se establece la obligación del personal sustantivo de la Procuraduría General de la República para el uso de los protocolos de actuación.

7 Cfr. Lima Malvido, María de la Luz. *Política Pública de atención a Víctimas*, INACIPE 2015.

por el mismo Estado como consecuencia de la actividad delictual, creándose instrumentos idóneos y funcionales para hacer realidad esa nueva tarea que el Estado se impuso a través de dicha Ley.

## 2. NATURALEZA Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO VICTIMAL

Como ya lo mencionamos, resulta indispensable aclarar el enfoque epistemológico y la naturaleza de esta nueva rama del derecho, ya que en sus orígenes, se estiló aplicar a las víctimas exclusivamente un derecho asistencial, que tenía por objetivo realizar acciones tendientes a modificar y mejorar las circunstancias de carácter social que impidieran el desarrollo integral de ciertas personas, así como la protección física, mental y social de las mismas cuando se encuentran en estado de necesidad, indefensión, desventaja física y mental, hasta lograr su incorporación a una vida plena y productiva.

De ahí el nombre de las primeras leyes, en las que existía una confusión, ordenando a las áreas de las procuradurías de justicia a realizar estas tareas.

Véase a continuación, el nombre de algunas de las primeras leyes aprobadas que estuvieron o están vigentes.

En orden cronológico:

- Ley Sobre *Auxilio* a las Víctimas del Delito para el Estado de México del 20 de agosto de 1969.
- La Ley para la Prevención de Conductas Antisociales, *Auxilio* a las Víctimas y Medidas Tutelares para el Estado de Tamaulipas del 12 de enero de 1987.
- Decreto No 119 que crea el Fondo para la *compensación a las víctimas* de los delitos del Estado de Veracruz del 18 de julio de 1991.
- Acuerdo mediante el cual se crea la Unidad desconcentrada de la Secretaria General de Gobierno que se denominará: Centro de *Atención* a Víctimas de Delitos del Estado de Nuevo León, del 27 de enero de 1993.
- La Ley sobre *Auxilio* a las Víctimas del Delito de Querétaro, del 24 de octubre de 1994.

- Propuesta de la *Ley de Justicia para las Víctimas del Delito en el Distrito Federal*, de abril de 1995, que elaboré y presenté a tribuna siendo diputada en la 56 legislatura federal la cual tardó en consensarse.<sup>8</sup>
- Ley para la *Protección a Víctimas del Delito del Estado de Puebla*, 20 de marzo de 1996.
- Ley para la *Protección a Víctimas del Delito en el Estado de Chiapas*, 15 de diciembre de 1997.
- Fondo de *Protección a las Víctimas de los Delitos y Ayuda a los Indigentes Procesados en el Estado de Tlaxcala*, del 9 de enero de 1998.
- Ley de *Auxilio a las Víctimas del Delito del Estado de Jalisco*, del 31 de diciembre de 1981.
- Ley de *Protección a las Víctimas del Delito para el Estado de Sinaloa*, del 16 de noviembre de 1998.
- Ley que crea el Centro de *Atención para las Víctimas del Delito para el Estado de Durango*, del 10 de junio de 1998.
- Ley de *Atención a las Víctimas del Delito del Estado Libre y Soberano de San Luis Potosí*, del 11 de abril del 2000.
- Ley de *Atención y Apoyo a las Víctimas del Delito para el Distrito Federal*, del 22 de abril del 2003.
- Ley de *Atención y Apoyo a la Víctima y al Ofendido del Delito para el Estado de Guerrero*, del 13 de octubre de 2004.

Como podemos observar, las leyes siguieron una tendencia similar *asistencialista*, por lo que las nombraron leyes de asistencia, auxilio, apoyo y protección, *más que de justicia*. Fue por ello que cuando elaboramos y presentamos la iniciativa de ley del Distrito Federal insistimos en que el nombre de ley debía ser: la Ley de Justicia para las Víctimas del Delito en el Distrito Federal, para acotarla dentro del Derecho Victimal.

---

8 Cfr. Lima Malvido, María de la Luz. *Modelos de atención a víctimas en México*. Ed. Porrúa, México, 2004.

En las discusiones de expertos de las Naciones Unidas, precisamente cuando estábamos trabajando en la elaboración del Manual que serviría para la implementación de la declaración de principios fundamentales de justicia para la víctimas de delitos y del abuso de poder<sup>9</sup>, insistimos y así lo decidió el grupo que era fundamental que se incluyera en el mismo la palabra justicia, para no caer en acciones de naturaleza asistencial, que aparta a las víctimas del objetivo de dicha declaración *obtener justicia*.

El Derecho Victimal busca que las víctimas obtengan justicia, más allá de que coyunturalmente puedan ser sujetos de asistencia social.<sup>10</sup>

Es importante que el profesionista aclare desde qué disciplina va a trabajar, para que enfoque adecuadamente su trabajo con las víctimas de delitos, ya que de eso depende el estándar que se compromete.

En la última década del siglo XX, principian a proliferar, en todo el mundo, las disposiciones legales que reconocen los derechos a las víctimas, y en este siglo, se ha llegado a una cobertura muy apreciable (México ha realizado ya cuatro reformas constitucionales, mejorando sustancialmente la situación jurídica). Con este material, se puede considerar que hay fuentes suficientes para reconocer que existe un verdadero Derecho Victimal, anclado en normas internacionales (próximamente se tendrá una Convención de derechos de las víctimas), constitucionales (en varios países) y locales, muchas de ellas independientes de los códigos penales, lo que da a este derecho una gran autonomía.<sup>11</sup>

La Constitución Federal en su artículo 20, reformado el 3 de diciembre de 1993, reconoció por primera vez las garantías de las víctimas del delito, agregando un último párrafo que la letra decía:

En todo proceso penal, la víctima o el ofendido por algún delito, tendrá derecho a recibir asesoría jurídica; a que se le repare el daño cuando proceda, a coadyuvar con el

---

9 *Manual de Justicia sobre el Uso y Aplicación de la Declaración de Principios Básicos de Justicia para Víctimas de Delitos y Abuso del Poder*, Viena, 1996.

10 *Ley de Asistencia Social*, DOF, el 2 de septiembre de 2004.

11 Rodríguez Manzanera Luis, *Derecho Victimal y Victimodogmática*. Eguzkilore. Núm. 26. San Sebastián 2012, p. 133.

Ministerio Público, a que se le preste atención médica de urgencia cuando la requiera y; demás que señales las leyes.

Éste es el nacimiento del llamado “Derecho Victimal mexicano” que da marco a estas nuevas garantías y que más tarde posibilitan su goce y ejercicio, a través de normas secundarias, mecanismos de protección y programas para hacerlas efectivas, que debe emitir cada Estado de la República y la Ciudad de México. Si bien esta reforma al principio fue muy escueta e inclusive se criticó como un parche al texto del dicho artículo, fue evolucionando poco a poco y ampliando su contenido.

Resumiendo, los cambios cronológicos relativos a la inclusión de los derechos de las víctimas en la Constitución Federal se encuentran en las siguientes reformas:

- La 3era reforma 03/09/1993 del artículo 20 se reconocen de los derechos de las víctimas y ofendidos.
- En la 5ta reforma 21/09/2000 se agrega el apartado B ya dedicado sólo las víctimas y ofendidos.
- En la 6ta reforma 18/06/2008, el apartado B pasa a ser el C, para ampliar los derechos de la víctima o del ofendido, respetándose en general todas las prerrogativas ya otorgadas, estableciendo el proceso penal acusatorio y oral.
- En la 7ta reforma del 14 de julio del 2011, se agregan derechos relacionados al resguardo de identidad de ciertas víctimas.
- En la constitución encontramos otros artículos además del 20 que incluyen normas de Derecho Victimal, tal es el caso del art 1, 2, 17 y 18.
- La reforma al artículo 2 de 14 de agosto del 2001 (inciso A, fracción II) reconoce y garantiza el derecho a la libre determinación de los pueblos y comunidades indígenas y en consecuencia el que puedan optar por aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de conflictos internos.
- La reforma al artículo 17 del 18 de junio del 2008 tercer párrafo incluye la resolución de conflictos en casos de adultos.

- La reforma al artículo 18 del 18 de junio 2008 adiciona la posibilidad de realizar resolución de conflictos en casos de justicia de menores.
- Y la reforma constitucional al artículo 1 del 10 de junio del 2011 que consideramos la más importante, da un giro de 180 grados estableciendo la primacía del respeto de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución, así como en los tratados internacionales de los que México es parte. Incluyendo el principio pro persona estableciendo:

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

- Más tarde, se publicó la Ley General de Víctimas (LGV) el 9 de enero del 2013, cuyo nombre debió ser Ley General de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder. Esta tiene como novedad la inclusión de los principios del Derecho Victimal mexicano. Además, tiene inconsistencias que fueron parcialmente corregidas en la reforma que se realizó cuatro meses después de su publicación (3 de mayo de 2013), y más tarde nuevamente se modifica (3 de enero de 2017).

### 3. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO VICTIMAL

#### 3.1. Definición

Los principios son formas de comprender y hacer funcionar el derecho para que sea justo. El filósofo, profesor y jurista Giorgio de Vecchio, representante del neokantismo italiano<sup>12</sup>, sostuvo que: los principios generales del derecho emanan de la razón jurídica natural y representan al mismo tiempo las directrices fundamentales del sistema Positivo.

Como en otras disciplinas jurídicas el Derechos Victimal tiene como fuentes: los principios generales del derecho a los cuales se

---

12 Vecchio, Giorgio del. *Los principios generales del derecho*: trad. al castellano de Juan Osorio Morales. Prólogo de Felipe Clemente de Diego, 3ª ed. Ed. Bosch-Barcelona. 1971, pp. 79 y 80.

recurre para la creación del derecho, la ley, las costumbres, la doctrina jurídica y la jurisprudencia.

Ese conjunto de principios, que son la guía de aspiraciones e indicadores que dan la orientación central al sistema, los incluye y define la Ley General de Víctimas en su capítulo II, artículo 5.

Como afirmará Norberto Bobbio,<sup>13</sup> los principios generales del derecho pueden ser agrupados de acuerdo con la materia a que pertenecen, y así, tenemos principios generales de derecho civil, mercantil, penal, administrativo, etc. que agregaremos nosotros del Derecho Victimal.

El Derecho Victimal necesita la reflexión del especialista para su interpretación, integración y limitación.

La naturaleza jurídica de los principios generales del derecho, les permite a éstos, ser considerados como principios fundamentales para la construcción de cualquier sistema jurídico (en este caso del Derecho Victimal). Además, cabe resaltar que los principios generales del derecho, reúnen las características de ser generales, impersonales y abstractos.<sup>14</sup>

En materia victimológica, consideramos que el principal autor que a la fecha aporta más en el tema, es el profesor español Antonio Beristain, quien menciona, en repetidas ocasiones, el principio del “in dubio pro victima”, que se enfrenta, en caso de duda, al “in dubio pro reo”<sup>15</sup>

Por otro lado, el profesor Alessandro Baratta, habla del principio de la primacía de la víctima, en que se respete su prerrogativa, se establezcan límites de la intervención penal, se dé prioridad a medidas

---

13 Bobbio, Norberto. *Principios Generali di Diritto*. citado por García Máynez. García Máynez, Eduardo. en *Filosofía del Derecho*. Ed. Porrúa 2002, p. 319.

14 Sánchez Vázquez, Rafael. Los principios generales del derecho y su importancia en la cultura de la legalidad. 2008, p.41, Consultado 28 de marzo de 2016. <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Noticias/NoticiasOJN/Eventos/Congreso07/Textos/5.pdf>.

15 Beristain, Antonio. *Víctimas del terrorismo. Nueva justicia, sanción y ética*. Tirant lo Blanch. España, 2007.

restitutivas (en lugar de represivas); en una palabra, se le considere la parte principal del conflicto.<sup>16</sup>

Consideramos que los principios fundamentales de la Justicia Victimal<sup>17</sup> son:

<ul style="list-style-type: none"> <li>• In dubio Pro Victima</li> <li>• Pro persona</li> <li>• Igualdad y No discriminación</li> <li>• Dignidad</li> <li>• Buena fe</li> <li>• Enfoque diferencial</li> <li>• Progresividad no regresividad</li> <li>• Inmediatez</li> <li>• Jerarquía</li> <li>• Transversalidad</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Subsidiariedad</li> <li>• Reciprocidad</li> <li>• Flexibilidad</li> <li>• Colaboración</li> <li>• Consenso</li> <li>• Territorialidad</li> <li>• Solidaridad</li> <li>• Confidencialidad</li> <li>• Interés superior del niño</li> <li>• Sustentabilidad</li> </ul>
---	--

Elaboración: propia

### 3.2. Las funciones de los principios

Las funciones de los principios, según afirma Norberto Bobbio<sup>18</sup>, son las siguientes:

- Dar la dirección, porque guían a los órganos públicos en la elaboración de leyes, reglamentos y protocolos.
- Permitir interpretar las normas,<sup>19</sup> porque constituyen una base firme en la realización de dicha tarea. Ya que todo precepto

16 Baratta, Alessandro. *“Requisitos mínimos del respeto a los Derechos Humanos”*. Capítulo Criminológico N° 1, Venezuela, 1985. Citado por Rodríguez Manzanera Luis, Derecho Victimal y Victimodogmática. Eguzkilore. Núm. 26. San Sebastián 2012, pp. 131 -141.

17 Lima Malvido, María de la Luz. *Derecho Victimal y su construcción científica*. Victimología Núm. 10. Encuentro (Editor). Argentina, 2011.

18 Cfr. Bobbio, Norberto. *Principios Generali di Diritto*. citado por García Máñez, Eduardo en Filosofía del Derecho. Ed. Porrúa 2002, p. 320.

19 Interpretación. “Indagación del verdadero sentido y alcance de norma jurídica, en relación con el caso que por ella ha de ser reglado” (Castan Tobeñas, José, *Derecho Civil*



jurídico encierra un sentido, pero éste no siempre se halla manifiesto con claridad.<sup>20</sup>

- Realizar la Integración <sup>21</sup> porque permite suplir la insuficiencia de las normas escritas.
- Establecer límites, porque nos ayuda a respetar el campo de acción para no rebasar y crear contradicciones internas. <sup>22</sup>

### 3.3. Clases de principios

#### Los principios del Derecho Victimal los dividiremos en dos.

- A. Generales - los que emanan de la Ley General de Víctimas (principio pro persona, buena fe, enfoque diferencias, igualdad/ no discriminación).
- B. Especiales- Los que emanan de leyes victimales especiales tomando en cuenta las características específicas de esa clase de víctima (ej. Principios Rectores para las víctimas desplazadas internas;<sup>23</sup> los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario; a interponer recursos

---

*Español, Común y Foral*, Madrid, España. Reus, 1980.) Se trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial obtiene la norma individual que le incumbe establecer. (Muñoz C, Francisco y García A. Mercedes, Derecho Penal. Parte General, Valencia, España: Tirant lo Blanch, 6ª, 2004, p. 121).

20 García Máynez, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. Op. cit., p. 129.

21 Integración. Creación y constitución de un derecho, o la tipificación de un delito no establecido en la ley recurriendo a otras normas, a la Analogía, a los Principios Generales del Derecho y a la Doctrina, para aplicarlos al caso particular. Se la usa para llenar vacíos legales (lagunas jurídicas). No se permite en Derecho Penal ni en Derecho Procesal Penal, pero si en Derechos Victimal.

22 Sánchez Vázquez, Rafael. Op. cit., p. 41. Consultado 28-03-2016. <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Noticias/NoticiasOJN/Eventos/Congreso07/Textos/5.pdf>.

23 Deng Francis, M. Intensificación de la promoción y el fomento de los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular la cuestión del programa y los métodos de trabajo de la comisión derechos humanos, éxodos en masa y personas desplazadas. Informe del Representante del Secretario General. Distr. General E/CN.4/1998/53/Add.2 Comisión De Derechos Humanos 54º período de sesiones Tema 9 d) del programa provisional. 11 de febrero de 1998.

y obtener reparaciones;<sup>24</sup> principios rectores para menores víctima de delitos y testigos<sup>25</sup>).

En la declaración mencionada de la ONU, encontramos algunos principios que forman parte sustancial del Derecho Victimal, que deben guiar la interpretación y aplicación de normas jurídicas de esta naturaleza, y otros están contenidos en la LGV. Sólo mencionaremos en este artículo algunos.

### a. Principio pro persona

Este es un principio eje porque permite dar un giro en el enfoque en el que, en cada determinación se ubica a la víctima en el centro.

Se ordena en la LGV que todas las normas, instituciones o actos que se desprenda de la misma deben ser interpretados de conformidad con los derechos humanos reconocidos por la Constitución y los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea Parte, aplicando siempre la norma más benéfica para la persona.

Néstor Pedro Sagüés, determina que este principio pro persona tiene doble vertiente o dimensiones. La dimensión del principio como *preferencia interpretativa*, según la cual, al determinar el contenido de los derechos, se deberá utilizar la interpretación más expansiva que los optimice; así cuando realicemos cuando una limitación a un derecho, debemos optar por la interpretación que más restrinja su alcance. Se resalta por otro lado la dimensión del principio como *preferencia normativa*, en virtud de la cual “ante un caso a debatir, el juez [...] tendrá que aplicar la norma más favorable a la persona, con independencia de su nivel jerárquico”.<sup>26</sup>

Esto es en virtud del principio pro persona, se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la los derechos o su

---

24 Cfr. Resolución 60/147 Resolución aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005.

25 Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos Resolución 200/20, E/2005/INF/2/add.1

26 Cfr. Sagüés, Néstor Pedro. La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional”, en José Palomino y José Carlos Remotti (coord.), *Derechos humanos y Constitución en Iberoamérica (Libro-homenaje a Germán J. Bidart Campos)*, Lima, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2002, p. 39.

suspensión extraordinaria... En virtud de este principio, siempre se debe elegir la norma jurídica internacional o de orden interno que sea más favorable a los intereses de la persona, y que ampare más ampliamente los derechos humanos.<sup>27</sup>

## **b. Principio de igualdad y no discriminación**

Un principio fundamental que la declaración de la ONU establece de manera explícita en el párrafo 3 de la misma donde indica que:

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.

Mediante éste, se limita el trato diferenciado no racional o desproporcionado a cierta clase de víctimas. Estas características varían en los distintos ordenamientos jurídicos. Por ejemplo, tratándose de indocumentados, o personas con antecedentes penales algunas legislaciones europeas limitan las prestaciones que otorgan a ciertas víctimas resultando discriminatorias.<sup>28</sup>

## **c. Principio de dignidad y trato compasivo**

Otro principio contenido en la declaración, se refiere a que la víctima debe ser tratada con compasión y respeto a su dignidad.

La dignidad es un Principio que tiene validez universal, destacado en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que invoca en su Preámbulo la dignidad intrínseca (...) de todos los miembros de la familia humana, estableciendo en el artículo 1: *Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.*

---

27 Mayén, Gustavo. Concepto y principios básicos de los Derechos Humanos. 2012. Consultado al 29 de marzo del 2016, <http://dipronaturaleza.blogspot.mx/2012/08/concepto-y-principios-basicos-de-los.html>.

28 Este principio está contenido en la *Ley General de Víctimas*, artículo 5

La dignidad de la persona constituye una barrera insuperable en el ejercicio de los derechos fundamentales, ya que tienen su fuente y fundamento en ella como lo afirma Ferrajoli.<sup>29</sup>

Este principio fue integrado en nuestro ordenamiento jurídico a través de la reforma constitucional publicada el 10 de junio de 2011, que estableció las bases para un *replanteamiento de la forma de entender el sistema jurídico mexicano a partir de la reconcepción y reposicionamiento de los derechos humanos*.<sup>30</sup>

El principio de dignidad humana, es concebido en la LGV como: un valor, principio y derecho fundamental base y condición de todos los demás. Este principio, implica la comprensión de la persona como titular y sujeto de derechos y a no ser objeto de violencia o arbitrariedades por parte del Estado o de los particulares.<sup>31</sup>

#### **d. Principio de buena fe**

Otro principio es el de buena fe, por el cual las autoridades deben presumir la buena fe de las víctimas y no deberán criminalizarla o responsabilizarla por su situación de víctima, brindándole los servicios de ayuda, atención y asistencia desde el momento en que lo requiera, respetando y promoviendo el goce y el ejercicio efectivo de sus derechos.

#### **e. Enfoque diferencial**

Otro, es el principio del llamado Enfoque diferencial y especializado, que reconoce que cada víctima o grupo de víctimas tiene distintas necesidades derivadas de sus características particulares o del grado de vulnerabilidad que tiene en razón de su edad, género, preferencia u orientación sexual, etnia, condición de discapacidad y

---

29 Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p.37. Citado por Carbonell Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, 2004, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de investigaciones jurídicas, Serie de doctrina Jurídica núm. 185. <http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1408/4.pdf>

30 Medellín Urquiaga, Ximena. Coedición: Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

(OACNUDH) y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF). México 2013, p. 6

31 Incluido en la *Ley General de Víctimas*, artículo 5.

otros. Además de que cada una recibió diversas formas de victimación por lo que el impacto fue distinto y derivado de ello requerirá distintas estrategias de intervención.

Este principio debe tenerse en cuenta desde el diseño de servicios y protocolos, ya que deben realizar las adecuaciones estructurales necesarias para recibir a la clase de víctimas que establezcan los requisitos de accesibilidad. Debe el principio ser guía en el diseño de la política pública.

#### **f. Progresividad y no regresividad**

Ya que los derechos humanos tienen contenidos variables según la coyuntura histórica, y esto implica su permanente ampliación y mayor reconocimiento. A medida que la cultura evoluciona, tanto el concepto de “derechos humanos” como el contenido de los mismos, también evolucionan para dar mayor protección al respeto de la dignidad humana.<sup>32</sup>

Este inculca que las autoridades que apliquen el Derecho Victimal tienen la obligación de realizar todas las acciones necesarias para garantizar los derechos reconocidos en la ley y no podrán retroceder o supeditar los derechos, estándares o niveles de cumplimiento alcanzados.

Este principio resulta de fundamental importancia ya que en nuestro país hay siempre la tentación de desaparecer la labor que haya hecho la autoridad anterior, y así muchas mejores prácticas han desaparecido <sup>33</sup>(ej. Procuraduría Social de Atención a Víctimas).

Tratados internacionales y leyes victimales incluyen más principios que deben ser cuidadosamente analizados para lograr la justicia que anhelan esa clase de víctimas.

---

32 Mayén, Gustavo. Op. cit. <http://dipronaturaleza.blogspot.mx/2012/08/concepto-y-principios-basicos-de-los.html>.

33 Un ejemplo es la desaparición de la Procuraduría Social de Atención a Víctimas, ya que no obstante que el acuerdo DOF 08/01/2014 dice que se transforma, la realidad es que crean un nuevo organismo con otra visión y misión. Cfr. *Lima Malvido, María de la Luz, Política Pública en atención a Víctimas. INACIPE 2015.*

#### 4. EL DERECHO VICTIMAL: PARTE GENERAL Y PARTE ESPECIAL

Debido a ésta diversidad de victimizaciones, es necesario estructurar el Derecho Victimal Parte General y un Derecho Victimal Parte Especial.

Definimos el Derecho Victimal Parte Especial como el conjunto de estándares,

normas jurídicas, lineamientos, procedimientos y protocolos especializados que permiten brindar una atención con calidad y enfoque diferencial a cada clase de víctima, grupo o comunidad. Este Derecho se hace efectivo a través del modelo de atención correspondiente.

El artículo 73 constitucional establece que el congreso tiene facultad para expedir leyes de secuestro, desaparición forzada, otras formas de privación de la libertad contrarias a la ley, trata de personas, tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, emigración e inmigración. Todas estas víctimas que se mencionen en las respectivas leyes tienen o tendrán prerrogativas y pretensiones diversas, que son parte de ese Derecho Victimal parte especial.

Hay ahora diversas leyes y una norma técnica (NOM) que establecen derechos y mecanismos de protección para las víctimas que conforman el Derecho Victimal Parte Especial.

- *Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura*, DOF, 27-diciembre-1991
- *Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación*, DOF, 11-junio-2003 (fondo).
- *Ley de Migración*, DOF, 25-mayo-2011(reglamento y circulares)
- *Ley para la Protección de Personas defensoras de Derechos Humanos y Periodistas*, DOF, 25-junio-2012 (fondo).
- *Ley General de Acceso a la Mujeres a una Vida Libre de Violencia*, DOF, 1-febrero-2007.
- *Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro*, DOF, 30 -noviembre-2010.
- *Ley General para prevenir, sancionar y erradicar los delitos en materia de trata de personas y para la protección y asistencia a las víctimas de estos delitos*, DOF, 14 junio 2012.

- Criterios para la atención médica de la violencia familiar, para quedar como NOM-046-SSA2-2005. Violencia familiar, sexual y contra las mujeres. Criterios para la prevención y atención. (Modificación a la Norma Oficial Mexicana NOM-190-SSA1-1999, Prestación de servicios de salud).
- *Ley General para la Prevención Social de la Violencia y la Delincuencia*, DOF, 24-enero-2012.
- *Ley General de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*, DOF, 04-diciembre-2014.
- *Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos en materia Penal*, DOF, 29-diciembre-2014.

Además, contamos con un sinnúmero de leyes estatales que replican los lineamientos victimales de las leyes generales o federales. Y poco a poco se han ido armonizando las mismas.

Éstas contienen conceptos jurídicos nuevos que no son uniformes, ya que el legislador realizó su tarea antes de que los científicos acotáramos los alcances de los conceptos victimológicos.

Así algunos son los siguientes:

<ul style="list-style-type: none"> <li>• Víctima potencial</li> <li>• Acciones afirmativas</li> <li>• Casas de acogida</li> <li>• Acompañamiento</li> <li>• Acuerdos reparatorios</li> <li>• Casa de medio camino</li> <li>• Asistencia Victimológica</li> <li>• Victimización</li> <li>• Directa e Indirecta</li> <li>• Prevención Victimal</li> <li>• Victimizable o Victimable</li> <li>• Victimante</li> <li>• Factor Victimógeno</li> <li>• Transversalización</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Protocolo de atención</li> <li>• Acompañamiento</li> <li>• Flujograma de servicio</li> <li>• Riesgo victimal</li> <li>• Indicador conductual</li> <li>• Alarma de género</li> <li>• Casa de justicia</li> <li>• Refugio</li> <li>• Indicador de abuso</li> <li>• Proceso terapéutico</li> <li>• Perspectiva de género</li> <li>• Empoderamiento</li> <li>• Hoja de ruta</li> <li>• Reparación simbólica</li> <li>• Resiliencia</li> <li>• Riesgo victimal</li> </ul>
--	---

## 5. DERECHOS DE PARTICIPAR

### ¿La participación de las víctimas es un principio o es un derecho?

Es un hecho que las víctimas han buscado canales de participación, pero al no tenerlos institucionalizados se organizan enseñándonos en el transcurso del tiempo como han sido capaces de desplegar manifestaciones y movimientos sociales muy significativos, muchos de los cuales han logrado impulsar parte del contenido del Derecho Victimal.

Por ello, debe realizarse un análisis riguroso de la línea del tiempo para sistematizar como ha influido la participación de este “nuevo actor” (sociedad civil) en nuestros países y en otras latitudes en la construcción de éste discurso científico, analizando los casos paradigmáticos que han cambiado la realidad (ej. *Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*)<sup>34</sup>

Una de las novedades de la LGV es que reivindica la idea de que la Victimología no sólo es una ciencia, sino que es un movimiento social. Como esta ley lo demuestra desde los antecedentes, la redacción, la presentación y el cabildeo hecho por los grupos de la sociedad civil y las víctimas.

En su articulado podemos mencionar de manera clara, la apertura que se hace para que las víctimas y a las organizaciones de la sociedad civil participen de manera activa:

La Ley General de Víctimas establece que las víctimas y organizaciones tendrán los siguientes derechos, entre otros:

- Derecho a participar en la formulación, implementación y seguimiento de la política pública de prevención, ayuda, atención, asistencia y reparación integral (art.7 XVI9).
- A participar activamente en la búsqueda de la verdad de los hechos y en los mecanismos de acceso a la justicia que estén a

---

34 Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia 16 de noviembre de 2009. Corte Interamericana de Derechos Humanos. consultado el 26 de marzo de 2016. [dhttp://www.bjdh.org.mx/BJDH/doc?doc=casos\\_sentencias/CasoGonzalezOtrasVsMexico\\_ExcepcionPreliminarFondoReparacionesCostas.htm](http://www.bjdh.org.mx/BJDH/doc?doc=casos_sentencias/CasoGonzalezOtrasVsMexico_ExcepcionPreliminarFondoReparacionesCostas.htm)



su disposición, conforme a los procedimientos establecidos en la ley de la materia (art. 7 frac. XXVII).

- A participar en espacios colectivos donde se proporcione apoyo individual o colectivo que le permita relacionarse con otras víctimas, y (art.7 fracs. XXXIII).
- En los casos que impliquen graves violaciones a los derechos humanos, a solicitar la intervención de expertos independientes, a fin de que colaboren con las autoridades competentes en la investigación de los hechos y la realización de peritajes. Las organizaciones de la sociedad civil o grupos de víctimas podrán solicitar que grupos de esos expertos revisen, informen y emitan recomendaciones para lograr el acceso a la justicia y a la verdad para las víctimas (art. 12 frac. XIII).
- Las víctimas tienen derecho a intervenir en el proceso penal y deberán ser reconocidas como sujetos procesales en el mismo, en los términos de la Constitución y de los Tratados Internacionales de derechos humanos, pero si no se apersonaran en el mismo, serán representadas por un Asesor Jurídico o en su caso por el Ministerio Público, y serán notificadas personalmente de todos los actos y resoluciones que pongan fin al proceso, de los recursos interpuestos ya sean ordinarios o extraordinarios, así como de las modificaciones en las medidas cautelares que se hayan adoptado por la existencia de un riesgo para su seguridad, vida o integridad física o modificaciones a la sentencia (art. 14).
- Las víctimas tendrán derecho a optar por la solución de conflictos conforme a las reglas de la justicia alternativa, a través de instituciones como la conciliación y la mediación, a fin de facilitar la reparación del daño y la reconciliación de las partes y las medidas de no repetición (art. 17).
- Los familiares de las víctimas tienen el derecho a estar presentes en las exhumaciones, por sí y/o a través de sus asesores jurídicos; a ser informadas sobre los protocolos y procedimientos que serán aplicados; y a designar peritos independientes, acreditados ante organismo nacional o internacional de protección a los derechos humanos, que contribuyan al mejor desarrollo de las mismas (art. 21 párr. 4to).

- Las organizaciones de la sociedad civil, tales como asociaciones profesionales, organizaciones no gubernamentales e instituciones académicas, podrán proporcionar a la autoridad competente, los resultados que arrojen sus investigaciones de violaciones a los derechos humanos, con el fin de contribuir con la búsqueda y conocimiento de la verdad. Las autoridades deberán dar las garantías necesarias para que esta actividad se pueda realizar de forma libre e independiente (art. 23).

## 6. REFORMAS CONSTITUCIONALES PROPUESTAS

Por lo que hace a la participación de las víctimas, deberíamos dar un paso más adelante estableciendo el Derecho de participación de las víctimas de delitos, como lo hace la LGV, en el apartado C del Artículo 20 constitucional. Con el siguiente texto:

### **De los derechos de la víctima o del ofendido:**

V. A participar en la formulación, implementación y seguimiento de la política pública de prevención, ayuda, atención, asistencia y reparación integral. Las leyes establecerán los mecanismos para hacer éste derecho efectivo.

Por otro lado, a pesar de que se ha sostenido la constitucionalidad de la Ley General de Víctimas, propusimos una reforma que consideramos necesaria.

Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

Fracción (nueva) Para expedir leyes que establezcan las bases sobre las cuales la Federación, los estados, la Ciudad de México y los municipios, coordinarán sus acciones en materia de *Justicia para las víctimas de delitos del abuso del poder,* así como de la participación en estas tareas de los sectores público y privado; velando en todo momento por el interés superior de las víctimas; cumpliendo con los estándares contenidos en leyes generales y tratados internacionales de la materia, de los que México sea parte.

## 7. CONCLUSIÓN

Necesitamos:

- Hacer una nueva apropiación de la forma en que concebimos a las víctimas y nuestra relación con ellas, basándonos en la ética del otro. (Lévinas)<sup>35</sup>.
- Trabajar en la sistematización de leyes victimológicas especiales para construir conceptos que den contenido epistemológico uniforme al Derecho Victimal para lograr una armonización legislativa.
- Trabajar con las víctimas y las organizaciones que las representan para impulsar canales institucionales de participación que sigan enriqueciendo leyes de Derecho Victimal (ej. observatorios ciudadanos).
- Realizar un riguroso análisis de la línea del tiempo para sistematizar el cómo ha influido la participación de este “nuevo actor” (sociedad civil) en nuestros países y en otras latitudes en la construcción de éste discurso científico, analizando los casos paradigmáticos que han cambiado la realidad.
- Y poner a consideración las dos reformas constitucionales que propongo.

---

35 Varas Ibar. *Lévinas: El otro como víctima*. Ibar Varas. Revista de Filosofía y Sociología Política Núm. 4 Año 2, 2006.

Reformas Constitucionales sobre Derechos de la Víctimas		
<p><b>3ª Reforma</b> 3 de septiembre de 1993</p> <p>En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías:</p> <p>X.....</p> <p>En todo proceso penal, la víctima o el ofendido por algún delito, tendrá derecho a recibir asesoría jurídica, a que se le satisfaga la reparación del daño y a coadyuvar con el Ministerio Público en la investigación correspondiente, y a interponer los recursos en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevenga la ley.</p>	<p><b>5ª Reforma</b> 21 de septiembre de 2000</p> <p>En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrá las siguientes garantías:</p> <p>B. De la víctima o del ofendido.</p> <p>I.- Recibir asesoría jurídica, ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal.</p> <p>II.- Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuenta, tanto en la investigación previa como el proceso, y a que se desahoguen las diligencias correspondientes.</p> <p>Cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa.</p> <p>III.- Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia.</p> <p>IV.- Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño, sin menoscabo de que la víctima o el ofendido lo puede solicitar directamente, y el juzgador no podrá absolver al condenado si ha emitido una sentencia condenatoria.</p> <p>La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño.</p> <p>V.- Cuando la víctima o el ofendido sean menores de edad, no estarán obligados a comparecer con el inculpado cuando se trate de los delitos de violación o secuestro. En estos casos, se llevarán a cabo declaraciones en las condiciones que establezca la ley.</p> <p>VI.- Solicitar las medidas y providencias que prevenga la ley para su seguridad y auxilio.</p>	<p><b>7ª Reforma</b> 14 de julio de 2011</p> <p>En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:</p>
<p><b>6ª Reforma</b> 18 de junio de 2008</p> <p>El proceso orden penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, e inmediación.</p> <p>A. De los principios generales:</p> <p>C. De los derechos de la víctima o del ofendido:</p> <p>I. Recibir asesoría jurídica, ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal.</p> <p>II. Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuenta, tanto en la investigación como en el proceso, a que se desahogue las diligencias correspondientes, y a interponer en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevenga la ley.</p> <p>Cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa.</p> <p>III. Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia.</p> <p>IV. Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño, sin menoscabo de que la víctima o el ofendido lo puede solicitar directamente, y el juzgador no podrá absolver al condenado si ha emitido una sentencia condenatoria.</p> <p>La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño.</p> <p>V. Al resguardo de su identidad y otros datos personales en los siguientes casos, cuando sean menores de edad; cuando se trate de delitos de violación, secuestro o delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa.</p> <p>El Ministerio Público deberá garantizar la protección de víctimas, ofendidos, testigos y en general todos los sujetos intervinientes en el proceso. Los jueces deberán vigilar el buen cumplimiento de esta obligación.</p> <p>VI. Solicitar las medidas cautelares y providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos, y</p> <p>VII. Impugnar ante autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño.</p>	<p>En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:</p>	<p>En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:</p>
<p><b>7ª Reforma</b> 14 de julio de 2011</p> <p>En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:</p>	<p>En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:</p>	<p>En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:</p>
<p><b>7ª Reforma</b> 14 de julio de 2011</p> <p>En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:</p>	<p>En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:</p>	<p>En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:</p>

Elaborado: Lima Malvido, María de la Luz

Otras reformas constitucionales relacionadas con los Derechos de las Víctimas			
<p><b>Art. 1 Const.</b> <b>3° Reforma</b> <b>10 de junio de 2011</b></p> <p>En los estados Unidos Mexicanos todas las personas gozará de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.</p> <p>Las normativas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.</p> <p>Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.</p> <p>Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la región, 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.</p>	<p><b>Art. 2 Const.</b> <b>1° Reforma</b> <b>14 de agosto de 2001</b></p> <p>A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para:</p> <p>II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes.</p>	<p><b>Art. 17 Const.</b> <b>2° Reforma</b> <b>18 de junio de 2008</b> <b>Párr. 3to</b></p> <p>Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma,.....</p> <p>Las leyes previeran mecanismos alternativos de solución de controversia. En la materia penal regularán su aplicación, asegurará la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requiera supervisión judicial.</p>	<p><b>Art. 18 Const.</b> <b>5° Reforma</b> <b>18 de junio de 2008</b> <b>Párr. 6to</b></p> <p>Solo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva.....</p> <p>Se podrán aplicar las medidas de orientación, protección y tratamiento de amerie cada caso, atendiendo a la protección integral y en interés superior del adolescente.</p> <p>Las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema, siempre que resulte procedente.</p> <p>.....</p>

Elaborado: Lima Malvido María de la Luz

## BIBLIOGRAFÍA

*Acuerdo A/176/12* de la Procuradora General de la República, por el que se establece la obligación del personal sustantivo de la Procuraduría General de la República para el uso de los protocolos de actuación.

Baratta, Alessandro. *“Requisitos mínimos del respeto a los Derechos Humanos”*. Capítulo Criminológico N° 1, Venezuela, 1985. Citado por Rodríguez Manzanera Luis, *Derecho Victimal y Victimodogmática*. Eguzkilore. Núm. 26. San Sebastián 2012, pp. 131 -141.

Beristain, Antonio. *Víctimas del terrorismo. Nueva justicia, sanción y ética*. Tirant lo Blanch. España, 2007.

Bobbio, Norberto. *Principios Generali di Diritto*, citado por Eduardo García Máynez, en *Filosofía del Derecho*. *Filosofía del Derecho*, p. 320.

Carbonell, Miguel. *Los derechos fundamentales en México*. México, 2004, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de investigaciones jurídicas, Serie de doctrina Jurídica núm. 185. libros/3/1408/4.pdf.

*Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*. Sentencia 16 de noviembre de 2009. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Consultado el 26 de marzo de 2016. [http://www.bjdh.org.mx/BJDH/doc?doc=casos\\_sentencias/CasoGonzalezOtrasVsMexico\\_ExcepcionPreliminarFondoReparacionesCostas.htm](http://www.bjdh.org.mx/BJDH/doc?doc=casos_sentencias/CasoGonzalezOtrasVsMexico_ExcepcionPreliminarFondoReparacionesCostas.htm).

Castan Tobeñas, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Madrid, España. Reus, 1980.

*Conferencia diplomática para la adopción de una convención sobre municiones en racimo*. Dublín, 19 - 30 de mayo de 2008.

*Criterios para la atención médica de la violencia familiar, para quedar como NOM-046-SSA2-2005. Violencia familiar, sexual y contra las mujeres. Criterios para la prevención y atención*. (Modificación a la Norma Oficial Mexicana NOM-190-SSA1-1999, Prestación de servicios de salud).

*Conferencia diplomática para la adopción de una convención sobre municiones en racimo*. Dublín, 19 - 30 de mayo de 2008.

*Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder.* Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985.

*Decreto DOF 08/01/2014.* Por el que se transforma, transforma la Procuraduría Social de Atención a las Víctimas de Delitos en la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas.

Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa, 25 de octubre de 2012. Diario Oficial de la Unión Europea. L 315, 55º año 14 noviembre 2012. Consultada el 28 marzo de 2016. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32012L0029>.

Deng Francis, M. Intensificación de la promoción y el fomento de los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular la cuestión del programa y los métodos de trabajo de la comisión derechos humanos, éxodos en masa y personas desplazadas. Informe del Representante del Secretario General. Distr. General E/CN.4/1998/53/Add.2 Comisión de Derechos Humanos 54º período de sesiones Tema 9 d) del programa provisional. 11 de febrero de 1998.

Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos Resolución 200/20, E/2005/INF/2/add.1.

Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 37.

García Máynez, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. Ed. Porrúa, 2002, p. 129.

García Máynez, Eduardo. *Filosofía del Derecho*. Ed. Porrúa 2002, p. 320.

*Ley de Asistencia Social*, DOF, del 2 de septiembre de 2004.

*Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura*, DOF, del 27-diciembre-1991 *Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación*, DOF, 11-junio-2003 (fondo).

*Ley de Migración*, DOF, 25-mayo-2011 (reglamento y circulares).

*Ley para la Protección de Personas defensoras de Derechos Humanos y Periodistas*, DOF, 25-junio-2012 (fondo).

*Ley General de Acceso a la Mujeres a una Vida Libre de Violencia*, DOF, 1-febrero-2007.

*Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro*, DOF, 30 -noviembre-2010.

*Ley General para prevenir, sancionar y erradicar los delitos en materia de trata de personas y para la protección y asistencia a las víctimas de estos delitos*, DOF, 14 junio 2012.

*Ley General para la Prevención Social de la Violencia y la Delincuencia*, DOF 24-enero-2012.

*Ley General de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*, DOF, 04-diciembre-2014.

*Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos en materia Penal*, DOF29-diciembre-2014.

Lima Malvido, María de la Luz. *Protección a las víctimas*. Criminalia año LXVIII. Núm. 2, p. 71. Ed. Porrúa, México 1992.

Lima, Malvido María de la Luz. *Política Pública de atención a Víctimas*. INACIPE, 2015.

Lima Malvido, María de la Luz. *Modelos de atención a víctimas en México*. Ed. Porrúa, México, 2004.

Lima Malvido, María de la Luz. *Derecho Victimal y su construcción científica*. Victimología Núm. 10. Encuentro (Editor). Argentina, 2011.

*Manual de Justicia sobre el Uso y Aplicación de la Declaración de Principios Básicos de Justicia para Víctimas de Delitos y Abuso del Poder*, Viena, 1996.

Mayén, Gustavo. *Concepto y principios básicos de los Derechos Humanos*. 2012. Consultado al 29 de marzo del 2016, <http://dipronaturaleza.blogspot.mx/2012/08/concepto-y-principios-basicos-de-los.html>.

Medellín Urquiaga, Ximena. Coedición: Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF). México 2013, p. 6.

Muñoz C. Francisco y García A., Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. Valencia, España: Tirant lo Blanch, 6 edición, 2004, p.121.

Néstor Pedro Sagüés, "La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional", en José Palomino y José Carlos



Remotti (coord.), *Derechos humanos y Constitución en Iberoamérica (Libro-homenaje a Germán J. Bidart Campos)*, Lima, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2002, citado en Edgar Carpio Marcos, *La interpretación de los derechos fundamentales*, Lima, Palestra, 2004, pp. 29-34.

Palomino José y Remotti, José Carlos (coord.) *Derechos humanos y Constitución en Iberoamérica (Libro-homenaje a Germán J. Bidart Campos)*, Lima, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2002, p. 39.

*Resolución 60/147* Resolución aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005.

Rodríguez Manzanera, Luis. *Derecho Victimal y Victimodogmática*. Eguzkilore. Núm. 26. San Sebastián 2012, p. 133.

Sánchez Vázquez, Rafael. *Los principios generales del derecho y su importancia en la cultura de la legalidad*. 2008. Consultado 28-03-2016. <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Noticias/NoticiasOJN/Eventos/Congreso07/Textos/5.pdf>.

Varas Ibar. *Lévinas: El otro como víctima*. Ibar Varas. Revista de Filosofía y Sociología Política Núm. 4 Año 2, 2006.

Vecchio, Giorgio del. *Los principios generales del derecho*: trad. al castellano de Juan Osorio Morales. Prólogo de Felipe Clemente de Dieg, 3ª ed. Ed. Bosch-Barcelona. 1971, pp. 79 y 80.



# LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL DERECHO PENAL

**Rodrigo Santiago Juárez**

Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid;  
Investigador Nacional Nivel I del Sistema Nacional de Investigadores;  
Director General del Programa de Agravios a Periodistas y Defensores Civiles  
de Derechos Humanos de la CNDH.

## 1. INTRODUCCIÓN

La libertad de expresión pertenece al conjunto de derechos fundamentales que fueron reconocidos en el constitucionalismo más temprano por medio de las declaraciones revolucionarias del siglo XVIII, y como la mayor parte de tales derechos es un derecho de libertad, que determina un ámbito en el seno del cual el individuo no puede ser importunado por el Estado.<sup>1</sup>

La Constitución de los Estados Unidos garantizó este derecho en su primera enmienda, ratificada el 15 de diciembre de 1791, misma que menciona: “El Congreso no legislará respecto al establecimiento de una religión o a la prohibición del libre ejercicio de la misma; ni impondrá obstáculos a la libertad de expresión o de la prensa; ni coartará el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios”.<sup>2</sup>

La libertad de expresión también se encuentra en las declaraciones y convenciones internacionales y regionales de derechos humanos. La Declaración Universal de los Derechos Humanos señala en su artículo 19 que “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el

---

1 ESPÍN, Eduardo, “Los derechos de libertad”, en VV.AA., *Derecho Constitucional Vol. I, El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 279 y ss.

2 *La Declaración de Independencia y la Constitución de los Estados Unidos de América*, Massachusetts, Cato Institute, 2004, p. 107

de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.<sup>3</sup>

En nuestro continente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 13, numerales 1, 2 y 3:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección; 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas; 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.<sup>4</sup>

En el caso de México, este derecho está contemplado en los artículos 6, párrafo primero, y 7 de la Constitución, en el primero de ellos, se menciona que *“La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el Estado”*.

Por su parte, el artículo 7 señala que

---

3 *Declaración Universal de Derechos Humanos*, Asamblea General de la ONU, París, 10 de diciembre de 1948. Disponible en: <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

4 *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Costa Rica, 1969. Disponible en: [http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm)

Es inviolable la libertad de difundir opiniones, información e ideas, a través de cualquier medio. No se puede restringir este derecho por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares, de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios y tecnologías de la información y comunicación encaminados a impedir la transmisión y circulación de ideas y opiniones. Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni coartar la libertad de difusión, que no tiene más límites que los previstos en el primer párrafo del artículo 6o. de esta Constitución. En ningún caso podrán secuestrarse los bienes utilizados para la difusión de información, opiniones e ideas, como instrumento del delito.<sup>5</sup>

Como veremos a continuación, la libertad de expresión cobra una relevancia fundamental en los sistemas democráticos contemporáneos, pues es a partir de su ejercicio que pueden desarrollarse otros derechos y garantizarse los controles sociales sobre el poder público. La jurisprudencia nacional e internacional ha conformado criterios básicos sobre la importancia de este derecho, que establecen pautas a seguir tanto por los impartidores de justicia como por toda persona vinculada con el ejercicio del servicio público.

## **2. RELEVANCIA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL E INTERNACIONAL**

Sobre la relevancia que tiene este derecho para la consolidación de la democracia, se ha señalado que la libertad de expresión no trata simplemente de reconocer el derecho que tienen los medios a expresarse con libertad, de reconocer su libertad de prensa, sino que en un régimen democrático la difusión de ideas, opiniones e información involucra también el tema del derecho de los individuos a estar informados de forma oportuna, veraz y confiable sobre todo lo que acontece en el espacio público. La libertad de prensa tiene, a fin de cuentas, un carácter particular en los regímenes democráticos modernos, servir de equilibrio entre la libertad de expresión y el

---

<sup>5</sup> *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, arts. 6 y 7.

derecho de los individuos a recibir información y enterarse de lo que sucede en los asuntos públicos.<sup>6</sup>

La importancia que tiene la libertad de expresión para el desarrollo de la democracia la podemos advertir a partir de diversos elementos. Algunos de ellos tienen que ver con la manera en que la jurisprudencia nacional e internacional destaca el papel que la misma juega en el desenvolvimiento de otros derechos y como instrumento que permite auditar y controlar lo que sucede en el ámbito público.

En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha conformado algunos criterios de jurisprudencia relacionados con la libertad de expresión. En uno de ellos, se destaca precisamente la relevancia que su ejercicio tiene para la democracia representativa.

LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LOS ARTÍCULOS 6º Y 7º DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS ESTABLECEN DERECHOS FUNDAMENTALES DEL ESTADO DE DERECHO. Los derechos fundamentales previstos en los preceptos constitucionales citados garantizan que: a) La manifestación de las ideas no sea objeto de inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que se ataque a la moral, los derechos de tercero, se provoque algún delito o perturbe el orden público; b) El derecho a la información sea salvaguardado por el Estado; c) No se viole la libertad de escribir y publicar sobre cualquier materia; d) Ninguna ley ni autoridad establezcan censura, ni exijan fianza a los autores o impresores, no coarten la libertad de imprenta; e) Los límites a la libertad de escribir y publicar sobre cualquier materia sean el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. En ese sentido, estos derechos fundamentales de libre expresión de ideas y de comunicación y acceso a la información son indispensables para la formación de la opinión pública, componente necesario para el funcionamiento de una democracia representativa.<sup>7</sup>

---

6 GONZÁLEZ PÉREZ, Luis Raúl, "Prólogo", en GONZÁLEZ PÉREZ, Luis Raúl (coord.). *En defensa de periodistas y defensores de derechos humanos en riesgo*, México, CNDH-Tirant lo Blanch, 2016, pp. 12-13. Disponible en: <http://www.tirant.com/mailling/mexico/9788491430612.pdf>

7 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXV, mayo de 2007, p. 1522.

En otra de las tesis de nuestro máximo tribunal, se mencionan las dimensiones individual y colectiva que abarca la libertad de expresión:

LIBERTAD DE EXPRESIÓN. DIMENSIONES DE SU CONTENIDO. El derecho fundamental a la libertad de expresión comprende tanto la libertad de expresar el pensamiento propio (dimensión individual), como el derecho a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Así, al garantizarse la seguridad de no ser víctima de un menoscabo arbitrario en la capacidad para manifestar el pensamiento propio, la garantía de la libertad de expresión asegura el derecho a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno, lo cual se asocia a la dimensión colectiva del ejercicio de este derecho. Esto es, la libertad de expresión garantiza un intercambio de ideas e informaciones que protege tanto la comunicación a otras personas de los propios puntos de vista como el derecho de conocer las opiniones, relatos y noticias que los demás difunden”.<sup>8</sup>

También la Suprema Corte se ha pronunciado sobre los límites a la libertad de expresión en donde se menciona ya jurisprudencia interamericana:

LIBERTAD DE EXPRESIÓN. SUS LÍMITES A LA LUZ DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DUAL Y DEL ESTÁNDAR DE MALICIA EFECTIVA. Para el análisis de los límites a la libertad de expresión, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha adoptado el denominado “sistema dual de protección”, según el cual los límites de la crítica son más amplios cuando ésta se refiere a personas que, por dedicarse a actividades públicas o por el rol que desempeñan en una sociedad democrática, están expuestas a un control más riguroso de sus actividades y manifestaciones que aquellos particulares sin proyección pública alguna, pues en un sistema inspirado en los valores democráticos, la sujeción a esa crítica es inseparable de todo cargo de relevancia pública. Sobre este tema, la Corte Interamericana de Derechos Humanos precisó, en los casos *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* y *Kimel vs. Argentina*, que el acento de este umbral diferente de protección no se asienta en la calidad

---

8 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXV, mayo de 2007, p. 1520.

del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada. Esta aclaración es fundamental en tanto que las personas no estarán sometidas a un mayor escrutinio en su honor o privacidad durante todas sus vidas, sino que dicho umbral de tolerancia deberá ser mayor solamente mientras realicen funciones públicas o estén involucradas en temas de relevancia pública. Esto no significa que la proyección pública de las personas las prive de su derecho al honor, sino simplemente que el nivel de intromisión admisible será mayor, aunque dichas intromisiones deben estar relacionadas con aquellos asuntos que sean de relevancia pública. La principal consecuencia del sistema de protección dual es la doctrina conocida como “real malicia” o “malicia efectiva”, misma que ha sido incorporada al ordenamiento jurídico mexicano. Esta doctrina se traduce en la imposición de sanciones civiles, exclusivamente en aquellos casos en que exista información falsa (en caso del derecho a la información) o que haya sido producida con “real malicia” (aplicable tanto al derecho a la información como a la libertad de expresión). El estándar de “real malicia” requiere, para la existencia de una condena por daño moral por la emisión de opiniones, ideas o juicios, que hayan sido expresados con la intención de dañar, para lo cual, la nota publicada y su contexto constituyen las pruebas idóneas para acreditar dicha intención (...).<sup>9</sup>

Como se observa, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha destacado en su jurisprudencia aspectos como la relevancia de la libertad de expresión para la consolidación democrática, los aspectos individual y colectivo de dicha libertad, así como criterios sobre los límites de la misma, en atención a los criterios y estándares provenientes de fuentes internacionales. Como veremos a continuación, los criterios judiciales de países como Estados Unidos, España, o la jurisprudencia de la Corte Interamericana, también han privilegiado la libertad de expresión como elemento fundamental del régimen democrático.

---

9 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XIX, abril de 2013, p. 538. Para un análisis más detallado de la jurisprudencia mexicana véase: COSSÍO DÍAZ, José Ramón (et. al.). *La libertad de expresión en las sentencias de la Suprema Corte de Justicia*, México, 2014, Tirant lo Blanch.



En su nutrida e interesante jurisprudencia, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha privilegiado la libertad de expresión sobre muchos otros aspectos como los símbolos patrios (Texas v. Johnson, 1989, relacionado con la incineración de una bandera norteamericana durante una manifestación); en supuestos donde las afirmaciones mencionadas en un periódico no resultaban del todo ciertas (New York Times Co. v. Sullivan, 1964, relacionado con la demanda que presentó un servidor público al sentirse aludido por notas publicadas en el diario sobre la segregación negra en la ciudad de Montgomery), o donde el derecho a la información tiene un mayor peso que la protección de datos sobre la seguridad nacional en poder del Estado (New York Times Co. v. United States, 1971, relacionado con la divulgación de documentos del Pentágono sobre la guerra de Vietnam).<sup>10</sup>

La relevancia que el pueblo norteamericano deposita en la libertad de expresión fue analizada de manera muy temprana por Alexis de Tocqueville, quien advirtió que este derecho garantizaba la estabilidad del sistema democrático adoptado en aquél país:

En un país donde rige ostensiblemente el dogma de la soberanía del pueblo, la censura no es solamente un peligro, sino un absurdo inmenso. Cuando se concede a cada uno el derecho de gobernar a la sociedad, es necesario reconocerle la capacidad de escoger entre las diferentes opiniones que agitan a sus contemporáneos,

---

10 TRACHTMAN, Michael G. *The Supreme's greatest hits. The 37 Supreme Court cases that most directly affect your life*, New York, Sterling, 2009, pp. 151 y ss. La sentencia del caso New York Times Co. v. Sullivan sentó las bases para el criterio de la real malicia, que hasta ahora se constituye en un elemento primordial para decretar un exceso en el derecho a la libertad de expresión, es decir, cuando a sabiendas de que la información es falsa, esta se publica. Sobre esta misma resolución véase: BELTRÁN DE FELIPE, Miguel; GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 317 y ss, La Corte Suprema anuló la sentencia del Tribunal Supremo de Alabama por ser contraria a la libertad de expresión garantizada por la 1ª enmienda. Dijo, en una frase que se ha hecho famosa, que “los errores en la expresión de informaciones y opiniones son inevitables si lo que queremos es proteger la libertad de expresión, y ello es una garantía para que las libertades puedan respirar”. La sentencia anula parte de las reglas tradicionales del *common law* sobre difamación, y exige que para que haya difamación exista intención en el actor (real malicia), y además que la carga de la prueba de la veracidad de los hechos –o de la falta de verdad, para ser más exacto- recaiga en la persona supuestamente difamada.

y de apreciar los diferentes hechos cuyo conocimiento puede goiarle. La soberanía del pueblo y la libertad de prensa son, pues, dos cosas enteramente correlativas: la censura y el voto universal son, por el contrario, dos cosas que se contradicen y no pueden encontrarse largo tiempo en las instituciones políticas de un mismo pueblo. Entre los doce millones de hombres que viven en el territorio de los Estados Unidos, no hay uno solo que haya propuesto todavía restringir la libertad de prensa.<sup>11</sup>

Por eso no llama la atención que en las sentencias antes señaladas, en las que la libertad de expresión entraba en colisión con temas tan relevantes -al menos para el imaginario social- como los símbolos patrios o los datos sobre seguridad nacional, se haya impuesto la misma sobre dichos conceptos, de donde se desprende que la libertad de expresión tiene un peso específico claro para el Poder Judicial en Estados Unidos como límite al poder del Estado.

Al igual que en Estados Unidos, la jurisprudencia de otros países ha privilegiado la libertad de expresión al considerar que su ejercicio es fundamental en la democracia, pues es a través de la misma que se garantiza el buen funcionamiento de las instituciones y el correcto desenvolvimiento de otros derechos humanos.

En este sentido, el Tribunal Constitucional español señaló, en un proyecto a cargo del Magistrado Francisco Rubio Llorente, que la libertad de expresión: *“garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual serían formas huera las instituciones representativas, se falsearía el principio de legitimidad democrática y no habría sociedad libre ni, en consecuencia, soberanía popular”*.<sup>12</sup>

Por su parte, la jurisprudencia interamericana también ha otorgado un papel fundamental a la libertad de expresión. En la Opinión Consultiva OC-5/85 solicitada por el gobierno de Costa Rica, sobre

---

11 TOCQUEVILLE, Alexis, *La democracia en América*, México, Fondo de Cultura Económica, 2005, pp. 198 y ss. (edición original de 1835). Llamam la atención las últimas líneas del texto transcrito cuando, a los pocos días de la toma de posesión del nuevo Presidente de los Estados Unidos de Norteamérica, Donald Trump, es precisamente el primer mandatario de aquél país el que ha criticado a los medios y puesto trabas para que algunos periódicos y canales de televisión accedan a las ruedas de prensa en la Casa Blanca.

12 Véase: STC 6/81, 16 de marzo de 1981, Boletín Oficial del Estado No. 89, ponente Francisco Rubio Llorente.

*“La colegiación obligatoria de periodistas”*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CrIDH) señaló que el concepto de orden público reclama que, dentro de una sociedad democrática, se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto. La libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia.

A mayor abundamiento, ese Tribunal destacó que la libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre.<sup>13</sup> Existe coincidencia entre los diferentes sistemas regionales de protección a los derechos humanos y el universal, en cuanto al papel esencial que juega la libertad de expresión en la consolidación y dinámica de una sociedad democrática.<sup>14</sup>

Con relación a la manera en que la libertad de expresión sirve como mecanismo de control de las actividades públicas, la Corte Interamericana ha señalado que el control democrático por parte de la sociedad, a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual debe existir un mayor margen de tolerancia frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas en el curso de los debates políticos o sobre cuestiones de interés público.<sup>15</sup>

En otra sentencia, señaló que la actuación del Estado debe encontrarse regida por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública. El acceso a la información bajo el control del Estado, cuando ésta sea de interés público, favorece la participación en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer por ese medio.<sup>16</sup> Por ello, se ha mencionado que la sociedad tiene también un interés básico en la forma en que se desenvuelve la libertad de expresión.<sup>17</sup>

---

13 *Opinión Consultiva OC-5/85 “La colegiación obligatoria de periodistas”*, párr. 69 y 70.

14 *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, sentencia de 31 de agosto de 2004, párr. 86.

15 *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, sentencia de 31 de agosto de 2004, párr. 97.

16 *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*, sentencia de 19 de septiembre de 2006, párr. 86.

17 GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, GONZA, Alejandra, *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Costa Rica, México,

### 3. ESTÁNDARES INTERNACIONALES SOBRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La jurisprudencia internacional y regional ha conformado algunos estándares relacionados con la libertad de expresión que deben de ser atendidos por las autoridades de los distintos niveles de gobierno y sobre todo por quienes tienen a su cargo responsabilidades en casos que en materia administrativa o judicial estén relacionados con ese derecho. A continuación se mencionan los estándares más relevantes.

*Prohibición de la censura previa.* De conformidad con el artículo 13 de la Convención Americana sobre derechos humanos, se prohíbe la censura previa en materia de libertad de expresión y la única excepción tiene que ver con los espectáculos públicos donde pueden imponerse requisitos de acceso para la protección de la infancia y la adolescencia. A la vez que prohíbe la censura previa, dicho instrumento internacional contempla únicamente responsabilidades ulteriores, es decir, sanciones por un posible exceso en la libertad de expresión que deben estar previamente fijadas en la ley y ser estrictamente necesarias.

Uno de los asuntos relacionados con este estándar deriva de la sentencia del *Caso Olmedo Bustos vs. Chile*, donde el Tribunal Interamericano determinó que el Estado chileno vulneró los artículos 12 (libertad de conciencia y religión) y 13 (libertad de expresión) de la Convención Americana, al prohibir la exhibición de una película considerada como transgresora de los principios del catolicismo.<sup>18</sup>

Otro es el *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, relacionado con la actuación del gobierno chileno cuando incautó el material de imprenta y borró los archivos de la computadora del señor Iribarne, quien pretendía publicar el libro “Ética y servicio de inteligencia”, que contenía una dura crítica a la actuación de quienes ejercían acciones de inteligencia en aquél país en contra de los ciudadanos, y donde la

---

CrIDH-CDHDF, 2007, p. 20. Sobre el particular, los autores señalan que “La sociedad debe observar cuidadosamente el ejercicio de la libertad de expresión, que le sirve directamente. Es necesario que exista “atención social” hacia ese ejercicio, como garantía para quien lo practica y para la propia sociedad y sus integrantes. Corresponde a la opinión pública ponderar el mensaje informativo, apreciativo o crítico del emisor. En ese orden, el adecuado ejercicio de la libertad implica una tolerancia mayor hacia las expresiones que se emiten en (determinadas) circunstancias o sobre asuntos que poseen gran relevancia social”.

18 *Caso Olmedo Bustos vs. Chile*, sentencia de 5 de febrero de 2001.

CrIDH condenó al Estado chileno por vulnerar la libertad de expresión del agraviado.<sup>19</sup>

*Prohibición de restricciones indirectas.* Si bien existen las restricciones directas a la libertad de expresión, como pueden ser las amenazas o las agresiones cometidas en contra de quienes ejercen tal derecho, como los periodistas o medios de comunicación, en la actualidad existen mecanismos más sutiles con los que se busca inhibir la libertad de expresión, a los que se conoce como mecanismos o medios indirectos. Esos mecanismos de restricción indirectos frecuentemente conllevan el uso de mecanismos aparentemente legítimos, pero que tienen como propósito final afectar o limitar la libertad de expresión.

Una de las sentencias en donde a mi juicio se hace uno de los análisis más pormenorizados de la manera en que el Estado puede afectar la libertad de expresión por medios indirectos es la que tiene que ver con el *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, en donde mencionó que como consecuencia de la línea editorial asumida por el canal 2 de ese país, el señor Ivcher Bronstein –ciudadano peruano por naturalización y director del canal-, fue sujeto a diversas acciones intimidatorias.

Por ejemplo, luego de difundir un programa donde se denunciaban las posibles torturas cometidas por integrantes del Servicio de Inteligencia del Ejército así como las prácticas de corrupción del señor Vladimiro Montesinos –asesor del Servicio de Inteligencia de ese país y colaborador del ex Presidente Alberto Fujumori-, el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas emitió un comunicado oficial en el que denunció al señor Bronstein por llevar a cabo una campaña difamatoria tendente a desprestigiar a las Fuerzas Armadas. Además, el mismo día en que el Ejército emitió dicho comunicado, el Poder Ejecutivo de Perú expidió un decreto que reglamentó la Ley de Nacionalidad por la que estableció la posibilidad de cancelar ésta a los peruanos naturalizados.<sup>20</sup>

Como consecuencia de esa medida, en los días posteriores se dio a conocer que no había sido localizado el expediente por el que se tramitó la nacionalidad del señor Bronstein y que no estaba acreditado que el mismo hubiera renunciado a su nacionalidad israelí, por lo que se dejó sin efecto el título de nacionalidad peruana y se suspendió el

---

19 *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, sentencia de 22 de noviembre de 2005.

20 *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, sentencia de 6 de febrero de 2001, párrs. 156-158.

ejercicio de sus derechos como socio del canal y su nombramiento como director del mismo.

Al analizar el contexto en el que se dieron los hechos y la serie de actos administrativos posteriores a la difusión de un programa crítico contra el gobierno y donde se denunciaban crímenes cometidos por altos servidores públicos del Estado, el Tribunal interamericano determinó que la resolución que dejó sin efecto legal el título de nacionalidad al agraviado constituyó un mecanismo para afectar la libertad de expresión del señor Bronstein. Es decir, que el Estado bajo un aparente procedimiento legal, estaba castigando la difusión de información por parte del agraviado, lo que constituye de conformidad con los estándares internacionales, un medio indirecto contra la libertad de expresión.<sup>21</sup>

En efecto, al resolver ese caso, la CrIDH tomó en cuenta el contexto en el que se dieron los hechos, la reforma a la Ley de Nacionalidad de Perú que permitió en último término retirar la nacionalidad a los peruanos naturalizados, así como los actos posteriores por los que se dejó sin efecto su título de nacionalidad y retirarlo como socio del canal, que sirvieron a la Corte para señalar que había una relación directa entre el contenido del programa de televisión y las repercusiones administrativas y legales que derivaron de los actos denunciados en dicho programa, por lo que determinó que se estaba ante un medio indirecto para afectar la libertad de expresión del señor Bronstein.

*Límites a las sanciones civiles.* Si bien no se prohíben las sanciones de tipo civil (económicas) derivadas de un procedimiento judicial, la Corte Interamericana ha señalado que la imposición de multas muy elevadas puede ser igual o más intimidante e inhibitorio para el ejercicio de la libertad de expresión que una sanción penal.

Al respecto, en el *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*, relacionado con la sanción económica impuesta por autoridades judiciales de Argentina a los agraviados, quienes se desempeñaban como director y editor de la revista Noticias, como responsabilidad ulterior por la publicación de dos artículos sobre la existencia de un hijo no reconocido del señor Carlos Saúl Menem, entonces Presidente de aquél país, la CrIDH determinó que la información publicada era de interés público y ya era de dominio público.

---

<sup>21</sup> *Ibidem*, párr. 159-163.

Asimismo, tomó en consideración que no hubo una injerencia arbitraria en el derecho a la vida privada del señor Menem, y que la medida de responsabilidad ulterior (en este caso la sanción económica impuesta al director y al editor de la revista donde se publicó la información) no cumplió con el requisito de ser necesaria en una sociedad democrática, por lo que constituyó una violación al artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>22</sup>

*Adopción de un discurso público que contribuya a prevenir la violencia en contra quienes ejercen la libertad de expresión.* La Corte Interamericana ha considerado que una de las maneras en que se fomenta la violencia en contra de las y los periodistas y medios de comunicación es a través de comentarios que los expongan a un mayor riesgo de agresiones, como aquellas declaraciones o expresiones que critican o demeritan la labor periodística o incitan a cometer agresiones en su contra.

Al resolver el Caso *Perozo y otros vs. Venezuela*, el Tribunal Interamericano analizó el contexto en el que altos funcionarios del gobierno de aquel país se refirieron a los trabajadores del canal de televisión Globovisión como “enemigos del pueblo” “fascistas” o “traidores”. Al respecto, el Tribunal Interamericano señaló que el Estado vulneró los artículos 5 y 13 de la Convención Americana, relacionados con la integridad personal y la libertad de expresión, pues las declaraciones de los servidores públicos situaron a los trabajadores de ese medio en una posición de mayor vulnerabilidad frente al Estado y a ciertos sectores de la sociedad.

Es decir, determinó que las declaraciones de esos servidores públicos contribuyeron a generar un clima de hostilidad, intolerancia y animadversión por parte de ciertos sectores de la población frente a las y los periodistas, por lo que si bien los servidores públicos gozan de la libertad de expresión, la misma está sujeta a determinadas connotaciones con el fin de evitar que sus palabras expongan a periodistas y medios a un mayor riesgo de violencia.<sup>23</sup>

En el caso particular, si bien existieron agresiones contra algunos periodistas y las mismas no fueron cometidas directamente por agentes del Estado, la CrIDH advirtió que podría existir una vinculación entre las expresiones de servidores públicos donde se descalificaba

---

22 *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*, sentencia de 29 de noviembre de 2011.

23 *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*, sentencia de 28 de enero de 2009.

a los trabajadores de ese medio, con los incidentes causados por particulares, por lo que modificar el discurso público y reconocer de manera constante y clara el papel que tiene la libertad de expresión para cualquier democracia es un estándar de especial relevancia para países como el nuestro.

*Instruir a las fuerzas de seguridad sobre el respeto a los periodistas y medios.* La debida capacitación a las fuerzas de seguridad del Estado sobre el rol de la prensa en una sociedad democrática constituye un paso importante para prevenir la violencia contra las y los periodistas.

Sobre el particular, en el *Caso Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia*, relacionado con un camarógrafo que fue atacado por integrantes del Ejército tras capturar imágenes de militares agrediendo a personas que participaban en una manifestación pública, la Corte Interamericana ordenó como garantía de no repetición que el Estado incorporara en sus programas de educación un módulo específico sobre la protección del derecho a la libertad de pensamiento y expresión.<sup>24</sup>

*Respetar el derecho de las y los periodistas a la reserva de sus fuentes de información, apuntes y archivos personales y profesionales.* La Declaración de Principios sobre la libertad de expresión señala que todo comunicador tiene derecho a la reserva de sus fuentes de información y archivos, y que es obligación del Estado hacer realidad esa protección.<sup>25</sup>

Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el *Caso Goodwin vs. Reino Unido* destacó que este tipo de medidas son muy importantes para la libertad de expresión, pues su ausencia podría disuadir a las fuentes de colaborar con la prensa sobre asuntos de interés público. Por ello, determinó que el rol de la prensa podría verse frustrado y su capacidad de brindar información precisa y confiable sería menoscabada si no existiera ese tipo de protección.<sup>26</sup>

De igual manera, la Relatoría Especial sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la protección de las fuentes confidenciales no sólo contribuye al

---

24 *Caso Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia*, sentencia de 3 de septiembre de 2012.

25 *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, octubre de 2000, principio 8.

26 *Caso Goodwin vs. Reino Unido*, 27 de marzo de 1996, párr. 39.



rol fundamental de vigilancia de la prensa, sino que además ayuda a prevenir que los periodistas sean víctimas de actos de violencia.<sup>27</sup>

*Mantener estadísticas precisas sobre violencia contra periodistas.* Comprender la magnitud y la modalidad de los actos de violencia contra periodistas y medios de comunicación es una condición fundamental para poder implementar políticas efectivas de prevención; por ejemplo, el diseño de mapas de riesgo confiables. Por ello, la Relatoría Especial sobre Libertad de Expresión de la CIDH señala que las autoridades deben de producir datos de calidad que puedan ser usados para planificar adecuadamente los diferentes operativos de las fuerzas policiales, de forma que favorezcan las acciones de tipo preventivo frente a las de tipo represivo.

La relatoría destaca que el diseño y el mantenimiento actualizado de estadísticas e indicadores confiables sobre los diferentes factores que propician hechos violentos o delictivos constituye una herramienta insustituible para la implementación de un adecuado proceso de planificación estratégica, que representa una pieza clave de cualquier política pública.<sup>28</sup>

*Obligación de sancionar la violencia contra las y los periodistas.* Respecto a este estándar, la Relatoría Especial menciona que para prevenir la violencia contra periodistas y trabajadores de medios de comunicación es indispensable que el ordenamiento jurídico sancione estas conductas de manera proporcional al daño cometido.<sup>29</sup>

Algunas de las medidas que propone la relatoría consisten en reconocer en los códigos penales delitos específicos cometidos en represalia por el ejercicio de la libertad de expresión, ya sea en forma expresa o como una agravante que suponga la imposición de penas más severas por esos delitos.

Por su parte, en la Declaración Conjunta sobre Delitos contra la Libertad de Expresión, los relatores especiales de la ONU, de Europa, de África y de la Organización de Estados Americanos sobre esta temática, señalaron que el Derecho penal debería reconocer una

---

27 *Violencia contra periodistas y trabajadores de medios. Estándares interamericanos y prácticas nacionales sobre prevención, protección y procuración de la justicia*, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, CIDH, 2013, párrs. 52 y ss.

28 *Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos*, CIDH, 2009, párr. 187.

29 *Violencia contra periodistas y trabajadores de medios...* (Op. Cit.), párrs. 55 y ss.

categoría específica de delitos contra la libertad de expresión —a saber, los ataques cometidos en represalia por el ejercicio de la libertad de expresión—, ya sea en forma expresa o como una circunstancia agravante que suponga la imposición de penas más severas para tales delitos, en razón de su gravedad.<sup>30</sup>

En México se han logrado algunos avances en esta materia a nivel federal. El artículo 51 del Código Penal Federal, que determina las reglas generales de aplicación de las sanciones, establece, en sus párrafos segundo y tercero, que cuando se cometa un delito doloso en contra de algún periodista, persona o instalación con la intención de afectar, limitar o menoscabar el derecho a la información o las libertades de expresión o de imprenta, se aumentará hasta en un tercio la pena establecida para tal delito. También menciona que se aumentará la pena hasta en una mitad cuando el delito sea cometido por un servidor público en ejercicio de sus funciones o la víctima sea mujer y concurren razones de género en la comisión del delito.<sup>31</sup>

Como vemos, el Código Penal Federal establece agravantes cuando se cometan delitos dolosos en contra de comunicadores o instalaciones de medios, y que estén vinculados con su labor periodística, y también cuando el agresor sea un servidor público y la víctima sea una mujer. No obstante, la incorporación de delitos cometidos en contra de periodistas al catálogo de delitos federales no debe ser considerada por sí misma una solución a la problemática de fondo; la tipificación resultaría nula o deficiente si a la par no se realiza una investigación seria, diligente, oportuna y se juzga y se sanciona a los autores materiales e intelectuales de las agresiones que sufren evitando la impunidad.<sup>32</sup>

---

30 *Declaración Conjunta sobre Delitos contra la Libertad de Expresión*, Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y de Expresión, Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, Relatora Especial de la Organización de los Estados Americanos para la Libertad de Expresión, y Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, 25 de junio de 2012.

31 Código Penal Federal. Artículo 51.

32 SANTIAGO JUÁREZ, Rodrigo. “Estándares internacionales para la protección de los periodistas”, *El Mundo del Abogado*. Abril de 2016, pp. 24-28. Disponible en: <http://elmundodelabogado.com/revista/posiciones/item/estandares-internacionales-para-la-proteccion-de-los-periodistas>

#### 4. PROHIBICIÓN DE UTILIZAR EL DERECHO PENAL COMO MEDIO INDIRECTO CONTRA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Como se advierte de los casos mencionados previamente, los criterios de la Comisión Interamericana (CIDH) y la jurisprudencia de la Corte Interamericana (CrIDH) han ido creando distintos estándares sobre la libertad de expresión. El que resulta más relevante para el propósito de este artículo es el que tiene que ver con la prohibición de utilizar el derecho penal como medio indirecto para afectar ese derecho.

En el Informe del Caso Rodolfo López Espinoza e hijos vs. Perú, la CIDH señaló que “(...) el ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento en una sociedad democrática comprende el derecho a no ser perseguido ni molestado a causa de sus opiniones, denuncias o críticas contra funcionarios públicos (...). Esa protección es mucho más amplia cuando las expresiones formuladas por una persona se refieren a denuncias sobre violaciones a los derechos humanos. En este caso, no sólo se está violando el derecho individual de una persona a transmitir o difundir una información, sino que se está violando el derecho de toda la comunidad a recibir informaciones”.<sup>33</sup>

En la sentencia del *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, relacionado con la condena impuesta al señor Ricardo Canese como consecuencia de las manifestaciones hechas mientras era candidato presidencial en contra del señor Juan Carlos Wasmosy, también candidato presidencial de Paraguay, se denunciaron presuntos actos de corrupción del señor Wasmosy que fueron publicados en varios periódicos, lo que provocó que se presentaran algunas querellas en contra del señor Canese y que fuera condenado por el delito de difamación, además de que se le prohibiera salir del país.

Al respecto, la CrIDH determinó que en el proceso seguido contra el señor Canese los órganos judiciales debieron tomar en consideración que aquel rindió sus declaraciones en el contexto de una campaña electoral a la Presidencia de la República y respecto de asuntos de interés público, circunstancia en la cual las opiniones y críticas se emiten de una manera más abierta, intensa y dinámica acorde con los

---

33 CIDH. Informe No 20/99. Caso 11.317 Fondo. Rodolfo López Espinoza e hijos vs. Perú. 23 de febrero de 1999, párr. 148.

principios del pluralismo democrático, por lo que el juzgador debía ponderar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás con el valor que tiene en una sociedad democrática el debate abierto sobre temas de interés o preocupación pública.

La sentencia señala que el proceso penal y la condena impuesta al señor Canese constituyeron una sanción innecesaria y excesiva por las declaraciones que emitió en el marco de la campaña electoral, respecto de otro candidato a la presidencia y sobre asuntos de interés público, y limitaron el debate abierto sobre esos temas. Finalmente, determinó que el proceso penal y las sanciones impuestas constituyeron medios indirectos de restricción a la libertad de pensamiento y expresión, por lo que el Estado vulneró el artículo 13 de la Convención Americana.<sup>34</sup>

Por su parte, la Comisión Interamericana ha mencionado que la simple sujeción a un proceso prolongado y fundado en un tipo penal ambiguo o vago, genera la responsabilidad del Estado por violación al principio de legalidad, particularmente respecto de las personas que han realizado denuncias sobre afectaciones a derechos humanos, y que la sujeción a tales procesos se traduce en un mensaje intimidatorio a todas las personas que tuvieren la intención o hubieran formulado denuncias similares.<sup>35</sup>

Para dicho organismo interamericano, es necesario que las personas se sientan protegidas al momento de ejercer su libertad de expresión y formular denuncias sobre violaciones a derechos humanos, por lo que la primera medida de protección debe ser la de impedir la aplicación del derecho penal contra ellas. Hace lo contrario

---

34 *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, Sentencia de 31 de agosto de 2004, párrs. 103-109. Otros casos de especial interés son el de *Mauricio Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, en donde el periodista Herrera fue sometido a un procedimiento penal y condenado en Costa Rica por difundir algunas notas relacionadas con las actividades ilícitas del diplomático Félix Przedborski, representante de ese país ante la Organización de Energía Atómica. El Tribunal latinoamericano señaló que la sentencia contra el periodista conllevó una restricción incompatible con el artículo 13 de la Convención, toda vez que produjo un efecto disuasivo, atemorizador e inhibitorio sobre todos los que ejercen el periodismo lo que, a su vez, impide el debate público sobre temas de interés de la sociedad. (*Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004, párr. 130-135). En el mismo sentido, el *Caso Tristán Donoso vs. Panamá* (Sentencia de 27 de enero de 2009, párr. 129) y *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela* (Sentencia de 20 de noviembre de 2009, párr. 87-88).  
35 CIDH. Informe de Fondo del Caso 12.661 “Néstor y José Luis Uzcátegui y otros vs. Venezuela”, 22 de octubre de 2010, párrs. 295 y ss.

deriva en una situación no deseada en la cual la víctima es obligada a silenciarse, la impunidad encuentra un terreno fértil para germinar y la sociedad resulta privada de importantes debates sobre temas de enorme relevancia pública.<sup>36</sup>

Resulta interesante advertir cómo las instituciones nacionales pueden hacer un análisis de casos concretos sometidos a su consideración bajo el lente de la jurisprudencia y los estándares internacionales en materia de libertad de expresión, y determinar cuándo alguna autoridad vulneró este derecho.

Es el caso de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México (CNDH), institución que en el mes de mayo de 2015 emitió la Recomendación 13/2015, relacionada con la queja presentada por un periodista de origen maya que señaló que iniciaron una denuncia en su contra por el delito de sabotaje, después de cubrir como reportero el bloqueo que algunas personas llevaban a cabo en las instalaciones de agua potable de un municipio en el Estado de Quintana Roo y difundir por diversos medios tales hechos, en los que hacía críticas a las autoridades locales por el desalojo de las personas que ahí se encontraban. Días después de presentada la queja, el periodista fue detenido con una orden de aprehensión por el delito referido y recluido en la cárcel pública municipal.

Una vez que la CNDH solicitó la información correspondiente y analizó las constancias que obraban en la indagatoria iniciada en contra del periodista por el delito de sabotaje, determinó que las únicas constancias en las que se basó la autoridad ministerial para acreditar que el periodista había cometido el delito de sabotaje fueron los testimonios de algunas personas que señalaron haberlo visto en el lugar de los hechos, algunas fotografías donde el agraviado tenía un celular en la mano en un gesto aparente de fotografiar o videografiar lo ahí sucedido, así como un peritaje que señalaba que no se advertían daños físicos a las instalaciones de agua potable en las que se realizó el bloqueo.

De esa manera, y tomando en consideración algunos de los criterios de la jurisprudencia norteamericana en los que se explica la manera en que la autoridad puede emplear el derecho penal como método para sancionar la labor de aquellas personas que cubren actos públicos, la CNDH determinó que la imputación del delito de sabotaje

---

<sup>36</sup> *Ibidem*, párr. 297.

al reportero, sin tener elementos que acreditaran que efectivamente había cometido esa conducta, relacionado con el trabajo de difusión que el periodista realizó a los hechos antes descritos, constituía un medio indirecto para afectar su libertad de expresión, por lo que solicitó iniciar las denuncias y los procedimientos administrativos correspondientes a las autoridades que participaron en esos hechos.<sup>37</sup>

## 5. CONCLUSIONES

La libertad de expresión es hoy en día uno de los derechos humanos más ampliamente reconocidos y sin el cual resulta imposible concebir a las democracias contemporáneas. En algunos países como Estados Unidos la jurisprudencia ha conformado precedentes muy importantes que colocan a este derecho por encima de conceptos como los símbolos patrios o los datos sobre la seguridad nacional, pues se considera que tiene una mayor prevalencia al ser un instrumento que permite auditar y controlar el poder del Estado.

En el ámbito regional, la Comisión y la Corte Interamericanas también han conformado criterios sobre la libertad de expresión así como estándares que deben ser atendidos por quienes tienen a su cargo deberes de prevención, de investigación o de sanción de asuntos relacionados con la libertad de expresión, como lo son aquellos donde intervienen las y los periodistas y los medios de comunicación.

Uno de estos estándares tiene que ver con la prohibición de utilizar el derecho penal como medio indirecto para afectar la libertad de expresión. De conformidad con los casos antes analizados, emplear castigos o sanciones de carácter penal en contra de quien difunde información sobre instituciones o servidores públicos o incluso de particulares, resulta contrario a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y puede derivar en una responsabilidad del Estado.

Las instituciones públicas nacionales, no solamente las judiciales sino también aquellos organismos públicos de derechos humanos, tienen que considerar los estándares sobre libertad de expresión al momento de conocer y resolver una queja relacionada con esta materia,

---

37 *Recomendación No. 13/2015, sobre el caso de las violaciones a la libertad de expresión, a la seguridad jurídica y a la integridad personal cometidas en agravio de V1*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 6 de mayo de 2015. Disponible en: [http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/2015/Rec\\_2015\\_013.pdf](http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/2015/Rec_2015_013.pdf)

pues esto contribuye a que los criterios sobre consolidados a nivel internacional vayan conformando un marco normativo que proteja de mejor manera los derechos humanos de todas y todos nosotros.

Es fundamental crear condiciones idóneas para que la libertad de expresión se ejerza a cabalidad, por lo que todos aquellos casos donde se pretenda limitar la libertad de expresión a través de métodos como los aquí analizados, deben investigarse y sancionarse. Sólo garantizando condiciones para el ejercicio de una libertad de expresión robusta, países como México pueden transitar hacia una consolidación democrática plena.

## BIBLIOGRAFÍA

BELTRÁN DE FELIPE, Miguel; GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

COSSÍO DÍAZ, José Ramón (et. al.). *La libertad de expresión en las sentencias de la Suprema Corte de Justicia*, México, Tirant lo Blanch, 2014.

ESPÍN, Eduardo, “Los derechos de libertad”, en, VV.AA., *Derecho Constitucional Vol. I, El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, GONZA, Alejandra, *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Costa Rica, México, CrIDH-CDHDF, 2007.

GONZÁLEZ PÉREZ, Luis Raúl, “Prólogo”, en, GONZÁLEZ PÉREZ, Luis Raúl (coord.). *En defensa de periodistas y defensores de derechos humanos en riesgo*, México, CNDH-Tirant lo Blanch, 2016.

SANTIAGO JUÁREZ, Rodrigo. “Estándares internacionales para la protección de los periodistas”, *El Mundo del Abogado*. Abril de 2016, pp. 24-28.

TOCQUEVILLE, Alexis, *La democracia en América*, México, Fondo de Cultura Económica, 2005, pp. 198 y ss. (edición original de 1835).

TRACHTMAN, Michael G. *The Supreme’s greatest hits. The 37 Supreme Court cases that most directly affect your life*, New York, Sterling, 2009.

Documentos, legislación, recomendaciones e informes consultados

Código Penal Federal. Artículo 51.

*Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*

*Convención Americana sobre Derechos Humanos, Costa Rica, 1969.*

*Declaración Conjunta sobre Delitos contra la Libertad de Expresión, Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y de Expresión, Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, Relatora Especial de la Organización de los Estados Americanos para la Libertad de Expresión, y Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, 25 de junio de 2012.*

*Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, octubre de 2000.*

*Declaración Universal de Derechos Humanos, Asamblea General de la ONU, París, 10 de diciembre de 1948.*

*Informe de Fondo del Caso 12.661 "Néstor y José Luis Uzcátegui y otros vs. Venezuela, CIDH, 22 de octubre de 2010.*

*Informe Especial sobre la Libertad de Expresión en México 2010, CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2010.*

*Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos, CIDH, 2009.*

*La Declaración de Independencia y la Constitución de los Estados Unidos de América, Massachusetts, Cato Institute, 2004.*

*Recomendación No. 13/2015, sobre el caso de las violaciones a la libertad de expresión, a la seguridad jurídica y a la integridad personal cometidas en agravio de V1, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 6 de mayo de 2015.*

*Violencia contra periodistas y trabajadores de medios. Estándares interamericanos y prácticas nacionales sobre prevención, protección y*



*procuración de la justicia*, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, CIDH, 2013.

#### Jurisprudencia nacional

*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXV, mayo de 2007, p. 1522.

*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXV, mayo de 2007, p. 1520.

*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XIX, abril de 2013, p. 538. Para un análisis más detallado de la jurisprudencia mexicana véase:

#### Jurisprudencia de Estados Unidos

Estados Unidos. *New York Times Co. v. Sullivan*, 1964.

Estados Unidos. *New York Times Co. v. United States*, 1971.

Estados Unidos. *Texas v. Johnson*, 1989.

#### Jurisprudencia de España

Tribunal Constitucional, STC 6/81, 16 de marzo de 1981, Boletín Oficial del Estado No. 89, ponente Francisco Rubio Llorente.

#### Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

*Caso Goodwin vs. Reino Unido*, 27 de marzo de 1996.

#### Jurisprudencia interamericana

*Caso Olmedo Bustos vs. Chile*, sentencia de 5 de febrero de 2001.

*Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, sentencia de 6 de febrero de 2001.

*Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004

*Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, sentencia de 31 de agosto de 2004.

*Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, sentencia de 22 de noviembre de 2005.

*Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*, sentencia de 19 de septiembre de 2006.

*Caso Tristán Donoso vs. Panamá*, sentencia de 27 de enero de 2009.

*Caso Perozo y otros vs. Venezuela*, sentencia de 28 de enero de 2009.

*Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*, sentencia de 20 de noviembre de 2009.

*Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*, sentencia de 29 de noviembre de 2011.

*Caso Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia*, sentencia de 3 de septiembre de 2012.

*Opinión Consultiva OC-5/85 "La colegiación obligatoria de periodistas"*, 1985.