

Letras Jurídicas

Letras Jurídicas

Año 13 N° 25
ENERO-JUNIO 2012
XALAPA, VERACRUZ, MÉXICO
CENTRO DE ESTUDIOS SOBRE DERECHO,
GLOBALIZACIÓN Y SEGURIDAD

Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad de la Universidad Veracruzana

De las opiniones sustentadas en los trabajos firmados responden exclusivamente sus autores. El hecho de su publicación no implica en manera alguna que esta Revista *Letras Jurídicas*, se solidarice con su contenido.

Esta publicación es financiada por el Personal Académico del Centro de Estudios Sobre Derecho, Globalización y Seguridad de la Universidad Veracruzana y aportaciones externas.

Diseño de portada: Rosario Huerta, Patricia Pérez y Armando Guzmán

Formación: Miriam Hernández Vergara

Letras Jurídicas Año 13, Núm. 25, enero-junio 2012 es una publicación semestral del Centro de Estudios Sobre Derecho, Globalización y Seguridad de la Universidad Veracruzana. Editora responsable: Luz del Carmen Martí Capitanachi. Número de Certificado de Reserva otorgado por el Instituto Nacional de Derecho de Autor: 04 2009 112513373500 102. Número de Certificado de Licitud de Título: 11726. Número de Certificado de Licitud de Contenido: 8287. ISSN 1665 1529. Domicilio de la publicación: Galeana y 7 de noviembre. C. P. 91000 Xalapa, Veracruz. Distribuidor: Elia Mendoza Téllez, Galeana y 7 de noviembre, Xalapa, Veracruz. Impresa por "Códice", Domicilio de la imprenta: Violeta No. 7 Colonia Salud, C.P. 91070, Xalapa, Veracruz. Este número se terminó de imprimir en el mes de junio de 2012 con un tiraje de 300 ejemplares.

Queda estrictamente prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin previa autorización del Instituto Nacional del Derecho de Autor.

<http://www.letrasjuridicas.com>



UNIVERSIDAD VERACRUZANA

Dr. Raúl Arias Lovillo
Rector

Porfirio Carrillo Castilla
Secretario Académico

Lic. Víctor Aguilar Pizarro
Secretario de Administración y Finanzas

Dr. Ignacio Beristain Guevara
Director General de Investigaciones

Dr. Miguel Ángel Casillas Alvarado
Director General del Área Académica de Humanidades

Dra. Socorro Moncayo Rodríguez
*Coordinadora del Centro de Estudios sobre
Derecho, Globalización y Seguridad*

LETRAS JURÍDICAS

LUZ DEL CARMEN MARTÍ CAPITANACHI
DIRECTORA FUNDADORA

REBECA ELIZABETH CONTRERAS LÓPEZ
DIRECTORA

CONSEJO EDITORIAL

Ana Gamboa de Trejo (México)
Jaqueline Jongitud Zamora (México)
Jorge Witker Velázquez (México)
Sergio García Ramírez (México)
Marta S. Moreno Luce (México)
Eugenio Raúl Zaffaroni (Argentina)
José Luis Cascajo Castro (España)
Rafael Bustos Gisbert (España)
Regina María Pérez Marcos (España)

COMITÉ EDITORIAL

Josefa Montalvo Romero (México)
Socorro Moncayo Rodríguez (México)
Ángela Figueruelo Marcos (España)
Julia Roper Carrasco (España)
Rossana Panne (Italia)

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	9
--------------------	---

ARTÍCULOS

<i>Dura lex sed lex</i> . Interpretación a la luz del <i>ius certum</i> en el derecho romano clásico Bertha Alicia Ramírez Arce	13
“Hacer justicia”: aspectos socioculturales de una reforma judicial federal en la Argentina Brígida Renoldi	23
Hacia una política de formación, capacitación y especialización jurídica en el Perú Jorge Isaac Torres Manrique	37
Luces y sombras de la reforma procesal penal y de seguridad pública (2008) José Jesús Borjón Nieto	67
Explotación sexual y prostitución: paradojas e hipocresías que impiden la protección de las víctimas Julia Roper Carrasco Julia Ruiloba Alvariano	87
Derecho Ultraterrestre Marta Silvia Moreno Luce	111
Presuntos culpables: tecnología y empoderamiento de la diversidad cultural Raciel D. Martínez Gómez	121
Omnisciencia y transdisciplinariedad. Los enredos del idealismo en la reforma penal mexicana 2007-2008 Salvador Martínez y Martínez	139
Los indígenas ante el sistema de justicia penal en México María Victoria Chenaut	159

El voluntariado en México, realidades y perspectivas con un enfoque universitario Yuri Imanol De la Flor Patiño	171
--	-----

RESEÑA

Reseña: los muertos. Única realidad de la criminología María del Pilar Espinosa Torres	181
---	-----

NOTICIAS RELEVANTES

<i>Honoris Causa</i> a los Doctores Diego Valadés Ríos y Sergio García Ramírez	189
Palabras del Doctor Diego Valadés en la ceremonia de recepción del Doctorado <i>Honoris Causa</i> en la Universidad Veracruzana	191
Palabras del Doctor Sergio García Ramírez al recibir Doctorado Honoris Causa en la Universidad Veracruzana	199
Presentación del libro “Marco Jurídico de la Delincuencia Organizada en México: una Reflexión en el Contexto Global”	208
Presentación de los libros “Introducción al Estudio de la Persona y Familia” e “Introducción al Derecho”	211
Presentación del libro “1000 Términos Jurídicos”	213
Lineamientos para los autores	215

PRESENTACIÓN

Hace trece años empezó la aventura editorial de *Letras Jurídicas* como una propuesta académica de la Doctora Luz del Carmen Martí Capitanachi para ofrecer a los investigadores del área del derecho un espacio especializado de interrelación académica, en donde se pudieran presentar resultados y avances de investigación. Era una manera de dar a conocer las líneas de generación y aplicación del conocimiento, cultivadas por los estudiosos de la ciencia jurídica.

En ese entonces (2000) los investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ) de la Universidad Veracruzana acordamos destinar parte de las cuotas sindicales a la posibilidad de una publicación semestral. La doctora Martí se encargó de hacer realidad esa meta, obteniendo los permisos correspondientes, incorporando un Consejo Editorial acorde a las necesidades de la publicación y convenciendo a diversos compañeros para que se comprometieran a mantener la publicación periódica de artículos científicos. A lo largo de los años, esas colaboraciones se han diversificado ya que se incorporan aspectos educativos y sociales, relacionados con el estudio multidisciplinar del derecho.

Poco a poco, la publicación se fue consolidando bajo la dirección de la Dra. Luz del Carmen, fueron muchas las dificultades ya que no existía un financiamiento adecuado y en muchas ocasiones, ella misma tenía que sufragar parte de los gastos de la publicación, además de la generosidad de los distintos colaboradores. Más tarde, de entre los investigadores del IIJ surgió la necesidad de conformar un Centro de estudios que, aunque dedicado al estudio del derecho, incorporó el análisis de la globalización y la seguridad, en una perspectiva netamente multidisciplinar, lo que le dio una nueva perspectiva a la revista.

La doctora Martí aceptó cumplir otras responsabilidades y durante ese período diversas integrantes del Centro de estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad (CEDEGS), realizamos la coordinación editorial de cada número de la revista, con asistencia de los diferentes becarios. En ese mismo período, gracias a las gestiones institucionales de la Dra. Socorro Moncayo Rodríguez, coordinadora del CEDEGS, se logró incorporar la revista *Letras Jurídicas* como una publicación propia del Centro, lo que implicó asegurar su periodicidad.

Además de la edición impresa, la revista cuenta con una edición digital que puede consultarse en www.letrasjuridicas.com y que a la fecha ha sido rediseñada para mejorar su presentación y facilitar su consulta electrónica. La revista actualmente recibe colaboraciones de distintas partes del mundo, se ha rediseñado su formato y se renovó el Consejo editorial y el Comité editorial.

Es importante subrayar que agradecemos sentidamente a los nuevos integrantes de esos órganos colegiados por su disposición a colaborar con esta publicación de la Universidad Veracruzana y asimismo, reconocemos a quienes desde hace varios años han aceptado participar en esos comités. Actualmente, la doctora Martí Capitanachi es la directora fundadora de la revista y, a partir de este número, una suscrita es la directora de la misma, pero no queremos iniciar esta nueva etapa sin agradecer el trabajo y dedicación que durante tantos años, la doctora Martí ha invertido en esta publicación.

Actualmente, la revista cuenta con una amplia cartera de árbitros especializados, así como colaboradores de la propia Universidad Veracruzana, en diferentes áreas, también se reciben colaboraciones de instituciones nacionales y extranjeras. En el número 25 presentamos una primera sección de artículos en donde existe una multiplicidad de temas que nos llevan desde aspectos de formación, capacitación y especialización jurídica en Perú, hasta la explotación sexual y la prostitución en España.

Hablamos del derecho romano clásico, el voluntariado en México y el derecho ultraterrestre. Además, en el ámbito de la reforma penal se incorporan artículos tanto procesales como socioculturales y de comunicación que permiten abrir una panorama transdisciplinar en lo que el doctor Borjón llama “luces y sombras” de la reforma penal.

La reseña es sobre una obra peculiar del Doctor Eugenio Raúl Zaffaroni que vale la pena explorar. A partir de este número, tendremos un abanico de noticias relevantes en el ámbito académico que incluyen la presentación de tres libros del propio Centro de estudios y los discursos de dos distinguidos juristas, reconocidos por la Universidad Veracruzana con doctorados *honoris causa*: Sergio García Ramírez y Diego Valadés Ríos.

Todos los que participamos en la edición y difusión de la revista *Letras Jurídicas* suscribimos nuestro compromiso por continuar con la labor editorial y consolidar un espacio de intercambio para las investigaciones que, respecto de la ciencia jurídica, se van desarrollando. Nuestro compromiso incluye incorporar visiones diversas, desde otras regiones del mundo así como desde otras disciplinas científicas, que permiten discutir al derecho como un concepto global y transdisciplinar.

Rebeca Elizabeth Contreras López
Junio 2012

ARTÍCULOS

Dura lex sed lex. Interpretación a la luz del ius certum en el derecho romano clásico*

Bertha Alicia Ramírez Arce

RESUMEN: *En la presente investigación abordaremos al ius certum como circunstancia misma de sujeción del juzgador romano al precepto normativo, destacando las diferencias en cuanto a la interpretación y finalidad del ius, al resolver el conflicto. En contraposición con el del derecho moderno y la noción del principio de legalidad jurídica como base del ius positivismo.*

En este ejercicio se evidenciará que la frase dura lex sed lex, enarbolada por los iuspositivistas como fundamento de la exégesis misma, es producto de una equívoca interpretación de lo expresado por Ulpiano en el Digesto.

Concluyendo que el principio de certeza jurídica ius certum, ha sido parte del modelo romanista en armonía y coherencia con el ius, contrario al principio de legalidad que otorga preeminencia al contenido gramatical de la norma, aun en contravención de la justicia y equidad.

Palabras Clave: *Procedimientos paraprocesales, jurisdicción contenciosa.*

ABSTRACT: *In the present investigation we will approach to ius certum like same circumstance of subjection of the Roman juzgador to the normative rule, emphasizing the differences as far as the interpretation and purpose of ius, when solving the conflict. In contrast with the one of the modern right and the notion of the principle of legal legality as it bases of ius positivismo.*

In this exercise it will be demonstrated that the phrase lasts lex thirst lex, hoisted by the iuspositivistas like foundation of the same exégesis, is product of an ambiguous interpretation of the expressed thing by Ulpiano in the Digesto.

Concluding that the principle of legal certainty ius certum, has been part of the romanista model in harmony and coherence with ius, in opposition to the legality principle that preeminence to the grammar content of the norm grants, even in disobedience of justice and fairness.

Key words: *Legal certainty, ius certum, interpretation, verba, sententia.*

* Artículo recibido el 10 de febrero de 2012 y aceptado para su publicación el 2 de abril de 2012.

** Maestra en Derecho Constitucional y Juicio de Amparo. Docente de tiempo completo de la Facultad de Derecho e Investigadora del Seminario de Derecho Romano y Derechos Indígenas de la Universidad Veracruzana.

SUMARIO. 1. Planteamiento. 2. El valor del Derecho Romano. 3. La interpretación y aplicación de la norma. 4. El *ius certum* en el modelo romanista clásico. 5. *Dura lex sed lex*, interpretación original. Bibliografía.

1. Planteamiento

El objetivo del presente artículo es destacar algunos aspectos que desde la romanística moderna podrían coadyuvar en el debate y discusión del tema, el principio de legalidad o certeza jurídica en la noción moderna del derecho, tomando como base la tesis postulada por Guzmán Brito, acerca de la significación entre *verba* (palabras) y *sententia* (sentido).

Cuando la norma es aplicada por el juzgador, éste tendrá que realizar un ejercicio interpretativo, interpretación que plantea una discusión central, exégesis o hermenéutica.

En este sentido y en congruencia con la experiencia romanista, expondremos al *ius certum* como la vis interpretativa en el acto de aplicación de la ley; contrario a la noción moderna, que postula al principio de legalidad o certeza jurídica, como el apego a la literalidad de la norma, presupuesto obligado del positivismo.

Por tanto, el propósito es traer a cuenta argumentos que nos permitan sostener que el *ius certum*, existió para los romanos en los términos que los jurisconsultos Paulo y Neracio expresan en el Digesto, contrario a lo que lo que los iuspositivistas modernos han interpretado de la máxima *dura lex sed lex*, como se demostrará a continuación.

2. El valor del Derecho Romano

De manera general cuando nos referimos a la grandeza del desarrollo del derecho romano, el consenso en la actual romanística moderna ha sido atribuir tal circunstancia a la labor jurisprudencial, no obstante, a decir de Ihering "Por muchas palabras que se empleen en encomiar las excelencias de los jurisconsultos romanos, una sola las resume todas. Basta decir: eran grandes maestros."¹

Ihering refiere que sólo dos autores han tratado de profundizar el problema del valor del derecho romano: Savigny y Stahl.

¹ IHERING, Rudolf V., *El espíritu del derecho romano*, Volumen 1, Biblioteca de derecho romano, Oxford, México, 2001, p.13.

Para Savigny, el método de los jurisconsultos romanos, es lo que determina su importancia. Afirma que: “Los excelentes principios del derecho romano, dice, son de un carácter tan general, que el buen sentido, haciendo abstracción de toda educación jurídica, bastaría para hallarlos fácilmente, pero este débil resultado no merece la pena de llamar en nuestro auxilio leyes y jurisconsultos de hace dos mil años”.²

Savigny sostiene que el valor del derecho romano, parte del hecho de no haber distinción entre la teoría y la práctica, es decir, la elaboración científica ennoblecía siempre su práctica, por tanto afirma “que el valor material del derecho romano está en el carácter magistral de aquel método jurídico”.³

En este sentido Ihering critica a Savigny, señalando: “No se debe olvidar que por muy instructivo que para el aprendiz sea ver trabajar en el taller a su maestro, en la obra acabada de éste es donde encuentra el genio el artista.”⁴

Asimismo, explica que: el método jurídico, no es, la destreza o el virtuosismo para la aplicación de aquello que existe; como lo sostiene Savigny, postulando por su parte, que la fuerza intelectual que caracteriza la grandeza del derecho romano, no se funda exclusivamente en un elemento de pura forma, o en el tecnicismo del derecho sino que:

...aparece tanto en la legislación como en la jurisprudencia, obra en el conjunto y la realización de casos prácticos lo mismo que en la construcción de las fórmulas teóricas, y ejerce su influjo así en la intervención y en la transformación de los preceptos jurídicos como en la manera de aplicarse éstos. Ojo perspicaz de todo aquello que es necesario en la vida, mano segura y diestra en la elección de los medios, oído atento a las exigencias de la justicia y de la equidad, ánimo para resistir a las seducciones de la lógica cuando ésta llega a estar en contradicción con los intereses reales, son cualidades no menos importantes que el espíritu puramente analítico de los jurisconsultos y, si se me permite la expresión, que su habilidad manual operatoria.⁵

Por su parte Stahl, para determinar el valor del derecho romano, señala que “lo encuentra en el signo característico de la preeminencia de ese derecho en la organización de las instituciones y no en la habilidad técnica de los jurisconsultos clásicos”.⁶

2 *Ídem*, pp. 13-14. Ihering parafraseando a Savigny.

3 SAVIGNY, citado por IHERING, Rudolf V. *Op. Cit.*, p. 14.

4 *Ídem*, p.14.

5 *Ibidem*, p.15.

6 *Ibidem*, p. 16.

Ihering, en este sentido sostiene que la tesis de las relaciones jurídicas que postula Stahl no es suficiente para comprender la esencia del derecho romano ni para justificar su valor. Por lo que afirma:

Para juzgar el derecho romano no basta dedicarse a sus disposiciones concretas, sino que es preciso considerarlas en su engranaje y en sus principios mismos, para lo que nos veremos obligados a hacer abstracciones. En lugar de la lente microscópica necesitaremos, si se me perdona la comparación, el telescopio; es decir, que en vez de entregarnos a un examen limitado, a la forma como se trasmite el derecho romano, escritos, opiniones, variantes, etc., deberemos emprender el de la historia natural del *derecho en general*.⁷

Y en este sentido Ihering, con plena conciencia de la magnitud de tal empresa, y de las limitaciones de la doctrina del derecho natural, que serviría de medida para medir un derecho particular (derecho romano), señala que es a través del método de la exposición histórica del derecho, como se podrá generar la ocasión de apreciar el valor del derecho romano. Siempre y cuando éste método responda cabalmente a la doble noción de historia y de derecho.⁸

A medida que la doctrina de la historia natural del derecho se perfeccione por medio de la filosofía y del derecho comparado, que se enriquezca con ideas nuevas y con nuevos aspectos, la noción de la genuina esencia del derecho romano será más vasta.⁹

Es en el sendero de este propósito, considero, que la tesis expuesta por Guzmán Brito, en la obra *Historia de la Interpretación de las Normas en el Derecho Romano*, se revela como una contribución magnífica que proporciona argumentos científicos que orientan a la comprensión y valor del derecho romano.

El método de exposición coincide con el sugerido por Ihering, respondiendo a la doble noción de desarrollo histórico y de derecho, circunstancia que nos lleva a ponderar la obra del Profesor Guzmán como una aportación inmejorable a la romanística moderna.

3. La Interpretación y aplicación de la norma

Sin que el presente trabajo pretenda abordar el vasto tema de la interpretación. Iniciaremos con la casuística como práctica de los juristas romanos y parti-

7 *Ibidem* p. 17.

8 *Ibidem* pp. 15-18.

9 *Ibidem* p. 18.

cularmente las prácticas interpretativas, como Guzmán Brito propone a la luz de: la gramática, dialéctica y retórica.¹⁰

Guzmán Brito, considera que el desarrollo del derecho romano fue tarea de juristas, que hicieron uso de la disciplina filosófica por excelencia, la dialéctica.

Nuestro autor concibe a la dialéctica, como “el bien pensar en un discurso breve y dialogado”, a diferencia de la retórica que la define como “el bien pensar en un discurso unilateral y continuado”. Señala que es la *tópica*, la técnica de la invención o hallazgo de argumentos a partir de una pregunta o problema que plantea la realidad (de un conflicto, en el caso del derecho).¹¹

Habrà que puntualizar que esta afirmación encuentra su fundamento en un profundo y especial estudio que el Profesor Guzmán, realiza titulado *Dialéctica y Retórica, en los “Tópica” de Cicerón*, en el que explica, que partiendo del concepto fundamental de la *ratio (diligens) disserendi* “método de razonar” en el que Cicerón encuentra dos partes: una *pars inveniendi* y una *pars iudicandi*.¹²

Ratio disserendi: Aristóteles (*topiké*) *pars inveniendi*; y por otro lado Aristóteles-estoicos (*dialektiké*) *pars iudicandi*. Haciendo notar la ausencia de la retórica.

Cicerón como se ha dicho, distingue en el interior de la *ratio disserendi* (lógica-método de razonar), una *pars iudicandi*, que llama *dialektiké* y otra *pars inveniendi*, que llama *topiké*.¹³

La dialéctica, explica Guzmán Brito, es el recurso que lleva a dar a las palabras un sentido más amplio del originario, permitiendo comprender la forma de pensar que subyace al paulatino proceso de generalización de las reglas sobre la base de este recurso, es decir en la práctica del ejercicio interpretativo.¹⁴

Por otro lado, nos queda la práctica de la interpretación gramatical, que para nuestra investigación resulta ser medular, se pretende observar a la luz del modelo romanista, es decir a la luz de un derecho cuyo horizonte interpretativo es la *ratio (fin)*.

10 Ver GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Historia de la Interpretación de las Normas en el Derecho Romano*, Ediciones del Instituto de Historia del Derecho Juan de Solórzano y Pereira, Santiago, 2000.

11 Ver BARROS BOURIE, Enrique, *La interpretación en el Derecho Romano: El predominio del sentido*, (Comentario del libro de Alejandro Guzmán Brito, *Historia de la Interpretación de las Normas en el Derecho Romano*, Ediciones del Instituto de Historia del Derecho Juan de Solórzano y Pereira, Santiago, 2000.) Consultable en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28 No. 4, pp. 803-812, Sección Bibliografía.

12 Ver GUZMÁN BRITO, Alejandro, “Dialéctica y Retórica. En los ‘Tópica’ de Cicerón”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Sección *Historia del Pensamiento Jurídico y Político*, XXXII, Valparaíso, Chile, 2010, pp.161-195.

13 *Ídem*.

14 Ver BARROS BOURIE, Enrique, *Op. Cit.*, p. 804

Ahora bien, en cuanto a la interpretación gramatical Guzmán Brito, muestra la distinción entre *verba* (palabras) y *sententia* (sentido), y destaca el valor que los juristas romanos otorgaron al caso de la sentencia.

Señala en primer término que la sola distinción entre *verba* y *sententia* “demuestra que el sentido de las palabras no configura, al menos necesariamente, a la sentencia normativa; de lo contrario, la dicotomía no hubiera existido”.¹⁵

Afirma que la contraposición *verba-sententia*, implica la posibilidad de congruencia e incongruencia entre ambos elementos y de que entre estas la preeminencia esté en la *sententia*, lo cual implica que la norma siempre tendrá que ser objeto de una interpretación, por que con solo entender los *verba* no se capta la *sententia* de la norma.¹⁶

4. El *ius certum* en el modelo romanista clásico

Con relación al *ius certum*, corresponde señalar que en roma existió el derecho especial, que establece que no deberán indagarse las razones cuando el caso ha sido constituido por el derecho, esto es, cuando las reglas no respondan a una estructura normativa de la propia realidad¹⁷, porque si así fuera se subvierte la certeza. Se trata del *ius singulare*, denominado por Paulo (D.1.3.16).

<p>16. PAULUS libro singulari de iure singulari. – <i>Ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est.</i></p>	<p>16. PAULO; De los derechos especiales, libro único. – <i>Derecho singular es aquel, que contra el tenor de la razón ha sido introducido con autoridad de los que lo establecen, por causa de alguna utilidad particular.</i></p>
--	---

Asimismo, encontramos que el mismo Paulo, refiere la existencia de una interpretación cierta, que evite la alteración de aquello que coherente con el derecho y su *ratio* confiera certeza a la práctica (D.1.3.23.).

<p>23. PAULUS libro IV. ad Plautium. – <i>Minime sunt mutanda, quae interpretationem certam semper habuerunt.</i></p>	<p>23. PAULO; Comentarios á Plaucio, libro IV. – <i>En manera ninguna deben alterarse las cosas, que siempre tuvieron interpretación cierta.</i></p>
---	--

En este mismo sentido Neracio. (D.1.3.21.)

15 GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Historia de la Interpretación de las Normas en el Derecho Romano*, Op. Cit., Capítulo IV, p. 167.

16 *Ibidem*, p.173.

17 DI PIETRO, Alfredo, “Ius Certum y Certeza Jurídica, Verba Iustitia”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, año IV, núm.7, Buenos Aires, 1998.

<p>21. NERATIUS libro VI. Membranarum. – <i>Et ideo rationes eorum, quae constituuntur, inquirinon oportet; alioquin multa ex his, quae certa sunt, subvertuntur.</i></p>	<p>21. NERACIO; Notas, libro VI. – <i>Y por lo tanto, no conviene que se inquieran los fundamentos de lo que se constituye; de otro modo, se subvierten muchas cosas de las que son ciertas.</i></p>
---	--

Esta citas nos revelan que el principio de certeza jurídica no era desconocido por los jurisconsultos romanos, más aún nos confirma su aplicación en el hecho mismo de la formulación de la regla singular.

5. *Dura lex sed lex*, interpretación original

Corresponde ahora citar y analizar un caso concreto a la luz de la orientación de la regla singular de Paulo y Neracio, lo que nos develará el sentido original de la máxima *dura lex sed lex* y confirmará nuestra hipótesis acerca del *ius certum*.

D.40.9.12 pr. Ulpiano. *De los adulterios*.- Proveyó el legislador a que por medio de la manumisión no fuesen substraídos los esclavos al tormento; y por esto prohibió que fuesen ellos manumitidos, y prefijó cierto término dentro del cual no fuera lícito manumitirlos.

1. Así, pues, a la que se divorció se le prohíbe que manumita o enajene a ningún esclavo suyo, por que la letra dice así, que no puede manumitir o enajenar ni aún ciertamente al esclavo que estuvo fuera del servicio de esta mujer, o en el campo, o en una provincia; lo que ciertamente es muy duro, pero así está escrita la ley.

1. *Ipsa igitur, quae divertit, omnes omnimodo servos sous manumittere vel alienare prohibetur, qui ita verba faciunt, ut ne eum quidem servum, qui extra ministerium eius mulieris fuit vel in agro, vel in provincia, possit manumittere vel alienare ; quod quidem perquam durum est , sed ita lex scripta est.*

Fue sobre la base de esta frase *durum est, sed ita lex scripta est*, que se le atribuye a Ulpiano, el conocido aforismo “*dura lex sed lex*”, “la ley es dura pero es la ley”, y se enarbola como premisa fundamental de los *iuspositivistas* y fundamento interpretativo de la noción actual del principio de certeza jurídica o legalidad.

No obstante, como podemos observar en este pasaje del Digesto, se observa un ejemplo de una disposición restrictiva para los casos de manumisión, que de realizarse generaría como consecuencia sustraer a un esclavo del tormento, lo cual, representa un caso de excepción, y que el ejercicio interpretativo es según su *sententia* evitar el incumplimiento de la ley, acotando la prohibición a un cierto termino.

En el siguiente párrafo aparece el caso concreto, “la que se divorció” se le prohíbe manumisión o venta, incluso en el supuesto “de aquél esclavo que hubiera estado fuera de su servicio”, y concluye Ulpiano: “lo que ciertamente es muy duro, pero así está escrita la ley”, argumento que pretende salvaguardar el sentido de la ley y su *utilitas*.

Considero que recordar la diferencia que, Paulo expresa en D.1.3.29. Entre lo que significa “contravenir la ley” y “obrar en fraude”, sería de gran utilidad a nuestro análisis.

<p>29. IDEM <i>libro singulari ad legem Cinciam</i> (3). – Contra legem facit, qui id facit, quod lex prohibet; in fraudem vero, (4) qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit.</p>	<p>29. EL MISMO; <i>Comentarios á la ley de Cincia, libro único.</i> – Obra contra la ley el que hace lo que la ley prohíbe; y en fraude, el que salvadas las palabras de la ley elude su sentido.</p>
---	--

Finalmente considero que este caso práctico, es un ejemplo del *ius singulare* de Paulo, ya que la interpretación *de sus verba (palabras)*, es evitar la subversión de aquello que resulta interpretativamente cierto.

Por tanto podremos concluir que el *ius certum* para los romanos, es orientador del ejercicio práctico de interpretación de la ley,¹⁸ otorgando entre *verba* y *sententia* preeminencia a esta última, en sentido general; y de manera particular a partir del (*ius singulare*) intenta restringir la vulneración de aquello que ha gozado *per se* de una interpretación cierta, es decir, salvaguardar la *ratio* que subyace en la literalidad misma de la ley: la *equitas*, o *utilitas*.

18 En este sentido ver estudios relacionados, RAMIREZ ARCE, Bertha A., *Los principios Generales del Derecho en el Constitucionalismo Mexicano Contemporáneo. Garantismo y Justicia a la luz del modelo ius-romanista*. Tesis para obtener el grado de Maestría, Universidad de Xalapa, México, 2009.

Bibliografía

Corpus iuris civilis

- BARROS BOURIE, Enrique, "La interpretación en el Derecho Romano: El predominio del sentido, (Comentario del libro de Alejandro Guzmán Brito, Historia de la Interpretación de la Normas en el Derecho Romano)", Ediciones del Instituto de Historia del Derecho Juan de Solórzano y Pereira, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28 No. 4, Sección Bibliografía, Santiago, 2000.
- DI PIETRO, Alfredo, "Ius Certum y Certeza Jurídica, Verba Iustitia", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, año IV, núm.7, Buenos Aires, 1998.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho Privado Romano*, Tomo I, Jurídica de Chile, Chile, 1997.
- _____, "Dialéctica y Retórica. En los 'Tópica' de Cicerón", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Sección Historia del Pensamiento Jurídico y Político, XXXII, Valparaíso, Chile, 2010.
- _____, *El juez entre la equidad y la ley. Un estudio histórico-dogmático*, Jurídica de Chile, Chile, 2005.
- _____, *Historia de la interpretación de las normas en el derecho romano*, ediciones del Instituto Juan de Solórzano y Pereyra, Santiago de Chile, 2000.
- IHERING, Rudolf V., *El espíritu del derecho romano*, Volumen 1, Biblioteca de derecho romano, Oxford, México, 2001.
- RAMIREZ ARCE, Bertha A., *Los principios Generales del Derecho en el Constitucionalismo Mexicano Contemporáneo. Garantismo y Justicia a la luz del modelo ius-romanista*. Tesis para obtener el grado de Maestría, Universidad de Xalapa, México, 2009.
- _____, *Los principios generales del derecho. Reflexiones a partir del pensamiento romanista, en torno a la necesidad de su aplicación en el sistema jurídico mexicano*, Ponencia presentada en el XVI Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, celebrado en San José, Costa Rica, Universidad Interamericana y Universidad de Costa Rica, 2008.

“Hacer justicia”: aspectos socioculturales de una reforma judicial federal en la Argentina*

Brígida Renoldi**

RESUMEN: *En este artículo se aborda el contexto de una reforma del Código Procesal Penal de la Nación que en 1992 afectó el ámbito de la Justicia Federal en Argentina, introduciendo juicios orales y públicos. Se describe también el modo en que los aspectos socioculturales condicionaron la implementación de los nuevos procedimientos. El argumento deriva en el reconocimiento de los alcances y limitaciones de las innovaciones legales, y en el análisis de las dimensiones involucradas en la toma de decisiones, entendidas éstas como procesos colectivos e históricos condicionados por aspectos no siempre factibles de ser normatizados legislativamente.*

Palabras clave: *reformas judiciales, juicios orales, Argentina y prácticas judiciales.*

ABSTRACT: *In this paper I address the context of the National Penal Process Code reform that, in 1992, introduced oral public trials to the Argentine Federal Justice system. I describe the way socio-cultural elements affected the implementation of new court procedures; explore the scope and limitations of the legal innovations introduced; and analyze the dimensions involved in decision making—understood as historical, collective processes, subject to factors not always likely to be modified by means of legislative reform.*

Key words: *judiciary reform, oral trials Argentina and judicial practices.*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Cambios y continuidades. 3. El procedimiento mixto a nivel federal. 3. Conclusión. Bibliografía.

Introducción

Siempre es un gran desafío, y a la vez muy reconfortante, poder establecer un diálogo interdisciplinario sobre fenómenos complejos que involucran acciones del Estado y de sus agentes en reformas dirigidas dentro del ámbito judicial.

* Artículo recibido el 6 de enero de 2012 y aceptado para su publicación el 23 de marzo de 2012.

** Doctora en antropología, investigadora del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET), Universidad Nacional de Misiones (Argentina), investigadora asociada al Núcleo de Estudos em Cidadania, Conflito e Violência Urbana de la Universidade Federal do Rio de Janeiro (Brasil).

En esta ocasión es un honor para mí poder contribuir con la experiencia argentina a este diálogo, propiciado por la Universidad Veracruzana, donde existen serias preocupaciones sobre los alcances y limitaciones de las reformas judiciales, e importantes iniciativas de profesionales que están directamente comprometidos con su comprensión y concretización.

Me referiré aquí al contexto social e histórico en que se produjo la significativa reforma en 1992 del Código de Procedimiento Penal de la Nación Argentina, que regía desde 1888. Enseguida, abordaré los impactos, provocados por las innovaciones legales, en la práctica concreta de quienes desarrollan los procedimientos necesarios para “hacer justicia”. Lo que compartiré de aquí en adelante se basa en un estudio antropológico de carácter etnográfico realizado en el ámbito de la Justicia Federal, iniciado en el año 1999. Utilicé técnicas de observación en ámbitos judiciales y policiales, y entrevistas a sus respectivos agentes, además de acompañar juicios orales y analizar los expedientes judiciales de los casos observados.

Una de las hipótesis vigentes sobre los procesos de reforma judicial en América Latina sostiene que comenzaron a esbozarse frente a la necesidad de contar con sistemas judiciales que tuviesen autonomía y que no respondiesen, tal como tradicionalmente lo fueron haciendo en nuestros países, tan estrechamente al Poder Ejecutivo.

Tal como sostienen Carlos Acuña y Gabriela Alonso, las reformas estructurales implementadas en los años 80 enfrentaron ciertos problemas que llevaron posteriormente a los Bancos Multilaterales de Desarrollo a diversificar los empréstitos hacia el afianzamiento de gobiernos legítimos con funcionarios aptos y de un sistema político descentralizado que fuera capaz de generar mayor fiscalización de las acciones de gobierno. Estas iniciativas tuvieron como propósito que las reformas macroeconómicas dieran los resultados previstos a largo plazo.¹ Es decir que, en cierta medida, las iniciativas de reforma, estuvieron ligadas a garantizar proyectos económicos de gran escala.

Las características de la justicia en nuestros países están marcadas por la tradición del derecho civil, continental europeo, un derecho escrito, que pauta a través de Códigos los actos inaceptables desde el punto de vista de los legisladores que representan a la sociedad en el Estado. Pero las leyes expresan también la tensión de varias moralidades que fueron protagonizando diferentes

1 ACUÑA, Carlos H. & ALONSO, Gabriela, *VI Congreso Internacional del CLAD sobre La Reforma del Estado y de la Administración Pública*, “La reforma judicial en América Latina: un estudio sobre las reformas judiciales en Argentina, Brasil, Chile y México”, Buenos Aires, Argentina, 5-9 de noviembre de 2001, p. 3.

momentos históricos en la construcción de cada uno de los estados nacionales de la región. Sin embargo, vemos que en muchos casos los códigos se mantienen intactos, a pesar de los cambios sociales que se fueron dando en nuestros países y que exigen de alguna forma modificaciones legislativas.

Al mismo tiempo, nos amparamos en las Constituciones nacionales, que representan el marco legal de la tradición del derecho común. Y esto es interesante que sea resaltado, porque no faltan ejemplos de leyes previstas en nuestros códigos penales, por ejemplo, que entran en contradicción con principios constitucionales de los mismos países, como es el caso de la ley de drogas en Argentina (así como muchas otras), que considera delito el uso personal de sustancias que no afectan a terceros.

Si bien podríamos señalar esto como una incoherencia, lo cierto es que las formas de hacer justicia en los países de tradición europea, que han sido originados como colonias y que han tomado también algunos elementos de la tradición del derecho común, expresan peculiaridades bastante originales.²

En primer lugar, el énfasis de algunos aspectos centralistas sobrepuestos al equilibrio previsto por el sistema norteamericano, que se hace evidente en la prevalencia del Poder Ejecutivo sobre los otros poderes, y entre estos en la preponderancia del legislativo sobre el judicial, restringiendo la posibilidad de “crear derecho”, en el sentido que lo asume la jurisprudencia característica del derecho común.³

Los modos en que nuestras instituciones operaron afianzaron modelos en el ejercicio del derecho que fueron acentuados con las sucesivas intervenciones militares que desencadenaron en gobiernos autoritarios, gobiernos que, a su vez, al interactuar con la sociedad civil establecieron ciertos patrones de relacionamiento, condicionando las formas y características que luego adquirió el Estado argentino.

En general, casi todos los Estados nacionales de los países de América Latina conocen la experiencia de ser administrados por gobiernos militares. Estas prácticas que en ciertos países protagonizaron la historia muchas veces, han contribuido con algunas características que hacen a la genealogía de los Estados, así como también han colaborado con la definición de lo que podría agruparse bajo los términos: sociedad, civiles, y asimismo Estado.

2 Véase al respecto la excelente contribución de BERMAN, Harold, *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996.

3 ACUÑA, Carlos H. & ALONSO, Gabriela, *Op. Cit.*, p. 4.

Con esto quiero decir que, y voy a referirme apenas al caso argentino, el derecho, la justicia, el poder judicial, son hoy el resultado en el tiempo de tradiciones jurídicas que han sido puestas en movimiento por proyectos políticos específicos.

Argentina pasó por importantes reformas judiciales que se concretizaron durante el gobierno neoliberal de Carlos Menem, entre 1989 y 1985. La mayoría habían sido iniciadas ya en el primer gobierno post-dictadura de Raúl Alfonsín con el que se retomó la vida democrática en el país en 1983, gobierno que trajo el enorme desafío de juzgar a los ex comandantes del último golpe militar (1976-1983) por los homicidios cometidos, y el reto de revisar ampliamente la constitución de los poderes del Estado.

En este contexto de redefinición de las instituciones democráticas se pudo ver que existían enormes limitaciones en la organización judicial, y también se pusieron en evidencia expectativas muy específicas de los ciudadanos con respecto a las formas en que estas instituciones deberían desarrollar de allí en adelante sus tareas, sobre todo en función de la tragedia ocurrida a lo largo de por lo menos siete años que duró la dictadura militar iniciada en 1976, que dio como resultado 30 mil personas desaparecidas, entre ellos militantes de izquierda e intelectuales críticos en general. Esto equivale a decir: treinta mil personas torturadas y asesinadas, cuyos cadáveres fueron ocultados sin permitir ni siquiera realizar los rituales mortuorios necesarios para proceder al duelo, tal como está pautado para nuestra cultura occidental y cristiana, y como lo está en general para todos los grupos humanos. La herida estaba abierta y exigía justicia.

2. Cambios y continuidades

El contexto post dictatorial en que la reforma del Código Procesal Penal de la Nación Argentina tuvo lugar fue realmente significativo. Los procedimientos judiciales que se desarrollaron durante el Proceso de Reorganización Nacional en Argentina⁴, no separaban la parte acusadora (*fiscalía*) de la juzgadora (cámara de *jueces*), ya que la distinción entre ellas se inscribe en un Estado de Derecho que había sido suspendido por el gobierno de *facto*.

Los juicios por *delitos federales*, todos aquellos que atentan contra la integridad del Estado, se llevaban a cabo bajo el *sistema inquisitorial*, característico de la

4 Este fue el nombre con el que se bautizó a la política dictatorial del período.

tradición del derecho civil.⁵ Eran escritos y secretos, impulsados por el juez con poquísima intervención del fiscal.⁶

El Estado entonces se organizaba bajo una sola lógica que incluía las dos funciones dando lugar a que las intervenciones represivas promovidas por el gobierno estuvieran libres de juzgamiento y pudieran desarrollarse en función del programa político militar, basado en la represión de las expresiones ideológicas a través de la muerte y desaparición de personas en el contexto de lo que se conoció como *guerra fría*, sin sufrir mayores problemas ni impedimentos. Los análisis de Carlos Nino nos ayudan a comprender esta cuestión. En su libro *Juicio al mal absoluto* el autor sostiene que “los jueces argentinos han desarrollado la doctrina de las leyes de facto para legitimar normas sancionadas por los gobiernos militares”.⁷ Sobre esta afirmación ofrece una serie de datos para poder entender de qué manera la Corte Suprema facilitó los programas militares.⁸

En 1994 hubo una reforma constitucional que terminó por otorgarle al Poder Judicial la autonomía en el funcionamiento y su autarquía financiera. Se creó también el Consejo de la Magistratura⁹ encargado de nombrar a los Jueces de los tribunales menores a la Corte Suprema y de administrar también los recursos del Poder Judicial.

Se establecieron concursos para los cargos de Juez, a partir de los cuales el Consejo sugiere ternas al Poder Ejecutivo que, a su vez, propone un nombre al Senado de la Nación, donde en audiencia pública se acepta o rechaza la designación de las personas propuestas. Además, la nueva constitución prevé también jurados para juzgar públicamente a los jueces por mal ejercicio de sus funciones, algo inédito hasta entonces en el país.¹⁰

5 KAUFMAN, Esther, en Guber, Rosana, *El salvaje metropolitano*, “El ritual jurídico en el juicio a los ex comandantes”, Ed. Legasa, Buenos Aires, 1991, pp. 327-357.

6 MERRYMAN, John, *The civil law tradition. An introduction to the Legal System of Western Europe and Latin America*, Stanford University Press, California, 1969.

7 NINO, Carlos, *Juicio al mal absoluto. Los fundamentos y la historia del juicio a las juntas del Proceso*, Emecé Editores, Buenos Aires, 1997, p. 85.

8 En el mismo sentido Eugenio Zaffaroni sostiene que la Corte Suprema nombrada por el régimen militar convalidó toda la legislación de facto. Entre otras violaciones a los derechos humanos declaraba por jurisprudencia que la tenencia de residuos de marihuana en el bolsillo afectaba la seguridad nacional, de manera que desataba acciones fuertemente represivas con los usuarios de esta sustancia: ZAFFARONI, Eugenio y otros, *El sistema penal argentino*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina, 1992, p.37.

9 Constituido por veinte miembros, con representantes del Congreso, el Poder Judicial, el Ejecutivo, la Asociación de Magistrados y Facultades de Derecho, con el objetivo de reglamentar la constitución de la Corte y reducir su vínculo estrecho con el Poder Ejecutivo, entre otras funciones.

10 ACUÑA, Carlos H. & ALONSO, Gabriela, *Op. Cit.*, p. 10-11.

En 1992, con la reforma del Código de Proceso Penal de la Nación que regía desde 1888, la justicia federal incluyó los *juicios orales*. Fue una innovación de importancia central para lo que había sido la justicia argentina, porque concentró cambios en varios niveles de la organización del Estado.

Aunque se incluyeron elementos del derecho común, propios de la tradición acusatoria, esta reforma no suplantó una tradición por otra, sino que se propuso armonizar diferentes aspectos en diferentes momentos, dando lugar a un sistema mixto que combina actualmente las tradiciones latinas procesalistas de carácter jerárquico e inquisitorial, dominantes en la instancia de *instrucción* (fase investigativa), con el ingrediente de publicidad del juzgamiento, tomado de la tradición anglosajona.¹¹

En el ámbito del derecho se afirmaba que esta iniciativa de cambio pretendía acelerar los procedimientos para definir la situación de los *procesados* más rápidamente, evitando así que la persona pasara mucho más tiempo en *prisión preventiva* del tiempo que después se le daría de condena.

Sin embargo, en las expectativas populares había algo más que eso. Se trataba de establecer un sistema acusatorio que pusiera de manifiesto un cambio radical en el proceso judicial, que atendiera a los principios de un auténtico Estado de Derecho.

En la nueva versión de “justicia”, el proceso, entre otras cosas, afirmarí­a con fuerza que los crímenes cometidos por los ex gobernantes no permanecerían impunes, tal como lo hubieran hecho respondiendo al código hasta entonces vigente que colocaba sus acciones dentro del ámbito de juzgamiento castrense como crímenes militares, sin intervención de la justicia federal. De lograrse este paso significativo, la justicia, en tanto valor, se impondría como referencia de la democracia en los tiempos venideros.

En lo específico, los *juicios orales* también supusieron una ampliación de las garantías para el *acusado*¹² al abrir la posibilidad de un encuentro cara a cara con los jueces en el ámbito público de los debates judiciales.

11 RENOLDI, Brígida y EILBAUM, Lucía *O Inquérito Policial no Brasil: uma pesquisa empírica*, Michel Misse et. al. orgs, “O Processo Penal Argentino e o exercício da justiça. Uma aproximação compreensiva aos seus acertos e contradições”, Booklink, Rio de Janeiro, 2010, pp. 376-405.

12 Si bien los términos *acusado*, *procesado* e *imputado* no son sinónimos suelen utilizarse indistintamente. *Acusado* refiere a la persona a quien se imputa un delito; mientras *procesado* refiere a una condición de la persona dentro del proceso: el momento en que se considera que existen pruebas suficientes acerca de su responsabilidad por el delito, es decir, cuando se ha dictado el *auto de procesamiento*. He notado que el término *imputado* puede usarse en lugar de *acusado*, pero no pude registrar en qué sentido se diferencian o qué determina la preferencia por uno o por otro.

El impacto mayor de este procedimiento fue la “humanización” de un momento que hasta entonces permanecía secreto y ocultaba a los protagonistas detrás de *carátulas*.¹³ Desde que se implementaron no deja de afirmarse en el ambiente que tomar una decisión conociéndole la cara al acusado es muy diferente a tener que hacerlo basándose en papeles y números.

Fue así que la interacción en el ámbito público mostró su potencial para el proceso decisorio, y puso también en evidencia cuántos aspectos pasionales y personales influyen en esta instancia, aspectos que hasta entonces no habían tenido oportunidad de aparecer en los juicios de forma manifiesta, porque se ocultaban en los procedimientos formales escritos, desprovistos todos de carne y huesos.

Otros cambios también se introdujeron en ese periodo, como por ejemplo:

- La creación de tribunales vecinales para pequeñas causas,
- La incorporación de la figura del *arrepentido*, con el componente de ventajas en la disminución de la pena para quien colaborara con informaciones importantes en una investigación,
- La reforma del sistema de condena condicional (1992),
- La aprobación de la autarquía presupuestaria del Poder Judicial (1990),
- Y se inició un lento proceso de informatización de los juzgados que también ofreció cierta resistencia por la preparación de sus funcionarios, acostumbrados a trabajar manualmente y casi sin actualización o profesionalización en sus tareas.

Hasta aquí he presentado el panorama general de la reforma a nivel administrativo. Pero me gustaría ahora tratar algunos aspectos propios del desempeño judicial ya en la fase de implementación de tales cambios procesales, para tornar evidente el tipo de limitaciones con las cuales nos hemos enfrentado.

3. El procedimiento mixto a nivel federal

A grandes rasgos, podríamos decir que la reforma procesal consiguió montar un sistema mixto por el cual la primera etapa del procedimiento, donde se realizan las investigaciones, se caracterizaría todavía por una prevalencia del sistema inquisitorial.

13 Se denomina *carátula* a la portada de un expediente, donde se establece la primera calificación legal para darle tratamiento judicial.

Las investigaciones son promovidas por el *juez* de instrucción a través del trabajo que hacen los *secretarios* quienes, a su vez, descansan en la labor específica de los *instructores*, agentes centrales de la estructura burocrática judicial, pero que no poseen títulos en derecho.

Las delicadas tareas que realizan los *instructores*: tomar declaraciones testimoniales e indagatorias, acompañar el trabajo de los policías, solicitar informes periciales, recibirlos, y desarrollar argumentos analíticos sobre la forma en que son presentadas las pruebas, así como sobre la pertinencia que ellas puedan tener, son todas tareas supervisadas con mayor o menor profundidad por los *secretarios*, y firmadas finalmente por el juez.

Debido al caudal de tareas, excepto casos de gran relevancia social o política, la mayoría de los procesos es acompañada por este nivel de funcionarios que compone el primer escalón en la pirámide judicial. Si bien esto no está previsto en el código procesal, que presume la conciencia plena del *juez* de todos los casos y procedimientos, la realidad física y material no permite que tal seguimiento se lleve de la manera en que fue formulado por el código. Es por estos motivos que se delega en los empleados judiciales las tareas prácticas que hacen a la división del trabajo judicial. Todo ello caracterizaría la primera etapa dentro del proceso federal que resuelve delitos federales.

En la segunda etapa del mismo proceso, una vez que se obtienen pruebas suficientes incriminatorias, se eleva la causa al tribunal oral. Este momento en general se alcanza a través del trabajo de los *secretarios* del juzgado de instrucción, con escasa intervención de los *fiscales*.

Pero, a la hora de elevar la causa a *juicio oral*, el segundo momento del proceso, el *fiscal* tiene que estar de acuerdo, a pesar de que en general casi no participa. Se trata de una cuestión de *forma*, y la forma en el proceso es algo más que estética, es la garantía de legalidad (no en vano se llama al código penal, “código de fondo”, y al procesal, “código de forma”).

Una vez elevada la causa, ingresan nuevos *fiscales* y *defensores* oficiales, que actuarán en la ceremonia de juicio oral y público, encabezada por tres *jueces* que dictarán la sentencia. En esta instancia, los Ministerios Públicos Fiscal y de la Defensa, tienen la autoridad para negociar lo que se llama juicio abreviado, proponiéndole al acusado que acepte las imputaciones como responsable del delito por el cual se lo acusa, ganando así un descuento en la pena, siempre que ésta se estime menor a los 6 años.

En este pase de manos de la *causa*, cuando los papeles se desplazan de la instancia de instrucción para formar parte como documento de pruebas en el juicio

oral, mucha información se transfiere por escrito, otra pasa por vía oral informal (como por ejemplo cosas que les son contadas a los jueces y fiscales de la instancia siguiente), otra es desconsiderada por quienes reciben el expediente, y aún está aquella que, por motivos circunstanciales, aparece o desaparece del documento (se pierde porque no se alcanzó a cubrir un plazo, se traspapela y extravía, o persiste con énfasis debido a la insistencia de alguien que interviene motivado por estados anímicos ajenos a la causa).

Es decir que la agencia propiamente humana hace su parte. Toda impresión o conocimiento que exista de manera informal, si se espera que tenga algún peso o relevancia para el proceso, deberá ser adecuada a las formas procesales para que pueda trascender como una verdad. Con esto quiero resaltar el hecho de que inevitablemente se constituyen juicios basados en conocimientos obtenidos por vías informales que se hacen presentes en la formalidad del proceso a través de diferentes estrategias: olvidos de fechas de vencimiento, inscripción errónea de ciertas informaciones de modo que sean anuladas posteriormente, o acciones que dificulten, por ejemplo, la intervención del fiscal o del defensor.

Así, si existen conocimientos informales que crean certezas o ideas de verdad en los agentes judiciales, éstos pueden ingeniárselas para interferir en el proceso a través de la *forma*, retrasando o precipitando decisiones y cursos procedimentales. Es un modo de validar, basados en fundamentos informales, las convicciones y conocimientos existentes sobre un caso, que no han sido respaldados por pruebas válidas para la justicia. Esto es así porque se trata de información que no ha ingresado bajo la *forma* debida, no se ha convertido en *in-formación* en el marco de legalidad que la institución establece, pero que, sin embargo, resulta fundamental para comprender un hecho o situación y, en consecuencia, para establecer un juicio.¹⁴

Este modo de operar es más evidente en la implementación de ceremonias orales y públicas, ya que las motivaciones, secretos, afectos o desafectos, no pueden disimularse en una situación de interacción directa y real entre juzgados y juzgadores. Al ser un juicio público, todo se torna explícito, aunque no necesariamente por ello controlado o siquiera reversible.

La observación del trabajo cotidiano tanto de los juzgados de instrucción como de los tribunales orales, permite captar la infinidad de elementos que forman parte de los procesos decisorios, más allá de lo que está previsto en los có-

14 RENOLDI, Brígida, “Persona, agencia y estado: rutinas de instrucción judicial en el proceso federal argentino”, *Revista Cuadernos de Antropología Social* Número 32, Universidad de Buenos Aires, Instituto de Antropología Social de la Facultad de Filosofía y Letras, 2011, pp. 95-120.

digos de forma escrita. Más sentido adquiere esto aún al observar cada momento de interacción particular en que las personas se confrontan con expectativas, desafíos y limitaciones, dándole un significado específico y contextual a los valores de justicia y de verdad, que exceden muchas veces los principios formales, tal como la idea de “verdad verdadera”, que está más allá de las pruebas o por detrás de ellas (como resultado de confesiones o confidencias), y “justicia ilegal”, justicia alcanzada a través de pequeñas manipulaciones en la forma (introducir órdenes de allanamiento, por ejemplo, a posteriori de los procedimientos en que se incautan drogas).¹⁵

Podemos afirmar que la oralidad del proceso fue innovadora en varios aspectos. Primero, trajo a los primeros planos a las personas juzgadas, a la hora de tomar decisiones sobre sus futuras situaciones civiles. Segundo, reestructuró el circuito interno de la justicia, haciendo necesaria una definición más clara de los roles, una reformulación de los modos de interactuar, y puso también en evidencia la necesidad de actualizar los conocimientos de las personas en el nuevo modelo judicial.

Al mismo tiempo, se reformuló la relación que existía con la policía, ya que ésta no podía más tomar declaraciones *in situ*, y se veía obligada a derivar todos los casos de infracción a los juzgados, así como a investigar después. En este punto, la reforma también afectó a las policías, no sólo en lo que concierne al modo en que hacen investigación y presentan sus resultados, sino también, a la manera en que son registrados los actos en el momento en que ocurren.

Los juicios orales trajeron también un énfasis en la rigurosidad de lo escrito, aunque suene paradójico. Las actas realizadas por la policía, por ejemplo, que antes podían tener valor a pesar de ser ambiguas o contener datos indefinidos, o mal escritos, con el nuevo código exigían especificidad y detalle, para garantizar la confrontación futura entre lo escrito y lo dicho. Esto también tuvo su impacto en la formación policial, ya que en general quienes realizaban esos registros cada vez que se reconocía un acto delictivo, tenían una formación escolar muy básica.

La primera consecuencia se vio en la necesidad de “aprender a escribir” y de “enseñar a escribir” judicialmente, creando así un lenguaje específico de lo es-

15 Puede suceder que este tipo de “justicia ilegal” resulte también de las dificultades en interactuar con la burocracia necesaria para obtener autorizaciones legales en situaciones que requieren intervenciones rápidas. En ejemplos como éste, en lugar de invalidar un procedimiento por ausencia del documento principal para intervenir un domicilio, se resolvería de esta manera. Se supone que en un acto ilegal de esta naturaleza está en juego la justicia como valor supremo, respaldada por la veracidad de las evidencias, a pesar de los errores procedimentales que descalificarían la intervención policial, hasta anular cualquier posibilidad de juzgamiento posterior.

critico para ser dicho. Hasta que los *cabos* (quienes a menudo realizaban las actas) pudieron entrenarse en la escritura, el personal de mayor jerarquía era el que confeccionaba sobre todo aquellas actas que involucraban varias personas, objetos y mercaderías.

Se fue tornando indiscutible, entonces, la necesidad generalizada de profesionalización y, también como un factor importante, la conciencia de que todo el procedimiento que se realiza antes de los juicios orales es sólo un momento específico y fundamental de un proceso bastante mayor dentro de lo que puede ser considerado justicia.

De a poco, cada pequeña parte fue teniendo que aceptar el desafío de que todas las personas que intervienen en el procedimiento desde que se da la *noticia criminis*, tienen su responsabilidad sobre el resultado final.

Trabajar con la idea de que todas las personas que intervienen en el proceso judicial tienen su protagonismo en la justicia, como decisión que resulta de una serie valores que se preservan en función de bienes considerados comunes, pareciera que va un poco en contra de los principios jerárquicos que caracterizan a las instituciones judiciales, y por los que se atribuye y delega el poder decisorio a los jueces en nuestra tradición, confiriéndoles una autoridad casi divina.

Sin embargo, las reformas que van llevando, en cierta medida, nuestros sistemas jurídicos a des-escribirse (inclusive, y aunque parezca contradictorio, por el énfasis que colocan en la precisión de la escritura), desafían estos principios cada vez que se ven obligados a considerar la capacidad y la docilidad necesarias para tratar con personas de carne y hueso, en todos los momentos que constituyen el proceso judicial.

3. Conclusión

Las reformas judiciales nos enfrentan con dos realidades, en general comunes a todo proceso de cambio dirigido.

La primera es el temor a no saber proceder con las nuevas reglas y, frente a la inseguridad por todo lo que representa un cambio en las formas de hacer, defender los modos conocidos de resolución, despreciando, de maneras variadas, las potencialidades de las nuevas propuestas.

La segunda es el enfrentamiento con la dimensión humana que, claramente, expone las más diversas manifestaciones, no sólo de aquellas personas acusadas, sino también de todos los agentes que intervienen.

En el caso argentino, los juicios orales han puesto esto en evidencia, mostrando la necesidad impostergable de pensar y tratar la manera en que cada persona se involucra en las historias que les son contadas, con el propósito de tomar decisiones. Es claro que llegado a este punto nos enfrentamos con las cuestiones de moral y de ética que se terminan poniendo de relieve y que exigen también su reconocimiento.

Pero, para que esto sea posible, cada pequeño gesto y acto en el ámbito judicial tiene que ser considerado en el contexto general en que muchas personas se involucran en las historias y en los casos con el objetivo de que la sentencia finalmente se enuncie como una decisión coherente, justa y responsable.

Considerar el contenido de una sentencia como un resultado colectivo y al mismo tiempo uniformado sobre la heterogeneidad y la diferencia, es una manera de arrojar una mirada diferente sobre la Justicia, reparando así en su dimensión de proceso social antes que en el de su asepsia puramente normativa. Abordajes analíticos en esta dirección pueden contribuir con el entendimiento de aquellas decisiones que podrían considerarse arbitrarias, propiciando una explicitación cada vez mayor de los aspectos que informan una decisión. Esto no significa justificar "arbitrariedades", sino ser capaces de reconstruir sus genealogías al punto de asumir que todas ellas tienen sus motivos y razones. Pero ¿qué hacer con ello? Quizá ayude el reconocimiento de la centralidad que ocupan los agentes considerados periféricos en el modelo piramidal de la institución judicial y que, por coincidencia, constituyen su base. Entonces, tal vez sea posible cultivar el compromiso que cada uno puede asumir en toda intervención, a través del reconocimiento y de la innovación en pequeños gestos creativos que reformulen nuestras instituciones y los valores que pretendemos que las sustenten.

Para finalizar quisiera recordar que, como dijo Cortázar en su conferencia ofrecida en Madrid en 1981,

...las palabras pueden cansarse y enfermarse, como se cansan y enferman los hombres y los caballos. A fuerza de ser repetidas, y muchas veces mal empleadas, terminan por agotarse, por perder poco a poco su vitalidad. En lugar de brotar de las bocas o de la escritura como lo que fueron algunas vez, flechas de comunicación, pájaros del pensamiento y de la sensibilidad, las vemos o las oímos caer como piedras opacas, empezamos a no recibir de lleno su mensaje, o a percibir solamente una faceta de su contenido, a sentir las como monedas gastadas, a perderlas cada vez más como signos vivos y a servirnos de ellas como pañuelos de bolsillo, como zapatos usados.

Tal vez algo así haya ocurrido con las palabras amor y justicia, a las que sólo nosotros podremos restituirles la vitalidad que merecen, en ese territorio amplio y mutante que es el curso de la vida humana.

Bibliografía

- ACUÑA, Carlos H. & ALONSO, Gabriela *VI Congreso Internacional del CLAD sobre La Reforma del Estado y de la Administración Pública*, "La reforma judicial en América Latina: un estudio sobre las reformas judiciales en Argentina, Brasil, Chile y México", Buenos Aires, Argentina, 5-9 de Noviembre de 2001.
- BERMAN, Harold, *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996.
- CORTÁZAR, Julio, "Las Palabras", Charla pronunciada en el centro cultural La Villa de Madrid en 1981.
- KAUFMAN, Esther, en GUBER, Rosana, *El salvaje metropolitano*, "El ritual jurídico en el juicio a los ex comandantes", Ed. Legasa, Buenos Aires, 1991.
- MERRYMAN, John, *The civil law tradition. An introduction to the Legal System of Western Europe and Latin America*, Stanford University Press, California, 1969.
- NINO, Carlos, *Juicio al mal absoluto. Los fundamentos y la historia del juicio a las juntas del Proceso*, Emecé Editores, Buenos Aires, 1997.
- RENOLDI, Brígida y EILBAUM, Lucía, *O Inquérito Policial no Brasil: uma pesquisa empírica*, Michel Misse et. al. orgs, "O Processo Penal Argentino e o exercício da justiça. Uma aproximação compreensiva aos seus acertos e contradições", Booklink, Rio de Janeiro, 2010.
- RENOLDI, Brígida, "Persona, agencia y estado: rutinas de instrucción judicial en el proceso federal argentino", *Revista Cuadernos de Antropología Social* Número 32, Universidad de Buenos Aires, Instituto de Antropología Social de la Facultad de Filosofía y Letras, 2011.
- ZAFFARONI, Eugenio y otros, *El sistema penal argentino*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina, 1992.

Hacia una política de formación, capacitación y especialización jurídica en el Perú*

Jorge Isaac Torres Manrique**

RESUMEN: En el presente trabajo el autor desentraña con audacia, la contemporánea y, no sólo espinosa, sino aguda problemática que subyace a la cuasi irrefrenable y patética realidad de la formación, capacitación y especialización en predios jurídicos.

Para iniciar el abrace de dicha empresa, desarrolla con fluidez, solvencia y solidez, los reales significados, alcances y quintaesencias necesarios, para el respectivo análisis y reflexión de la triada jurídica sub exámine.

Finalmente, en defensa y en beneficio de la juridicidad, esboza a manera de colofón, sendos derroteros vía los cuales sugiere se arribe a una verdadera formación, capacitación y especialización jurídica.

Palabras clave: Formación jurídica, capacitación jurídica, especialización jurídica, enseñanza jurídica, política educativa jurídica.

ABSTRACT: In this paper, the author figures out with audacity, the not only thorny but also sharp contemporary problematic that underlies to the almost uncontrollable and pathetic reality of the formation, training and specialization in law.

To begin this challenge, he develops with fluidness, solvency and solidness, the real meanings, reaches and necessary quintessences, for the respective analysis and reflection of the juridical triad under inquiry.

Finally, in defense and in benefit of legality, he sketches by way of completion, several courses via which one suggests arrives to a true formation, training and law specialization.

Key words: Law formation, law training, law specialization, law teaching, law educational policy.

SUMARIO: Introducción. 1. Precisando los significados jurídicos de formación, capacitación y especialización. 2. Desnaturalizando dichos significados al crear, fomentar y defender “mitos jurídicos”. 3. Entonces, ¿qué ocurre en consecuencia? 4. Destruyendo mitos y encontrando un camino. Bibliografía.

* Artículo recibido el 14 de febrero de 2012 y aceptado para su publicación el 17 de marzo de 2012.

** Comisionado de la Oficina Defensorial Lima Este (Perú). Colaborador Externo del Bufete Jurídico Internacional, Jordan & Luciano Abogados (España). Experto en Derecho Empresarial y Administrativo, en Avallon, la red de expertos (España). Abogado por la Universidad Católica de Santa María (Arequipa-Perú). Egresado de los Doctorados en Derecho y Administración, y de las Maestrías en Derecho Empresarial y Derecho Penal, por la Universidad Nacional Federico Villarreal (Lima-Perú). kimblellmen@hotmail.com.

Introducción

Como ciudadanos de todo país en vías de desarrollo, necesitamos implementar y/o mejorar muchas cosas y en muchos aspectos, siendo uno de ellos, entre otros puntos, el aspecto jurídico, y dentro de éste, la necesidad de una urgente formación, capacitación y especialización jurídicas adecuadas¹, para mejorar nuestro nivel académico y profesional². Sin lugar a dudas, la coartada mejor sería la situación de la enseñanza del derecho en el país, desde la perspectiva de las necesidades de un sistema de justicia que se halla en franco estado de crisis.³

En este álgido escenario académico nacional, donde la cultura académica y profesional no existe, la recertificación (entendida como la costumbre de estudiar infinidad – variedad de cursos y en consecuencia, obtener un certificado o título por cada uno de los mismos – lo cual, por cierto, no es incorrecto) presa de la informalidad de muchos y la desidia de la mayoría ha originado que en muchos casos, como el presente, perdamos la orientación jurídica correcta de lo que en puridad o *strictu sensu* significan la formación, capacitación y la especialización, desde el punto de vista jurídico.

En ese sentido, van estas breves líneas de reflexión, análisis y sugerencias, las mismas que además, ponen sobre el tapete un grave problema que se suscita día a día y que por ende, debe preocuparnos a todos los abogados y motivarnos para realizar algo en consecuencia.

1. Precisando los significados jurídicos de formación, capacitación y especialización

En primer lugar: tenemos el tema referido a la formación jurídica y básicamente tiene que ver con la **enseñanza** profesional para futuros profesionales (aboga-

1 Empleamos la frase de “especialización y capacitación adecuadas” ya que son harto conocidas las consecuencias de la “hiper especialización”, la cual conlleva a finalmente que el hiper especialista llegue a un estado de no saber absolutamente nada o lo que equivale, en otros términos, al desconocimiento total del conocimiento y en su caso, de la información.

En ese sentido, el destacado iusfilósofo y profesor Juan Carlos Valdivia Cano, asume una prudente, reflexiva, como aguda posición al referir que se considera un “*estudiante del derecho*” y especialista en nada. Es más, hasta se jactaba de poseer tarjetas de presentación donde figuraba su nombre seguido de la etiqueta en la que se podía apreciar la frase: “*especialista en nada*” (él no se considera así mismo, un “*profesional del derecho*”). Al respecto, desarrollamos la explicación de estos términos en el Cuarto Mito del acápite 2 del presente trabajo.

2 Por otro lado, debemos precisar que no sería errado, sino imposible, llegar a ser especialista y/o capacitador en la mayoría o en todas las ramas y/o instituciones del derecho. Aspecto que muchos abogados parecen no tomar en cuenta.

3 PÁSARA, Luis, *La enseñanza del derecho en el Perú: su impacto sobre la administración de justicia*. En línea: Recuperado de [Justiciaviva.org.pe](http://www.justiciaviva.org.pe), en fecha 12/10/11 de <http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2004/informefinal.pdf>.

dos) que se imparte en las facultades de derecho de las universidades del país. Así, “formación profesional” implica: “*El conjunto de enseñanzas que tienen por finalidad la capacitación de los alumnos para el ejercicio profesional; además de proseguir su formación integral (...)*”⁴

Consecuentemente, formación jurídica significa “la formación profesional en materia jurídica”. Finalmente, se entiende que dicha formación tiene que estar a cargo de como mínimo abogados; y en determinados casos profesionales en otra profesión (ya que el dictado de algunas asignaturas estarán a cargo de otros profesionales; v.g., para el caso de asignaturas como Informática jurídica, Matemática jurídica, Medicina legal; las cuales deben estar a cargo de Ingenieros de Sistemas, Matemáticos puros y Médicos Legistas, respectivamente). Lo deseable sería que las mismas sean dictadas por profesionales en ambas profesiones, como por ejemplo, para el caso de la asignatura de medicina legal, un abogado y médico a la vez, a cargo; empero, lo cual en muy pocas oportunidades es posible, porque no es muy común encontrar profesionales con doble titulación de dicha naturaleza.

Sin perjuicio de ello, resulta pertinente traer a colación el punto de vista de Gordon (el mismo que compartimos), ya que señala que en principio la capacitación profesional se haría presente también, en predios del pre grado o nivel de estudiante, con miras a convertirse en abogado, así como del posgrado.

En segundo lugar, el autor citado realiza un importante desarrollo de varios modelos de educación del derecho. Al respecto, es de resaltar:

(...) Algunos, sin embargo, están al menos sutilmente conducidos por propósitos reformistas: #3, enseñar a pensar como abogado, especialmente asociado a #5, capacitación en la argumentación política, y #6, capacitación en ciencias políticas auxiliares, han sido diseñados para intentar mejorar el nivel promedio de la práctica brindándole a los abogados un vocabulario de argumentación más extenso y sofisticado para practicar su arte (...).⁵

En segundo lugar: está el tema de la capacitación⁶ jurídica, y en ese sentido tenemos que, capacitación son los “*estudios o prácticas para superar el nivel de conocimientos, la aptitud técnica o la habilidad ejecutiva en actividades útiles y singularmente*

4 CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo IV, Buenos Aires, 1994, p. 96.

5 GORDON, Robert W, *Distintos modelos de educación jurídica y las condiciones sociales en las que se apoyan*. En línea: Recuperado de Digitalcommons.law.yale.edu, el 13/10/11: <http://digitalcommons.law.yale.edu>

6 Capacitación es la “Acción y efecto de capacitar o capacitarse” y capacitar significa “Hacer a alguien apto, habilitarlo para alguna cosa”. *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua*. (En línea) Recuperado el 07/08/06 (de Cd-rom).

en las de índole profesional”,⁷ y que “capacitar”, quiere decir “hacer apto o suficiente”. En consecuencia, la función de impartir “capacitación jurídica” deberá estar a cargo de aquellos abogados o profesionales que hayan sido capacitados debidamente o aquellos que tengan título de capacitador. Por tanto, sólo pueden capacitar quienes están debidamente capacitados o quienes tienen título de capacitador y no otros.

En tercer lugar nos ocuparemos del tema de la especialización⁸ jurídica, y al respecto, tenemos como primer punto que según el referido diccionario, el significado de “especialidad” es: “Conocimientos teóricos o prácticos de índole genuino en una ciencia o arte. Intensificación del estudio o del ejercicio en alguna de las ramas concretas de la enciclopedia jurídica y de las actividades conexas con ella”.

A continuación, tenemos que, “especialización” quiere decir: “Conocimientos o prácticas de un especialista”, y que además, “especializarse” es “dedicarse a estudios o ejercicios singularmente intensos para dominar más a fondo alguna materia”; y así también, “especialista” es “quien con intención y extensión cultiva una rama de cierta ciencia o arte. Jurista con conocimientos calificados en alguna de las ciencias privativas; como el mercantilista, el civilista, el penalista o el laboralista”⁹.

7 CABANELLAS, *Op. Cit.*, p. 54.

8 Especialidad es la “Rama de una ciencia, arte u oficio que requiere una especialización precisa”, especialista es “El que se dedica a una determinada especialidad”, y especializar “Es cultivar una rama determinada de la ciencia o del arte”. *Diccionario Enciclopédico Color Lexus*, p. 352.

i) Especialidad: “Es la rama de una ciencia, arte o actividad, cuyo objeto es una parte limitada de las mismas, sobre la cual poseen saberes o habilidades muy precisos quienes la cultivan”, ii) Especialista: “Dícese del que con especialidad cultiva una rama de determinado arte o ciencia y sobresale en él”, iii) Especialización es la “Acción y efecto de especializar o especializarse”; y iv) Especializar es, “Cultivar con especialidad una rama determinada de una ciencia o de un arte”. *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua*. (En línea) Recuperado el 07/08/06 (de cd-rom).

9 Así, se puede ser especialista en: Derecho del Deporte, DD. Humanos, D. Internacional Humanitario, Ética y Deontología Jurídica, D. de las Personas, D. Genético, D. Médico, Responsabilidad Civil, D. Corporativo, D. Comunitario, D. Económico, Análisis Económico del Derecho, D. del Comercio Internacional, D. Empresarial, D. Procesal Empresarial, D. Contractual, D. Marcario, DD. de Autor, D. Informático, D. Contractual, Contratación Electrónica, D. Comercial, D. Civil, D. Procesal Civil, D. Inmobiliario, D. Penal, D. Laboral, D. Procesal Laboral, D. Tributario, D. Cambiario o Cartular, D. Societario, D. Concursal, D. Bursátil, D. Bancario, D. de la Competencia, D. Industrial, D. Minero, D. Internacional Privado, D. Internacional Público, D. Comparado, D. Romano, Filosofía del Derecho, Historia del Derecho, D. Constitucional, D. Procesal Constitucional, D. Constitucional Económico, D. Judicial, Teoría del Derecho, Teoría General del Proceso, D. Electoral, D. Del medio Ambiente, D. Político, D. Administrativo, D. Procesal Administrativo, D. Financiero, D. Municipal, D. de la Integración, D. de Comunicaciones, D. de Transportes, D. Regulador, D. Aduanero, D. Sanitario, D. Penal Militar Policial, D. Electoral, D. Notarial, D. Registral, D. de la Seguridad Social, Sociología Jurídica, Epistemología Jurídica, Razonamiento Jurídico, D. Consular, D. Parlamentario, D. Aéreo y Espacial, D. de Familia, D. Sucesorio, D. Canónico; entre otros.

Resulta pertinente hacer mención que las universidades (posgrado), poseen su particular cosmovisión de la especialización. Así, tenemos que la Universidad de Buenos Aires, afirma que la Carrera de Especialización en Administración de Justicia, que ofrece, presenta como objetivo:

Lograr un punto de encuentro entre teoría y práctica en la aplicación del derecho, procurando incentivar la reflexión acerca de los casos que forman parte de la realidad cotidiana de los tribunales y, a su vez, intentando alcanzar un marcado acercamiento a las elaboraciones teóricas, a fin de evitar cualquier tendencia hacia un puro pragmatismo y el consecuente debilitamiento de la seguridad jurídica.¹⁰

Al respecto, entre paréntesis, conviene realizar observaciones muy puntuales: *i*) La “Carrera de Especialización”, es conocida en nuestro medio como: “Segunda Especialidad”, ante lo cual huelga cuestionar en *strictu sensu*: ¿y cuál es la primera?, y así también, *ii*) La denominación “Carrera de Especialización”, de uso en Argentina, se encuentra referida al nivel posgrado; lo cual difiere de la que se le da en nuestro medio, ya que “carrera”, únicamente es utilizada para referirse al nivel de pre grado (*verbi gratia*: Carrera Profesional de Derecho).

Por otro lado, tenemos que el término: “especialización”, es definido por ROSENBERG como: “Reducir una operación o tarea en actividades separadas, simplificadas e individuales”.¹¹ Así también, la “especialización” es entendida como sinónimo de organización, tal y como lo señalan RIBÓ DURAND Y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ: “La especialización es consecuencia de la amplitud de los conocimientos técnicos y, por lo tanto, creciente”.¹²

Sin embargo, sostenemos que desde el punto de vista “formal o estricto”, la especialización jurídica se adquiere únicamente al titularse como tal de un curso de posgrado universitario de “segunda especialidad” (que conste de cuatro semestres académicos). Aunque a nuestro parecer, se debería denominar “primera especialidad”, ya que el título de abogado es de naturaleza de generalización y no de especialización.

Finalmente, tenemos que capacitar está relacionado al aspecto genérico, mientras que especializar, lo propio hacia lo específico, es decir, entre los mismos hay una relación de género y especie, respectivamente.

10 Para mayor información ver: Carreras de Especialización de la Facultad de Derecho. Recuperado en fecha 12/10/11, de Uba.ar:

http://www.uba.ar/download/academicos/o_posgrados/carreras/FacDerecho.pdf

11 ROSENBERG, J M, *Diccionario de administración y finanzas*, Editorial Océano Grupo Editorial S. A., Barcelona, 1983, p. 170.

12 RIBÓ DURAND, L. y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, J., *Diccionario de derecho empresarial*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1998, p. 613.

En consecuencia, consideramos que para tener una “verdadera especialización jurídica”: se debe poseer una condición o requisito de los que mencionamos a continuación y son: poseer los conocimientos o prácticas de un especialista jurídico, haber culminado un curso de especialización, haber hecho lo propio con una segunda especialidad (y en estos últimos casos obtener el título de especialista respectivo), haber escrito un libro en materia jurídica que no sea de materiales de enseñanza o ser jurista en una rama o institución jurídica, por lo menos.

Además, tener la condición o calidad de especialista jurídico no implica desconocer otras ramas o instituciones del derecho, sino más bien, dominar una de ellas desde el dominio a su vez de la totalidad de las fuentes del derecho (esto es, manejar una rama del derecho, pero a la luz de las fuentes del derecho, *exempli gratia*: tener una sólida formación en derecho empresarial, pero con una perspectiva, digamos corporativa, que incluya también el manejo de no solo la ley, si no a su vez, la doctrina, jurisprudencia, principios generales del derecho...); debiendo preferirse la especialización en instituciones que en ramas del derecho, ya que la naturaleza de las primeras abarca un enfoque más global.¹³

2. Desnaturalizando dichos significados al crear, fomentar y defender “mitos jurídicos”

Pero, en nuestro país, ¿entendemos los significados de capacitación, especialización y especialista jurídicos?, la respuesta es: no necesariamente (salvo que si lo entendamos y simplemente no queramos ponerlos en práctica o que no nos convenga hacerlo), porque lamentablemente gran parte de la juridicidad peruana, resulta cotidiana y sistemáticamente sacrificada, postergada, marginada y cuando no, olímpicamente ninguneada por los que por su naturaleza patética, tradicional, así como, tristemente célebre, denominaremos: “mitos¹⁴ jurídicos”:

Primer mito. Muchas veces creemos que somos especialistas en mérito a haber asistido a uno(s) eventos académicos (seminario, forum, mesa redonda,

13 Existen especialistas en todo el Derecho Civil: como los hermanos Mazeaud, Ennecerus, La Cruz Bermejo, Albaladejo, entre otros, así como en nuestro medio tenemos a su homólogo más representativo: el Dr. José León Barandiarán, creador del derecho peruano. No obstante, contamos con reconocidos especialistas (quienes además son ilustres juristas), como por ej.: El Maestro Carlos Fernández Sessarego (D. de las Personas), Dr. Mario Castillo Freyre (D. de las Obligaciones), Dr. Javier Valle-Riestra (D. Constitucional), Dr. Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena (Acto Jurídico), Dr. Pinkas Flint Blanck (D. Empresarial y D. Concursal), entre otros.

14 “Relato alegórico que encierra algunas creencias cosmogónicas, teogónicas, históricas, etc., de una cultura aceptado como cierto por sus miembros (...) utopía o creencia aceptada y transmitida por una comunidad”. *Diccionario Enciclopédico Color Lexus*, p. 626.

conversatorio, congreso, etc.) o por cursar o haber cursado un posgrado,¹⁵ diplomado¹⁶, actualización, maestría, doctorado, PhD¹⁷.

Ante lo cual, debemos mencionar que dicha apreciación resulta equivocada, ya que según lo referido en el punto 1 de la presente entrega, la especialización se alcanza bajo dichos presupuestos, además, los mencionados cursos mencionados no abrazan los cauces de la especialización necesariamente. En tal sentido, podemos establecer que:

Un posgrado, se caracteriza básicamente por su naturaleza posterior al grado profesional, el cual puede tratar sobre una institución o rama determinada del derecho y en consecuencia no tiene porque considerarse que un curso de posgrado resulta ser sinónimo de un curso de especialización.

Un diplomado¹⁸, es un curso de capacitación de carácter genérico y no específico; en consecuencia, no nos especializamos por haber estudiado un diplomado.

Un curso de actualización, que se caracteriza por dotar de conocimientos del derecho actuales, vigentes, así como de nuevas tendencias, el cual se encuentra dirigido a profesionales o no, que deseen obtener los conocimientos e información jurídica actualizada; luego, está claro que este curso tampoco es de especialización.

15 Nos referimos en este caso a los cursos que se imparten a los graduados de bachiller en adelante, pero con la particularidad que tienen menor cantidad de horas académicas de duración y que son distintos a los cursos (también de posgrado) como la maestría, doctorado o PhD; porque su titulación en los mismos no equivale a un grado académico de posgrado.

16 Últimamente algunas instituciones académicas nos han regalado nuevos cursos cuya naturaleza es una fusión (en consecuencia, no se puede determinar a ciencia cierta si son cursos de diplomados, especializaciones o de formación de formadores), denominándolos “diplomados en especialización” y “diplomados de formación de formadores”.

17 Acerca de este último grado académico debemos mencionar que desde hace unos años se habla (y en su caso, para las maestrías y doctorados) sobre un supuesto grado superior al PhD: denominado “PhD Internacional” (International PhD) que vendría a ser, i) el máximo grado académico otorgado en el mundo; el cual tendría el mismo significado del PhD “convencional o común” pero con la particularidad de ser posterior al mismo y versado en una institución o rama que abarque o se relacione con las mismas pero que traspase — o rebase — los límites de un Estado. En el caso del jurídico sería el “International PhD in Law” y su traducción: Doctor Internacional del Filosofía del Derecho. Ej.: El PhD internacional en Derecho Comunitario (International PhD in Community Law), es decir, el PhD que versa sobre temas y realidades tan amplios y globales como los de la actual Unión Europea; y/o ii) el ostentar un PhD pero con la diferencia de ser expositor o conferencista internacional en tal calidad o asesorar, laborar en o para otros países.

Sin embargo, desde nuestro punto de vista, se trata más bien del mismo grado de PhD, “convencional o común” (que es como denominaremos al PhD mencionado en el primer mito) pero cursado por extranjeros en países como Suiza, Holanda, entre otros (de ahí el agregado de “internacional”), es decir, cursado por peruanos en dichos países. Consecuentemente, además, su carácter es también general y no especial.

18 Respecto del cual no existe consenso acerca de su naturaleza académica. Debido a que hay dos vertientes que parecen no conciliar: la primera considera que dicho curso es de posgrado y la segunda refiere que es de pre grado. Nosotros nos inclinamos por la posición ecléctica.

Una maestría, es impartida al bachiller (no tiene que ser necesariamente abogado, incluso puede graduarse de magíster sin serlo, pero con el impedimento de no poder ejercer la profesión) y está orientada a la formación hacia la investigación teórico-práctica con el objetivo de ampliar y no especializar.

En ese sentido, llama la atención, por decir lo menos, apreciar que comúnmente no pocas universidades¹⁹ ofrecen cursos de maestría como sinónimo de cursos de especialización o que a través de los cuales se especializa al discentecón conocimientos que servirán de futuro como basamento para la construcción del Maestro o Magíster y no de especialista jurídico.

Por otro lado, el presente curso, al igual que el doctorado y el PhD son catalogados como de posgrado “propiamente dichos” o “de primer nivel”, debido a que a través (es decir, culminando los estudios requeridos y graduándose de tales) de ellos se puede obtener un grado académico de posgrado.

Al respecto, huelga acotar que dejamos constancia de nuestra discrepancia con la postura de la naturaleza de especialización que asume GONZÁLES MANTILLA, cuando señala:

Las maestrías en Derecho surgieron con el ímpetu de convertirse en espacios de investigación, privilegiando, entre sus filas, a quienes provenían del ejercicio docente. No obstante, con el tiempo, este perfil fue debilitándose por la emergencia de sectores profesionales que buscaban espacios de actualización y de desarrollo de destrezas para su desempeño en las diversas áreas del trabajo jurídico operativo. La visión estrictamente académica de las primeras maestrías empezó a ceder a la demanda del mercado y surgieron, como se dijo, maestrías más especializadas; o, de otro lado, las maestrías originalmente concebidas empezaron a abrir sus estructuras, buscando lograr un equilibrio entre la demanda urgente y el desarrollo de sus propios proyectos académicos.²⁰

Un doctorado²¹, impartido al bachiller y egresado de maestría — ambos requisitos y no cualquiera de ellos — (no tiene que ser necesariamente abogado, ni magíster, también puede graduarse de doctor — siempre que primero se gradúe de magíster —, pero estará impedido de ejercer la abogacía, en el caso que no se haya titulado como abogado). Tiene los mismos objetivos que el de maestría,

19 Acerca de las cuales se espera siempre un manejo serio de conceptos y criterios, no sólo académicos.

20 GONZÁLES MANTILLA, Gorki, *La enseñanza del derecho en el Perú: cambios, resistencias y continuidades*. En línea: Recuperado de Derechos humanos.udp.cl, en fecha 12/10/11: <http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp-content/uploads/2009/07/peru1.pdf>, p. 23.

21 A diferencia de las maestrías que tradicionalmente su dictaban únicamente en una profesión o rama científica o no del saber humano, como por ej. Doctorado en Derecho, Doctorado en Administración, Doctorado en Medicina, etc. Pero últimamente ya se pueden encontrar instituciones académicas que ofrecen dichos cursos pero en una rama del Derecho, como es el caso del Doctorado en Derecho Empresarial.

con la diferencia debe su naturaleza a la híper investigación, reflexión y análisis del, también como mínimo, bachiller en derecho. Es el máximo grado académico otorgado en el Estado peruano.

Por último, un PhD^{22, 23, 24}(el cual es una contracción del término Doctor of Philosophy²⁵, significa Doctor en Filosofía y que para este caso vamos a pretender establecer su significado pero desde el punto de vista del derecho, es decir, como si estuviéramos hablando de un “Ph. D. in Law” o un curso del posgrado para ser Doctor en Filosofía del Derecho) importa una formación orientada hacia el examen, estudio de los principios supremos del derecho, la introducción científica de su exposición especulativa que prescinde de la ley o derecho positivo, pero no de la realidad, personas y cosas, en sus relaciones y situaciones jurídicas, cuya generalización sistemática pretende²⁶.

Entonces, tenemos que este curso se encuentra orientado hacia el más alto grado de investigación, a la luz de la ciencia filosófica o de amor al conocimiento, lo que implica básicamente investigación denominada “pura”. En consecuencia, su naturaleza tampoco es conteste con la naturaleza de un curso de especialización del derecho.

Como hemos visto, no es válido pretender optar la calidad de especialista jurídico a través de los mencionados cursos, ya que, hemos expuesto las razones suficientes por las que no se les puede denominar ligeramente como: “cursos de especialización”, sino a nuestro criterio, más bien debieran denominarse: “cursos de individualización” y en su caso: “cursos de generalización”, pero de ma-

22 Doctor Philosophiae, equivalente del “Doctorado de investigación” en Iberoamérica. El PhD es el doctorado de investigación más común en los Estados Unidos y en el Reino Unido, Sin embargo hay otros tipos de doctorado que son también denotados como acrónimos: Ed.D. (Doctor of Education), D.A. (Doctor of Arts), DBA (Doctor of Business Administration), D.M.A. (Doctor of Musical Arts), Th.D. (Doctor of Theology), etc. La escritura con punto (Ph.D.) es del inglés norteamericano, mientras la forma sin punto (PhD) es del inglés Británico. (En línea) Recuperado el 07 de agosto del 2006, de <http://es.wikipedia.org/wiki/PhD>.

23 Es el doctorado orientado a la investigación y en mérito a ello se le conoce también como “Doctorado en Investigación”.

24 El término acrónimo significa “*Siglas constituidas por las iniciales, y a veces con otras letras o sílabas con las que se obtiene un nombre*”. *Diccionario Enciclopédico Color Lexus*, p. 11.

25 *Diccionario Oxford Compact Español-Inglés, Inglés-Español*, p. 779.

26 Por ejemplo, la Universidad Católica Andrés Bello de Venezuela, tiene entre sus principales docentes, profesionales que ostentan el grado de PhD, no sólo en Derecho (hacemos referencia únicamente los referidos grados): PhD en Ciencia Política (Economía Política). Stanford University, PhD en Derecho Comparado. Universidad Complutense de Madrid, PhD en Políticas Públicas. University of Pittsburg, PhD en Procesos Políticos. Universidad de Salamanca, PhD en Políticas Públicas y Administración Pública. The American University, PhD en Economía. Universidad de Pennsylvania, PhD en Ciencias Sociales. London University, PhD en Recursos Forestales. North Carolina State University, PhD. en Matemáticas. Ohio State University, PhD en Educación. Universidad de Columbia, PhD en Ciencias Económicas. Universidad de los Ángeles. (En línea) Recuperado el 13/08/06, de <http://www.ucab.edu.ve/ucabnuevo/index.php?pagina=2563>

nera alguna: “cursos de especialización”, ya que, la naturaleza de estos últimos es totalmente distinta a la un curso de especialización, como ya hemos apreciado.

Segundo mito. Haber estudiado algún tipo de cursos mencionados en el anterior mito, pero con la diferencia que hayan sido en el extranjero, los convierte también, *ipso facto*, en no sólo especialistas o capacitadores jurídicos autorizados, sino que, de primera categoría.

En este último mito, la equivocación es mayor porque refleja que el estudiar (no una especialización jurídica, por cierto) en el extranjero no ayudó lo bastante como para poder entender acerca de la naturaleza y alcances de una especialización jurídica, ya que la especialización jurídica no se obtiene necesariamente por estudiar en el extranjero uno o todos los cursos y sobre todo, cuando lo que se estudió no fue un curso de especialización jurídica correspondiente. Y, de ser así, faltaría determinar si quien egresó de los mismos estuvo a la altura del caso, así como sus docentes. Además, es necesario tomar en cuenta que no todos los cursos seguidos en el extranjero son irrefutablemente referentes de primer nivel.

Tercer mito. Ser egresado o titulado de abogado en una universidad de prestigio, significa incuestionablemente que se es especialista jurídico, calidad que puede ostentarse en una rama o institución del derecho, en varias y/o en todas.

Ante lo expuesto en el presente mito, tenemos que manifestar que es un craso error, porque, en las facultades de derecho (pre grado) se imparte conocimientos básicos como genéricos del derecho, en consecuencia, su naturaleza no es de lejos siquiera cercana a la de una especialización jurídica.

Cuarto mito. Ser docente universitario, tener un cargo jefatural de institución pública o privada, profesional de carrera o de confianza en determinada institución, egresado de una universidad o laborar en un estudio jurídico, en ambos casos, de reconocido prestigio; les otorga automáticamente (*juris et de jure*), como por arte de magia, la calidad de especialistas jurídicos.

Este mito, también resulta ser un clamoroso error y las razones están en las precisiones del punto 1 de la presente entrega.

Quinto mito. Con dominar o creer dominar de manera más o menos aceptable o aceptable una rama del derecho, se puede fungir de capacitadores oficiales o especialistas y muchas veces, de por vida y que consiguientemente “nunca” deben prepararse-profundizar constantemente, cuando no, estudiar los cursos que los legitimen como tales; y lo que es peor, ser víctima de sus propios preju-

cios y complejos y de este “sistema educativo informal imperante” que significa que el profesor, capacitador no puede rebajarse y es más, debe “evitar a toda costa, ya que su imagen y autoridad de docente no se debe nunca mancillar” someterse al sistema educativo, lo que quiere decir, convertirse de vez en cuando, también, en “estudiante del derecho”, lo cual implica sentarse codo a codo con sus ex, actuales y/o potenciales alumnos.

Nuevamente tenemos que es incorrecto, porque en principio el mundo y por ende, el derecho están en constante cambio y evolución, por tanto nada se gana con desconocer, no aceptar la realidad y no actuar positivamente en consecuencia; además, porque, el estudio constante en cualquier nivel los hace mejores profesionales con mayor dominio y amplitud de conocimientos, visión y análisis (como docente no solo se tiene esa necesidad, sino, una responsabilidad y por tanto, también una obligación), en consecuencia, estudiar o continuar estudiando de manera permanente no tiene nada de denigrante o incorrecto, en todo caso, lo incorrecto y poco responsable como profesionales es no estudiar, no capacitarse y no especializarse constantemente.

Tampoco es correcto creer que, siendo docente y estudiar con sus alumnos un curso determinado, convirtiéndose para ello en un compañero más de ellos, como por ejemplo: Cursar una especialización, es denigrarse o rebajarse; porque precisamente lo que en esencia eso es lo que debemos aspirar a ser, además, porque aceptar tal reto, si se quiere, es propicio para poner a prueba su capacidad y que mejor que sus alumnos sean testigos de excepción de ello; también, para demostrar que no tienen complejos de ningún tipo, y que muy por el contrario, incluso fuera del aula también son profesores, dignos de admirar e imitar, también porque es una muy buena oportunidad de continuar dando muestras de humildad, amor y respeto al conocimiento al motivar con el ejemplo, no sólo a sus alumnos, que el estudio, la capacitación y/o la especialización, no constituye en una etapa de una única vez en la vida, sino mas bien es una forma de vida.

En ese sentido, parafraseando a Torres Manrique, F., quien a su vez hizo lo propio con lo acuñado por Valdivia Cano, J.: podemos decir que existen tres tipos de estudiantes en el derecho:

- i) “Estudiantes de derecho”. Que son la mayoría de alumnos de pre grado de las facultades de derecho.
- ii) “Profesionales del derecho”. Que son la mayoría de anquilosados abogados, que se han quedado estáticos como petrificados, ya que no estudian, no se capacitan, ni se especializan, porque consideran que son miembros

de una élite, esto es, que son profesionales y que por ende, una vez alcanzado ese *status*, lo académico resulta ocioso como innecesario.

- iii) “Estudiantes del derecho”. Que son quienes entienden que el estudio, capacitación, especialización y análisis no se constituye en solo una etapa o etapas, sino una forma de vida jurídica de amistad y no enemistad con el conocimiento, de amor al conocimiento no solo jurídico, pero por convicción y no por coyuntura: en consecuencia, son la minoría de los dos primeros grupos *-i*) y *ii*) -; por tanto, es a este tercer grupo al que debemos aspirar integrar.

Entonces, tenemos que no es equivocado ser o convertirse en un eterno “estudiante del derecho” y en consecuencia, venciendo sus propios obstáculos, luego de estudiar dichos cursos –entre otros puntos–, podrían, además, postular a cualquier otro cargo por concurso público de méritos o no (claro, en el caso de que así lo deseen).

En consecuencia, convertirse en alumno (siendo profesor) y estar sentado o no (no presencial o virtual) al lado de sus ex alumnos, alumnos y/o potenciales alumnos no disminuye al docente, sino todo lo contrario, le da legítimo reconocimiento de propios y extraños, lo consolida (al darle seguridad, firmeza académica, docente, profesional y también reconocimiento), engrandece, enaltece, libera (de sus complejos, de ser el caso) y eleva su autoestima como ser humano, profesor y profesional; hace que su familia, alumnos y amigos se enorgullezcan de él; mejora su perspectiva laboral, y todo eso, sin tomar en cuenta que, al culminar, además, llegaría a ser especialista jurídico (si es que el curso que siguió fuese de tal naturaleza), también alejaría toda sospecha de falta de seriedad, incapacidad o posible improvisación en la cátedra; es decir, solo le trae beneficios.

Sexto mito. Así también, algunos equivocadamente creen que el haber estudiado cursos de especialización y en consecuencia ostentar el título de especialistas, los convierte “realmente” especialistas en materias o ramas del derecho específicas.

Respecto del mismo consideramos que también es errado porque, casi la totalidad de los llamados cursos de especialización, en estricto sentido, no fueron tales, ya que fueron dictados por no especialistas o cuasi especialistas jurídicos, luego, tenemos que el haber egresado de dichos cursos no les otorga otra naturaleza que no sea de cuasi especialistas.

Séptimo mito. Ser invitado para dar una cátedra, charla, ponencia o integrar el panel²⁷ en un evento académico, significa que uno se convierte por tal motivo, inapelablemente especialista o capacitador jurídico.

27 Aquí, consideramos necesario señalar que desde nuestro punto de vista el “panelista” es aquel que es invitado a un evento académico para formular sus preguntas que son aportes, reflexiones, discrepancias, pero

Al respecto debemos mencionar que es desacertado, ya que en diversas oportunidades dichas invitaciones no necesariamente son realizadas a quienes son verdaderos especialistas o, en su caso, capacitadores.

Octavo mito. Los pertenecientes a una especie de logia, alcurnia y/o estirpe son de hecho especialistas jurídicos, además de capacitadores de primera categoría. Lo cual, además, degenera en que exista soterradamente una creencia que los integrantes de las clases mencionadas, no solamente son los llamados, sino los únicos, a convertirse en especialistas jurídicos y por ende arrogarse, impropiaamente, el nivel académico de dichos cursos.

Así, cuando se dicta un curso de especialización en alguna universidad o centro de estudios autorizado (menos mal, son pocos), ocurre que sospechosamente los alumnos que no reúnan dichas “calidades” y/o en su defecto no comulguen con su manera de pensar, pues, simplemente no aprueban o si lo hacen es con el puntaje lo bastante necesario para no obtener el título respectivo, luego, no podrán acceder a dicho nivel. Entonces, repiten lo que en una nefasta oportunidad ocurrió²⁸ y en consecuencia, conjugan el verbo “especializar” de una muy particular manera, por decir lo menos, la que sostiene: “yo especialista, tu especialista, él especialista y nadie más especialista”.

Al respecto, tenemos que dichas ideas no tienen ningún fundamento, o el suficiente, además, porque no reúnen los presupuestos para la especialización jurídica esbozados en el punto 1 del presente trabajo. Sin embargo, es muy importante aclarar que el hecho que se haya asistido a uno o más de los cursos mencionados y que ostente o no el título respectivo de los mismos, no es óbice para que perfectamente sea, además (cumpliendo nuevamente, lo dicho en el punto 1), un legítimo capacitador y en su caso especialista o, en los más reducidos casos, ambos.

Además, si tenemos por demostrado que la tan mentada “especialización jurídica”, patéticamente, no se afronta o asume como tal o simplemente en la

básicamente de lo expuesto por el o los ponentes o expositores y no para prestarle el mínimo interés y atención, y peor aún “aprovechar la oportunidad” para esbozar una “especie de ponencia” (que la mayoría de las veces corresponde a nociones ya expuestas por el ponente o ponentes) pero de cinco o diez minutos de duración (además, muchas veces se exceden del tiempo mencionado y otorgado), y claro, sin formular preguntas, aclaraciones o puntos de vista que puedan enriquecer o aclarar la ponencia del expositor. Eso no se merece ni el Derecho, ni los ponentes, ni los organizadores, ni mucho menos los asistentes.

28 En algunas universidades al aperturarse, en su momento, el año doctoral, (fueron protagonistas de lo que ha sido denominada “La historia negra de la universidad peruana”), se limitaron a escandalosamente conjugar el verbo doctorar de la misma manera que la descrita para el caso de los especialistas. En consecuencia, se titularon de doctores (sin tener el grado de magíster) coincidente o sospechosamente sólo los que supuestamente tenían derecho a llegar a serlo. Lo cual fue y es de público conocimiento. Obviamente, aquí también tenemos que mencionar que, como siempre ocurre, hubieron honrosas excepciones que destacar y reconocer.

práctica no es tal. El tema se agrava sobremanera cuando hace no poco se habla de la existencia de una “alta especialización jurídica”, cuando, en mérito a lo sostenido en esta palestra, ni siquiera contamos con una especialización jurídica a carta cabal.

En ese sentido, consideramos que existen innumerables mitos más pululando, libre como penosamente, en la comunidad jurídica, empero, consideramos innecesario continuar ahondando en ellos, debido a que ha quedado bastante claro lo que, desde nuestro punto de vista, viene aconteciendo.

3. Entonces, ¿qué ocurre en consecuencia?

Es lamentable, pero el panorama jurídico en nuestro país es desolador, ya que impera la llamada “tierra de nadie”, “tierra de unos cuantos”, “tierra de los que están considerados en la categoría de formadores, especialistas o en su caso capacitadores, sin serlo”, “tierra de los de siempre” o “tierra de unos pocos supuestamente iluminados, mesiánicos, predestinados o visionarios a quienes se les otorga la categoría de tales, no siéndolo realmente, con excepción de los que a todas luces si lo son”, ya que, estamos infestados de ellos, los llamados “cuasi formadores, capacitadores y especialistas; de mentira”, los cuales no son tales porque no cumplen con ninguno de los requisitos expuestos al inicio o en todo caso cumplen con otros, acerca de los cuales preferimos no detallar.

Estos abogados (que no son pocos), se encuentran muchas veces dictando y apareando el dictado de cursos formación (pre grado) de especialización y capacitación (con un desparpajo increíble)²⁹, habiendo verdaderos formadores, especialistas y capacitadores que no siempre son llamados o seleccionados a cumplir la noble misión de educar- formar, capacitar o especializar³⁰.

29 Al respecto, el Consejo Nacional de la Magistratura se ha pronunciado en Res. N° 034-2006-PCNM (Lima, 05- 07- 2006) mediante la cual resolvió no renovar la confianza y en consecuencia no ratificar en el cargo a un Vocal Superior. Así tenemos que uno de los criterios tomados fue: “...Que, respecto a su actividad en la docencia universitaria acredita haber dictado el curso de Sindicalismo y Gremialismo en la Universidad ‘San Martín de Porras’; Derecho Financiero y Derechos Reales en la Universidad ‘Victor Andrés Belaúnde’ de Huanuco; Derecho Penal en la Universidad de Huancayo; Introducción al Derecho y Derecho Constitucional en la Universidad de Huanuco; por lo que durante la entrevista personal se le preguntó respecto al porqué de aquella diversidad de cursos sin manifestar una especialidad definida, indicando que eran los cursos que las Universidades le ofrecían pero que actualmente se viene especializando en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional...”. Como vemos, no es correcto fungir de especialistas o capacitadores jurídicos de todo y en todo, y peor aún, cuando no somos tales ni siquiera en una rama o institución del derecho.

30 Así también, el Consejo Nacional de la Magistratura se pronunció en Res. N° 005-2006-PCNM (Lima, 31- 01- 2006) mediante la cual resolvió renovar la confianza y en consecuencia ratificar en el cargo a un Fiscal Superior, tomando en cuenta entre otros puntos que dicho magistrado fue “...docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada Antenor Orrego, desde el mes de Junio de 1995 hasta la fecha, teniendo a su cargo los cursos de Derecho Penal I, II, III y IV...”. Claramente, en este caso no se aprecia la “ver-

En el nivel de pre grado (en la mayoría de facultades de derecho) existe –hay que decirlo– una férrea resistencia a entender, aceptar y enseñar el derecho desde, básicamente (ya que hace mucho se habla de la teoría tetradimensional, seguida de las polidimensionales), la Teoría de la Tridimensionalidad del mismo –así como de las fuentes del derecho– (la cual tiene como su principal propulsor al Ilustrísimo iusfilósofo, Maestro Carlos Fernández Sessarego), la cual sostiene que el derecho es la integridad de tres dimensiones:

- i) Formal (normativa o exegética),
- ii) Factual (social o conducta humana) y
- iii) Axiológica (valores).

Así, el dictado de las asignaturas de pre grado gira principalmente en torno a la primera dimensión jurídica expuesta, a la cual se le adiciona la exigencia del memorismo, la enseñanza magistral (que proviene del latín “*magíster dixit*” y que significa “el profesor dice” o “lo dijo el maestro”, en consecuencia, lo que dice el profesor resulta ser peligrosa y aberrantemente irrefutable, infalible e incuestionable –medieval–, por tanto, no existe cabida para la apertura, investigación, creatividad, estudio y análisis crítico del derecho), la intolerancia y la ley del mínimo esfuerzo; lo cual nos ofrece una patética muestra de lo lejanos que estamos de formación jurídica (la cual –como vimos– se caracteriza por su polidimensionalidad jurídica, asertividad profesional del derecho y naturaleza investigadora constitucionalmente reconocida).³¹

Luego, está también muy arraigada la formación positivista del derecho, es decir, aquella que entiende que el derecho es únicamente un conjunto de normas, cuando ya hace mucho es aceptada la teoría del sistema jurídico.

El problema se complica cuando, desde nuestro punto de vista, se incurren en desaciertos siderales, con el pretexto, de entre otros, combatir la “cultura de no lectura” (muchas veces no sólo en pre grado), los mismos pueden llegar a ser:

- i) Nada efectivos. Cuando la selección de las mismas o los materiales de lectura no son los adecuados, desfasados, no sometidos a la lluvia de ideas, discusión y análisis del alumnado,
- ii) En muchos casos no pasan de ser un engaño muchachos. Ya que el asunto tampoco es exigir que se repita al pie de la letra, muchas veces sin comprender absolutamente nada de lo que refieren las lecturas y peor aún en los casos en que el docente no las lee o las domina, y,

satilidad” (por decir lo menos) como capacitador o como especialista en la docencia; la cual sí es evidente en el anterior caso.

31 VALDIVIA CANO, Juan Carlos, *La Caja de Herramientas. Introducción a la investigación jurídica*, Edición de la Universidad Católica de Santa María, Arequipa-Perú, 1998, pp. 24-26.

iii) Hasta nocivos. Al sancionar con una nota baja o desaprobatoria a aquel alumno que cite, además, pasajes o aspectos de otras lecturas de libros, revistas, diarios, etc., o en el peor de los casos, que los mismos no comulguen con sus inalcanzables puntos de vista.

Es decir, pretender encasillar al alumno en “ese y sólo ese” material de lectura y no otro, no viene a ser otra cosa que atentarse contra la naturaleza — de investigación —, propia de la quintaesencia de la universidad.

Al final, la mayoría de las veces, prevalece el interés totalmente diferente y ajeno a la razón de ser las universidades, el cual es — pero no se cumple — la formación del alumno basada en la investigación, análisis y crítica del derecho y a la creatividad jurídica, lo cual resulta ser una obligación y una necesidad de la universidad y no una opción. Si no se forman investigadores, no hay investigación y si no hay investigación, no hay vida universitaria, es decir, creación intelectual, artística, científica y tecnológica, ni formación profesional — cultura general y técnica —, ni planteamiento, ni solución de problemas, ni retribución a la comunidad a la cual se deben las universidades. Sin contar que la universidad que no investiga, que no crea y desarrolla el conocimiento, desacata una norma constitucional que así lo dispone.³²

Un punto a su favor lo tienen las facultades y escuelas universitarias (al margen de que no formen sólo especialistas)³³ respetan (salvo lamentables excepciones) el principio basilar, al que hemos denominado: “capacitador-capacitado” (el mismo que hoy no se respeta fuera de las facultades) el cual consiste en que si una persona desea ser abogado debe pasar por las canteras de una facultad de derecho (y graduarse como tal) donde el capacitador-formador (docente) será como mínimo un abogado, lo mismo ocurre en el caso de las maestrías y doctorados donde los docentes ostentan tales títulos.

Las universidades son un muy buen ejemplo de cómo se tienen que hacer las cosas, con la salvedad de la existencia de una paradoja, porque en la formación de pre grado, salvo honrosas excepciones en docentes, como en alumnos, y no así en facultades de derecho, no se hace gala de fomento de investigación como de análisis, sino lamentablemente, la imposición, defensa y reclamo por la vigencia del memorismo, paporreteo y desidia académica, sumado a una, muchas veces, nada soterrada caza de brujas en contra de quienes osen pertenecer

32 Art. 18 de la Constitución Política del Perú de 1993, “La educación universitaria tiene como fines la formación profesional, la difusión cultural, la creación intelectual y artística y la investigación científica y tecnológica. El estado garantiza la libertad de cátedra y rechaza la intolerancia...”

33 Ya que en las mismas no sólo se forman profesionales, sino también se dictan cursos de especialización, diplomados, actualización, maestría, doctorado o un PhD.

o integrar (consciente o inconscientemente) el reducidísimo grupo de las honrosas excepciones; tampoco debemos dejar de mencionar y denunciar que es lamentable la tendencia, no sólo de las facultades de derecho, de ir paulatinamente eliminando la formación humana (asignaturas de humanidades o cursos generales como ética, sociología, historia, psicología, filosofía, etc., que hace unas décadas eran obligatorios antes de iniciar los estudios de una facultad), lo que conlleva a la casi nula formación en ese sentido y lo peor de todo es que dicha “política educativa moderna” se enorgullece de la misma, promocionándola como una “formación de avanzada y estrictamente profesional” (gravísimo error).

En consecuencia, casi en la totalidad de dichas facultades se enseña el derecho desde un punto de vista limitado como equivocado, a lo que se le suma que además, en ese sentido, no se forma sino se “deforma” abogados; ya que muy pocos profesores entienden y enseñan el derecho de la manera que referimos en los pie de página 31 y 32, así como, casi no existen facultades de derecho que asuman el compromiso de formar a sus alumnos en el aspecto profesional y humano para que los mismos se conviertan al graduarse en abogados comprometidos e identificados con toda la majestad, honorabilidad, honestidad y solvencia moral, académica y profesional, que dicha profesión embarga.

Esta problemática de la enseñanza del derecho, es una constante mundial, que registra además, larga data, según refiere Díaz Arias en su ponencia efectuada con ocasión del I Congreso Evaluativo y de Desarrollo efectuado por la Escuela Libre de Derecho en diciembre de 1993 donde cita lo dicho por Ricord,³⁴ lo cual debe hacernos reflexionar seriamente.

Además, en dicha ponencia señaló:

34 “(...) hay un problema mundial relativo a la búsqueda de una manera adecuada de enfocar y realizar los estudios de Derecho. Sobre este particular de nuevo Ricord: “En los primeros meses de este año (escribe en 1988), la prensa norteamericana se hizo eco de numerosas opiniones de Decanos o Directores de Facultades de Derecho de Estados Unidos, que coincidieron con jueces y magistrados de ese país en el deficiente entrenamiento de los jóvenes abogados...//

“A lo largo de la década del setenta, el cuestionamiento del ‘tradicionalismo’ en la enseñanza universitaria del Derecho, llevó a una reforma bastante amplia en la República Federal de Alemania, reforma que no ofrece un modelo único, sino varios, y que no puede considerarse definitiva...//

“En Italia, tras la reforma universitaria general de 1969... y que incluyó a las Facultades de Derecho, los Decanos de éstas presentaron al Ministerio de Educación, en 1985, una propuesta de reforma, que... no ha concluido...//

“En Francia, no fueron pocas las universidades que reformaron sus planes de estudio (también las Facultades de Derecho), a partir de 1970, con modificaciones parciales..., que... continuaron en la presente década...//

“Aunque en España se aplica genéricamente el Plan de 1953, en las Facultades de Derecho, las últimas Leyes educativas generales (de 1970 y 1983), han contribuido a replantear la problemática de la enseñanza jurídica...//

Si confluyen los factores de buen profesor, no excesivas lecciones a su cargo, adecuada dirección y supervisión y asesoría, buen material didáctico, podemos esperar jóvenes bien formados, de perfilada personalidad, con una firme ‘concepción del mundo y de la vida inspirada en los ideales de la cultura universal...’, como expresa nuestra legislación; con el pensamiento reflexivo desarrollado, capaces de percatarse de los valores éticos, estéticos y sociales, preparados para la vida cívica, para el ejercicio responsable de la libertad, en posesión de una cultura personal básica, interesados por los más importantes problemas culturales...// Si no confluyen esos factores, sobre todo el de buenos, muy buenos profesores, tendremos jóvenes frustrados en su más caras aspiraciones, decepcionados de sus mentores, resignados a la más triste mediocridad cultural y, como corolario, en este último caso, nuestra Educación Media convertida en un continente sin contenido, cuyos intereses fundamentales serán los tambores, los uniformes, los clubes de danza y juegos de salón, las prácticas deportivas, los salarios, las pensiones y el pedagogismo.³⁵

También, en lo referido al tema de la capacitación, tenemos que deplorar que mayormente no existe un sumo celo en supervisar que los abogados que capacitan en los distintos eventos académicos sean realmente los que se encuentren en el nivel de capacitador jurídico, ya que no reúnen los requisitos expuestos en el apartado sobre capacitación del acápite 1 del presente trabajo. Lo cual de ninguna manera puede garantizar el éxito de dichos eventos, así como su finalidad, cual es, capacitar.

Por otro lado, si se dicta un determinado curso de especialización jurídica (para los abogados en general o para una institución pública o privada determinada), dichos cuasi especialistas se dan el “lujo” o se les permite, capacitar a quienes se supone serán, al culminar dicha especialización, los verdaderos especialistas jurídicos. Así, tenemos que abogados que no son especialistas (ilegítimos o cuasi especialistas) forman o capacitan a quienes serán, supuestamente, los verdaderos especialistas jurídicos (legítimos). Lo cual — al margen de la mejor intención que se tenga para poder realizar la función especializadora — no solo es inaudito o una especie estafa, sino a todas luces, un escenario triste y penoso.

“Y ¿qué decir de las Facultades de Derecho en América Latina? Cuando menos, que la diversa y abigarrada tipología de nuestros países ha propiciado una profusión de planes de estudio y de constantes propuestas de reformas, sin que se haya avanzado mucho (...).”

Lo anteriormente citado demuestra que **el problema de la enseñanza del Derecho es mundial** y que nadie ha encontrado el modo perfecto de resolver tal cuestión. En consecuencia es procedente, siempre, examinar el modo en que se ofrece tal disciplina, especialmente cuando se piensa el asunto “en los albores del siglo XXI”. DÍAZ, A. (Versión revisada de enero de 1998) “La Enseñanza del Derecho”, *Revista Acta Académica de la Universidad Autónoma de Centro América*. En línea: Recuperado el 11/08/06, de: <http://www.uaca.ac.cr/acta/1994nov/gmalvss1.htm#autor>

35 Ídem

En consecuencia, tenemos que lo que viene ocurriendo en el campo académico jurídico peruano no sólo es equivocado; primero, porque hay cuasi especialistas jurídicos fungiendo como verdaderos, y segundo, porque además es grave, dado que dichos cuasi especialistas se encargan de formar a quienes al terminar dicho curso ¡serán verdaderos especialistas jurídicos!!!!. Lo mismo ocurre en el caso de los capacitadores.

Si un abogado obtiene un título de especialista jurídico (por ejemplo “especialista en derecho tributario”) habiendo sido formado o capacitado por cuasi especialistas que no cuentan con un título que los acredita como “especialistas en derecho tributario o que no tienen los conocimientos necesarios que puedan hacer que se les catalogue como tales”, además de lo defectuoso y muy limitado producto que egresa de dichos cursos de especialización; huelga cuestionar legítimamente:

- i) ¿Qué clase o nivel de especialista puede aspirar a convertirse como producto de dicha pseudo horneada académica?
- ii) ¿Quién capacita al formador, capacitador y al especialista?
- iii) ¿Se encuentran debidamente formados, capacitados y especializados?
- iv) ¿Se forman capacitan o especializan permanente y adecuadamente?
- v) ¿Qué clase y/o nivel de formadores, capacitadores y especialistas o no, estamos permitiendo que nos enseñen para llegar a ser nosotros formadores, capacitadores y/o especialistas?

Bajo dichas premisas...

- vi) ¿Habremos llegado o llegaremos a alcanzar realmente el status de formadores, capacitadores y en su caso, de especialistas?
- vii) ¿Habremos llegado o llegaremos a alcanzar realmente el *status* de formadores, capacitadores y en su caso, de especialistas?
- viii) ¿Está por descontado que el hecho de ser abogado es sinónimo de una irrefutable convicción de estar inicial y permanentemente debidamente formado y capacitado jurídicamente?
- ix) ¿El panorama académico expuesto, debe continuar así como está y no debemos, corregirlo, cambiarlo o mejorarlo?

Ante lo cual, nos sentimos obligados a sentenciar que muchos son sujetos activos y otros tantos hacen de cómplices de este círculo vicioso de “jugar a la formación, capacitación, y especialización jurídica” o “jugar a la universidad”; lo que no sólo es inmaduro e irresponsable, sino peor aún, temerario y tremendamente perjudicial³⁶. Esto no puede, ni debe continuar así; lamentablemente so-

36 Porque, ocurre que cuando un abogado está equivocado produce un daño, digamos menor, dado que la nocividad del efecto que ocasiona su error no produce un efecto multiplicador “eliminando o destruyendo

mos testigos de cada promesa de una nueva gestión gubernamental, que únicamente llega a lo mediático o político, pero nunca emprenden finalmente algo, frontal y de fondo, para poder mejorar la problemática expuesta, la cual nos aqueja ya por varias décadas (no permitamos más de lo mismo, no más juegos y estafas). Si lo que nos urge es mejorar, entonces, no hay otro camino que poner la barbas en remojo, pero ahora y no después.

4. Destruyendo mitos y encontrando un camino

Como comunidad jurídica peruana responsable, nos toca aspirar el logro del abrace de la verdadera formación, capacitación y especialización (no a la del tipo que está imperando actualmente).

Debemos encaminarnos correctamente en pro de la defensa y desarrollo de la juridicidad,³⁷ porque la misma no se puede perjudicar ni postergar por intereses ajenos a la madurez y evolución de las instituciones jurídicas, así como el los verdaderos formadores, capacitadores y especialistas jurídicos; para lo cual, los juristas y las instituciones rectoras públicas y privadas son los llamados a ser los principales garantes.

En ese sentido, proponemos las acciones a tomar, básicamente en la “Implantación de una (integral – que precise inicialmente las directivas de lo mínimo indispensable que deberán cumplir el Estado, Universidades, Institutos Jurídicos, Colegios de Abogados, docentes y discentes en los niveles de pre y posgrado; para posteriormente llevar a cabo dicho desafío– gradual y responsable, hasta su consolidación y permanencia) Política de Estado de Formación, Capacitación y Especialización Jurídica en el Perú” por intermedio de la cual se dé inicio a una nueva y muy saludable etapa en dichos temas; la cual se encuentra plasmada a grandes rasgos en dos partes:

En lo concerniente a la formación y capacitación jurídica. Que los abogados encargados de formar y capacitar, en los niveles de pre y posgrado, sean no sólo con anterioridad (sino de manera permanente) debidamente formados (así lo han entendido algunos al impartir cursos de formación de formadores), capacitados y evaluados periódicamente en escuelas de capacitación especial-

académica y profesionalmente en masa”; como si sucede en el caso que dicho supuesto se da en un abogado-profesor y, en su caso, maestro (hacia sus alumnos), sobre todo si tenemos en cuenta que su misión docente está basada en impartir, formación, capacitación y especialización no sólo en el aspecto profesional.

37 Entendida como “El criterio propicio al predominio de las soluciones de estricto derecho en lo político y social”. LECCA GUILLÉN, Mir-Beg, *Diccionario Jurídico*, Ediciones Jurídicas, Lima, 2000, p. 24.

mente creadas para tal fin³⁸, a la luz del método de enseñanza de la clase activa con materiales de enseñanza, incidiendo en la parte práctica la que deberá estar a cargo de docentes ajenos al simple teoricismo jurídico.

Además, los mismos deberán contar con un perfil acorde a las mega tendencias imperantes, con una visión de futuro o como refiere Parodi Remón, “*con miras al futuro*”³⁹, tomando en cuenta lo referido en los pie de página 31 y 32, así como, de sus respectivos contextos y sin perder de vista lo señalado por Torres Manrique, Fernando, acerca del significado y cualidades del Maestro de Derecho⁴⁰, de lo contrario, entre otros aspectos se pasará a convertirse en un Simulador de Maestro⁴¹; lo que generará que la enseñanza del derecho se realice con errores⁴².

En lo referente a la especialización jurídica. Los que poseamos títulos de especialista, provenientes de cursos de posgrado universitario de segunda especialidad — de primer nivel —, o de otros cursos de especialización — de segundo nivel — (o mejor dicho, en ambos casos, de cuasi especialista) en alguna materia o rama jurídica y los que saben o sabemos que no somos verdaderos especialistas, asumiendo un compromiso serio y consciente, hagamos los méritos necesarios, expuestos al inicio del presente trabajo, si es que deseamos ser verdaderamente especialistas jurídicos, es decir, ya sea, adquiriendo el conocimiento y práctica de un especialista, o estudiando los que vendrían a ser los verdaderos cursos de especialización y/o de segunda especialidad, entre otros. Al respecto nos queda la opción del desinterés y el dejar todo así como está, empero, lo cual no ser sería nada encomiable y sí mas bien, irresponsable.

La creación de escuelas de formación específicas (ya sea a través de cursos o programas de capacitación o especialización jurídicas) para formar verdaderos especialistas y profesionales, pero no nos estamos refiriendo a las instituciones académicas que en muchos casos ya existen, sino a que estén dirigidas por los pocos como verdaderos especialistas o capacitadores que existen en el Estado

38 Ya que, si bien es cierto que el grado de Magíster o Maestro faculta a enseñar en el nivel de maestría (Escuelas Universitarias de Posgrado) y por ende además, en el nivel de pre grado (Facultades Universitarias), no necesariamente podría implantarse de inicio que sólo los que posean el grado de Magíster sean lo que se encarguen de enseñar en las Facultades de Derecho, porque al margen que sería lo más adecuado, la realidad nos indica que no contamos con el número necesario para las facultades de derecho de las universidades del país.

39 PARODI REMÓN, Carlos A., “La Enseñanza del Derecho Procesal”, ponencia presentada en el XVI Congreso Mexicano de Derecho. En: *Revista El Derecho*, editada por el Colegio de Abogados de Arequipa, edición 300, 1999.

40 Ver anexo I.

41 Ver anexo II.

42 Ver anexo III.

peruano (que puedan estar supervisadas por comisiones de alto nivel, que deberán estar alejadas de todo matiz político partidario). Como es lógico, los referidos son insuficientes, en consecuencia será necesario invitar a sus homólogos extranjeros (que posean su misma condición) para que tengan a bien formar y capacitar a unas primeras promociones, las cuales a su término alcancen el título de especialistas en una rama del derecho.

Los especialistas que egresen, unidos a los ya existentes primigeniamente, deben ser los llamados a encargarse de capacitar y especializar a los demás abogados que así lo deseen.

Lógicamente, dicha implantación deberá ser progresiva a través de por *exempli gratia*: proyectos piloto iniciales, pero firme, decidida y que además implica llevar a cabo un proyecto muy ambicioso, difícil, pero sobre todo trascendental, empero, no imposible; y que además, deberá necesitar del apoyo incondicional de los protagonistas mencionados en lo referente a la especialización jurídica del acápite 4, así como de la comunidad jurídica con su participación y aportes, al presente humilde, nada pretencioso, nada pacífico, nada figurativo, pero sincero, constructivo, heterodoxo, realista y optimista punto de vista; en la que sería la tan ansiada “instauración de la verdadera o nueva formación, capacitación y especialización jurídica peruana”.

En palabras del premiado escritor peruano Santiago Roncagliolo⁴³, diremos que no pretendemos escribir y proponer desde el umbral de la sabiduría (la cual nos es absolutamente ajena), empero sí más bien, únicamente dar testimonio de lo que vimos y vemos, esbozamos nuestro punto de vista y aunque no pretendamos que se piense como nosotros, sí deseamos que estas breves líneas, al menos, sean tomadas en cuenta ya que constituyen un punto de vista de la realidad, la misma que a todas luces no da visos totales o integrales de refutárnoslo.

Además, es nuestro deseo, que las presentes y modestas reflexiones sean, en primer lugar, entendidas, así como desde el punto de vista médico: “el enfermo sólo puede iniciar la recuperación o sanación de su salud, desde el aceptar inicialmente su condición de enfermo”; hagamos, la comunidad jurídica, haciendo una comparación conceptual, también lo que nos corresponde en el presente tema-problema. Y es que la informalidad académica y profesional, en la que estamos sumidos, únicamente desarticula, retrocede y degenera, en lugar de optimizar, uniformizar, sistematizar, y en consecuencia consolidar.

43 Ganador del premio Alfaguara de Novela 2006 por su obra *Abril rojo*. Diario Oficial El Peruano 24/06/06, p. 15. Considerado además, no por pocos, como analista político de perspectiva actual, fresca y puntual.

No hay que perder de vista que uno de los motivos de la ineficiencia, no sólo de la magistratura, es la carencia de formación, capacitación y especialización adecuadas de la gran mayoría de sus miembros, en ese sentido, no pretendamos equivocadamente arribar a los referidos puertos por inadecuados caminos, como equivocados y parciales, como son: la pseudo formación, pseudo capacitación y pseudo especialización, dicho de otro modo, no insistamos en fomentar y defender más de lo mismo.

Destruyamos los mitos jurídicos y demos inicio a la construcción de una verdadera formación, capacitación y especialización jurídica. Además, tenemos que tomar en cuenta que una fiscalía, juzgado, institución, programa, entre otros, no se especializa o se convierte automáticamente en especializado porque simplemente le otorguemos dicha denominación o letrado en ese sentido. Solo adquirirá tal calidad, desde nuestro punto de vista, especializando básicamente el recurso humano.⁴⁴

Fomentemos y defendamos una cultura de la capacitación y especialización jurídicas a través de un verdadero “sinceramiento – crítico y autocrítico – académico y profesional” (lo cual generará además, análisis, crítica, autocrítica, apertura, tolerancia y por tanto, evolución no solo académica y profesional) en todo nivel e institución pública y privada, ya que de lo contrario, no tendremos cambios radicales para mejor que saludar y mucho menos, avances que celebrar (no permitamos más la simulaciones de capacitaciones o especializaciones), sino, nos anquilosamos académicamente o peor aún, involucionamos, engañándonos a nosotros mismos, en perjuicio de nuestras hartas vapuleadas educación y cultura jurídicas.

No queremos culminar el presente sin antes hacer una explicación y reflexión sobre la temática de la presente entrega, y al respecto debemos manifestar que lo hicimos partiendo de la premisa de que, desde nuestro punto de vista, la problemática existe, luego entendemos que hay muchos mitos jurídicos acerca

44 A propósito, acerca de lo recientemente expresado por el Consejo Nacional de la Magistratura al dejar sin efecto las plazas de juzgados especializados en derecho comercial en un concurso público de méritos (correrían igual suerte los juzgados anticorrupción), consideramos que es acertado, pero, si bien es cierto que dichos juzgados no pueden existir porque no lo establece así la Ley Orgánica del Poder Judicial, tampoco se llega a tal especialización únicamente en el supuesto que efectivamente dicha norma lo contemple, consecuentemente no tiene ningún sustento aducir que un magistrado es especializado porque “la ley lo dice” (equivale a no dar razones para ello, equivale al sí porque sí y es lo mismo que afirmar que el magistrado es especializado porque es especializado y punto), obviamente cuando somos conscientes que la naturaleza de especialización no tiene dicha característica. Finalmente el afirmar que un magistrado es especializado porque la ley lo contemple sería dar una razón legal, pero no legítima.

Además, consideramos que por el hecho de que en los juzgados se contemple el cargo de “especialista legal” como parte del equipo de apoyo jurisdiccional, no significa que por puro derecho (o por el sólo hecho de recibir dicha denominación normativa) sean u ostenten realmente la calidad o categoría de especialistas legales.

de los cuales se parece no reparar, no hacer mucho, simplemente nada, o lo que es peor, enarbolar banderas en pro de su proliferación, al punto de terminar convencidos de la supuesta utilidad del aparente acierto de los mitos de marras, desarrollados en esta líneas.

Finalmente, nos queda esbozar que dejamos constancia que nuestra proposición se constituye en “un camino” y no “el camino”, habida cuenta que al margen de las limitaciones, imperfecciones que de hecho tiene, se debe entender que existen y existirán muchos más caminos-propuestas que ofrezcan alternativas para superar la problemática puesta sobre el tapete. Además, consideramos necesario definir en lo que respecta al problema del presente trabajo que, tampoco queremos ser, ni por un lado, perogrullos, ni por otro, más papistas que el Papa, sino básicamente dejar en claro, que este tema no está funcionando como debiera, porque su manejo no es el debido u óptimo y que sobre todo, tenemos y debemos, insoslayable como impostergablemente, redefinir, mejorar y desarrollar la cultura jurídica peruana.

Además de advertir que, el presente es parte (y quizá solamente la punta del iceberg) de un todo, que es el sistema educativo peruano⁴⁵, el mismo que se encuentra en crisis⁴⁶, en este caso se plantea como política educativa a implantarse la decisión no sólo estatal, sino también del empresariado a tomar cartas en el asunto con el aporte no sólo económico, necesario para iniciar y conseguir la tan necesaria transformación de la educación peruana, a la que deberá sumarse que la calidad educativa no sea solo ventaja exclusiva de la escuela privada, sino también, pública; luego, la debida capacitación a los profesores, seguida de una evaluación de los mismos a través de concursos públicos (regulares y transparentes y no oscuros y arreglados), tanto para ganar una plaza, como para conservarla. A propósito, un dato que hace aterrizar sin anestesia es el resultado de las estadísticas del 2001 que arrojaron que el 79.6% de alumnos de educación primaria y secundaria no comprendía con eficacia lo que leía⁴⁷, además, que el 54 % de

45 Dentro del cual se deben considerar otros factores como, la desnutrición escolar, violencia familiar, hogares carenciales, etc.

46 Según el especialista en temas educativos León Trahtemberg, la educación peruana es una estafa de 10 mil millones de nuevos soles anuales, que es más que la suma de todas las evasiones tributarias, corrupción y demás. “Son millones de soles que se van en un engaño sistemático a los padres de familia a los que les ofrecen una educación de calidad de la boca para afuera, pero que en términos concretos les dan a sus hijos una educación pobre, mediocre, incapaz de hacer que los niños lleguen a los niveles de formación que requieren para lidiar con la modernidad y para ser adultos productivos y competitivos”. El Comercio, 18-12-2005. En: Revista Somos, número 1009, 08-04-2006, en su acápite Política titulado Hora Cero. Decisiones. A pocas horas del voto final, un repaso a los desafíos que el nuevo presidente tendrá que enfrentar.

47 Prueba Pisa (Programa Internacional para la Evaluación de estudiantes) realizada el 2001 en el Perú por la UNESCO.

escolares estaba por debajo del nivel I —de un total de cinco—, en la escala de comprensión de lectura (es decir, que estos últimos eran analfabetos funcionales) y el 90% de sus profesores no aprobó la evaluación a la que fueron sometidos.

A lo que tenemos que agregar que, en muchos casos, el nivel de educación secundaria equivoca por partida doble su razón de ser; ya que no sólo no imparte a su alumnado la educación necesaria o el nivel adecuado, sino que además, está más orientado (o quizá casi únicamente) hacia lograr el ingreso universitario, en consecuencia, no se educa en base a lo que se debe conocer en el nivel secundario, si no sólo a lo que se debe conocer para ingresar a la universidad (se niega pues, la naturaleza formativa de la educación secundaria), lo cual desdice mucho del logro de sus objetivos. Paradójicamente, no pocos, erróneamente están convencidos que un colegio pre universitario resulta mucho mejor o superior a otro que no lo sea (porque, consideran que su naturaleza obedece a una política educativa de “vanguardia”. ¡Faltaba más!).

Mención aparte merece la educación primaria e inicial, las cuales, al igual que la educación secundaria precisan, entre otros factores, una urgente como integral profesionalización, capacitación, evaluación y supervisión permanentes.

Así, a la luz de estas últimas reflexiones, tenemos que la gran mayoría de estudiantes que ingresan, no sólo a las facultades de derecho, no son para nada el material humano deseable o esperado para formar profesionales, capacitar y en su caso especializar jurídicamente; en consecuencia, mal haríamos en pretender reclamar o exigir, *a priori*, niveles óptimos acerca de los mismos. Va en ese sentido la presente voz de alerta para realizar urgentemente algo al respecto. No podemos siempre responder a las falencias explicadas, aduciendo, *verbi gratia*, que aún es prematuro porque atravesamos por momentos de transición y lo que tenemos que hacer es solamente dejar madurar al actual sistema educativo. Nada más equivocado como trasnochado para el presente caso, por cierto.

Anexo I

“EL MAESTRO DE DERECHO. El maestro de derecho (magister juris) debe ser jurisprudente, ya que no es posible transmitir conocimientos que no se tengan. *Nemo docet quod non sciet* (nadie enseña lo que no sabe).

La misión del magister juris se realiza en dos ámbitos diferentes pero complementarios:

1) La enseñanza; 2) La educación jurídicas.

Teniendo en cuenta que la enseñanza y la educación jurídicas son temas cruciales para este trabajo, desarrollaremos con amplitud los mismos.

1. La Enseñanza. consiste en la transmisión de conocimientos sobre el derecho, pero como el campo epistemológico de esta ciencia cultural es muy vasto, es casi imposible abarcarla en su integridad con la profundidad, excelencia, excelencia y extensión que requiere el tratamiento exhaustivo de todos sus múltiples ramos. Esta imposibilidad ha impuesto la necesidad académica de que el maestro de derecho se especialice en determinadas áreas de enseñanza integradas por materias afines y sucedáneas, por tanto, el jurisprudente debe ser un jurisprudente especializado, sin que esta exigencia implique que deba desconocer las disciplinas que pertenecen a áreas distintas de la que comprenda su especialización, puesto que el derecho es un todo cuyas partes están estrechamente interrelacionadas y respectivo conocimiento es eminentemente interdisciplinario.

El magister juris no debe contraerse a repetir y comentar los ordenamientos legales positivos, sino exponer, en su dimensión histórica, sociológica y filosófica, principalmente las instituciones jurídicas, sin cumplir esta obligación académica no puede hablarse de un auténtico maestro de derecho, y para merecer esta elevada distinción, debe estudiar permanentemente a efecto de ampliar, profundizar y actualizar sus conocimientos jurídicos. Conforme lo precisado por Eduardo Couture:

“Estudia. El Derecho se transforma constantemente; si no sigues sus pasos serás cada día un poco menos abogado”. Es decir, “menos maestro”.

La Enseñanza del Derecho se imparte en la conferencia, en la exposición de clase y en la obra escrita, y comprende dos partes, que son las siguientes: 1) La docencia y 2) La investigación.

Han existido insignes maestros, que prodigaron sus vastos y valiosos conocimientos en lecciones orales. Sus enseñanzas, aprovechadas por sus alumnos directos de varias generaciones, desgraciadamente se envanecen con el tiempo y su recuerdo paulatinamente también se disipa.

El maestro de derecho debe ser docente e investigador, sólo así sus enseñanzas pueden trascender a muchas generaciones de estudiantes y su pensamiento figurar siempre en la conciencia de los juristas como índice de consulta o evocación crítica, además el magister juris debe ser un expositor ameno, para evitar el tedio y la distracción de sus alumnos. Esto puede lograrse a través de:

1) La referencia histórica; 2) La reflexión filosófica; 3) Sin dejar de recurrir a la anécdota.

Sin tomar en cuenta lo indicado anteriormente, la exposición y planteamientos en cualquier curso son susceptibles de provocar:

1) El aburrimiento del alumnado; 2) Disminución del aprendizaje.

El que proceda incurriendo en estos errores está muy lejos de ser maestro de derecho.

La enseñanza del derecho debe excluir el viejo, obsoleto y carcomido principio antipedagógico del “magister dixit”, refractario crítico que debe entablarse entre el profesor y el alumno. Este diálogo es uno de los vehículos más eficaces para lograr la excelencia académica cuando se sustenta sobre bases culturales y con respetabilidad mutua. Cuando el magister juris escucha las dudas, las observaciones y las objeciones del alumno acerca de cualquier tópico que aborde el expositor contribuye a perfeccionar la enseñanza del derecho y a resaltar una de las cualidades que debe tener su profesante: *la honestidad intelectual*, que implica:

1) El reconocimiento de los propios errores.

2) La consiguiente rectificación del propio pensamiento

El que no es intelectualmente honesto o es un necio o es un pedante defectos reñidos con la condición magisterial.

2. La Educación. Entraña la conducción del alumno hacia los valores del espíritu que concurren en la axiología jurídica, llevarlo más allá de casuística y proyectarlo a espacios ultra legales para tratar de modelar su

Hacia una política de formación, capacitación y especialización jurídica en el Perú

mentalidad. La educación es el cultivo de esos valores entre los que destacan la justicia y la libertad, y que rebasan los límites del utilitarismo jurídico y de la especialización prematura.

Pero como hay que enseñarle vida al alumno, al hijo, al ser amado, no hay otra forma, sino vivir con él, vivir con ellos, pero como convivir con los que se resisten, con los que quieren vivir a solas, y hay forma acaso de enseñarle al alumno a vivir el derecho.

El magister juris debe tener fe ardiente e intenso amor por el Derecho y sus valores humanos para contagiarse con estos sentimientos a sus alumnos, para ello se necesita emotividad, pasión y vehemencia con que debe inflamar sus exposiciones.

Carrancá precisa que el abogado hábil, nada más que hábil, carece de dimensión para ocupar la cátedra, la ocupa el que piensa con todas las fibras de su ser el que se exalta, no es magister juris el pusilánime ni el tranquilo, porque una cosa es la exposición serena, a veces llena de gracia interior y otra el volcán que hace fuego, que remueve las pasiones adormiladas de sus alumnos, y les descorre el velo de la vida, una clase es muy poco, ya que el magister juris no es como el actor sino como el gran actor, que vive el papel y se transforma en su personaje, no se debe abandonar nunca la idea de imbuirle vida, de hacerlo vivir.

El magister juris debe ser auténtico, y los hipócritas o falsos e indignos de confianza son los que traicionan en su conducta externa lo que pregonan en la conferencia, en la clase o en la obra escrita, causando grave daño moral a sus alumnos y así mismos.

El magister juris debe tener autenticidad magisterial. Por ejemplo Sócrates vivió sus enseñanzas cívicas, morales y religiosas hasta su muerte y jamás abjuró de sus ideas y por ello fue condenado a beber la cicuta. Lejos de arrepentirse ante el Tribunal que lo sentenció reafirmó su verdad que fue su única pauta de su vida terrenal.

El pusilánime, el timorato y el que carece de convicciones firmes es susceptible de convertirse en hipócrita y falso. El profesor que adolece de éstas lacras no puede considerarse verdadero magister juris, ya que bajo la presión de tales vicios, tiende a engañar a sus alumnos o a rehuir toda polémica, so pena de perder la posición política, económica o burocrática en que se encuentre.

Por ello se torna complaciente y porfía en no tener nunca adversarios que lo pongan en riesgo de "caer en desgracia". Es decir, el político es un sujeto que deshonra la excelsa condición de maestro de Derecho confiándose en su mediocridad.

El catedrático debe ser abierto, debe desnudarse intelectualmente, por tanto, el político no puede ser maestro, ya que el político debe ser discreto, y debe decir sólo lo que le conviene decir, el político metido a profesor universitario, por más brillante que sea, será un docente que no se entregue íntegramente, defraudando así a sus alumnos.

El político y el maestro de derecho pueden ser personas cultas y excelentes expositores, pero el posible desagrado, impide al político desempeñarse cabalmente como catedrático, ya que para él es más importante la cautela que la veracidad y la autenticidad que requiere el magister juris. El espíritu crítico debe tener su noble misión, lo que no puede hacer por que un político normalmente se inclina a conservar su situación burocrática".

TORRES MANRIQUE, F. "La Enseñanza del Derecho", en: *Revista Jurídica del Perú*. Número 73, 2005, pp. 328- 331. (Comentando lo dicho por Burgoa Orihuela, Ignacio en su obra, El Jurista y el Simulador de Derecho).

Anexo II

"EL SIMULADOR DEL MAGISTER JURIS. "A las personas excluidas de tal condición, se les puede denominar "*simuladores del magister juris*", por tanto, a continuación describiremos las características del mismo.

La simulación del simulador de derecho, no versa sobre la "*actividad*" respectiva, sino sobre su "*calidad*", El profesor de Derecho si actúa como tal, la ficción se contrae a la categoría de su comportamiento. El "*mal profesor*" es un simulador de "*buen profesor*" y está muy alejado de la excelencia académica. El simulador de derecho tiene una labor docente muy defectuosa, y su investigación es nula, no tiene obra escrita.

El simulador del maestro de derecho tiene pocos conocimientos, que le causa temor ante sus alumnos y otros profesores. Es un plagiario de ideas ajenas y carece de creatividad, rehúye el diálogo y la discusión. La egolatría ofusca su entendimiento y sin existir razón jurídica alguna, porfía neciamente en sus puntos de vista. Carece de honestidad intelectual porque no reconoce sus errores. Falta a clases, permite que sus auxiliares lo sustituyan frecuentemente, evade el diálogo para no arriesgarse a perder una determinada posición política.

co burocrática, temor éste que le impide ser veraz. No educa sino formula explicaciones repetitivas de la ley, sin tocar temas históricos, jurisprudenciales o doctrinarios relacionados con ella, en atención a que su desconocimiento lo incapacita para tratarlos. Es “eco” y “no voz”, como afirma José Ingenieros, porque en sus clases repite lo que otros han dicho sin citar su pensamiento”, *Ibíd.*, p. 332.

Anexo III

“8. LA ENSEÑANZA DE DERECHO ES CON ERRORES. Cuando se enseña derecho es importante tener en cuenta que la enseñanza de derecho se caracteriza por transmitir conocimientos de los cuales algunos son ciertos y otros son erróneos, de tal manera que luego se sustituyen los conocimientos erróneos por conocimientos correctos poco a poco.

Es decir, es el Derecho es muy complejo de enseñar y de aprender, por tanto, la única manera de hacerlo es con errores y simplificando los temas al momento de enseñar, ya que de no hacerse así no se podría enseñar derecho o sería muy complejo hacerlo.

Para mayor claridad citaremos algunos ejemplos:

8.1 RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL. En el pregrado se enseña que la responsabilidad civil se divide de la siguiente manera:

- 1) Responsabilidad Contractual.
- 2) Responsabilidad Extracontractual.

Sin embargo, luego se aprende que ésta clasificación es errónea, pudiendo existir dentro de la responsabilidad civil los siguientes tipos de responsabilidad (El Dr. Jorge Beltrán Pacheco sostiene en nuestro medio esta posición, existiendo otros tratadistas extranjeros que también están en contra de la división de la responsabilidad civil en contractual y extracontractual, como Ricardo de Ángel Yáñez en su libro *Algunas Previsiones sobre el futuro de la Responsabilidad Civil*):

- 1) Obligaciones que surgen de una promesa unilateral.
- 2) Responsabilidad Precontractual.
- 3) Responsabilidad Post Contractual.
- 4) Responsabilidad por Actos Jurídicos Unilaterales.
- 5) Responsabilidad Contractual Puro.
- 6) Responsabilidad Extracontractual.

Es decir, primero se enseñó que sólo existían dentro de la responsabilidad civil la responsabilidad contractual y extracontractual, no admitiéndose otro tipo de responsabilidad, pero luego se enseña que dicha clasificación de la responsabilidad es errónea, ya que existen otros tipos de responsabilidad, entre ellas la responsabilidad precontractual.

8.2 PERSONAS NATURALES Y PERSONAS JURÍDICAS. En el pregrado se enseña que quienes pueden adquirir derechos y obligaciones son las Personas naturales y las personas jurídicas, pero luego se manejan los siguientes conceptos:

- 1) Concebido.
- 2) Persona Natural.
- 3) Persona jurídica.
- 4) Entes colectivos (entes no personalizados).

Es decir, inicialmente se enseña que sólo pueden adquirir derechos y obligaciones las personas naturales y jurídicas, pero después se enseña que dicha clasificación es errónea, ya que deja de lado al concebido y a los entes colectivos.

8.3 DIFERENCIA ENTRE EL PATRIMONIO DE LAS PERSONAS JURIDICAS Y EL PATRIMONIO DE SUS INTEGRANTES Y LA DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO. Primero se enseña que el patrimonio de las personas naturales es diferente y totalmente independiente del patrimonio de la persona jurídica que aquellas conforman, conforme al art. 78 del Código Civil.

Hacia una política de formación, capacitación y especialización jurídica en el Perú

Pero luego se aplica la doctrina del levantamiento del velo para poder determinar que el criterio aplicado en el párrafo anterior no es el correcto.

8.4 LA FORMA DE LA TIERRA. Se enseña al inicio que la tierra es redonda, pero en realidad no lo es, sino más bien tiene la forma de una mandarina, es decir, achatada en los polos.

8.5. LOS MOVIMIENTOS DE LA TIERRA. Se enseña que la tierra tiene dos movimientos, pero en realidad tiene más movimientos.

8.6. LOS TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN. Lo que importa es que el estudiante redacte trabajos de investigación aunque inicialmente no puedan ser publicados". TORRES MANRIQUE, Fernando, "La enseñanza del derecho" en: *Revista Jurídica del Perú*, N° 63, julio/agosto, Editorial Normas legales, Lima, 2005, pp. 332-334.

Bibliografía

- BUNGE, Mario, *Epistemología*, Editorial Ariel, México, 1990.
- CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo IV, Buenos Aires, 1994.
- GONZÁLES MANTILLA, Gorki, *La enseñanza del derecho en el Perú: cambios, resistencias y continuidades*. En línea: Recuperado de Derechoshumanos.udp.cl, en <http://www.derechoshumanos.udp.cl/wpcontent/uploads/2009/07/pe-ru1.pdf>.
- GORDON, Robert W., *Distintos modelos de educación jurídica y las condiciones sociales en las que se apoyan*. En línea: Recuperado de Digitalcommons.law.yale.edu.
- LECCA GUILLÉN, Mir-Beg, *Diccionario Jurídico*, Ediciones Jurídicas, Lima, 2000.
- PARODI REMÓN, Carlos A., "La Enseñanza del Derecho Procesal", Ponencia presentada en el XVI Congreso Mexicano de Derecho. En: *Revista El Derecho*, editada por el Colegio de Abogados de Arequipa. Edición 300. 1999.
- PÁSARA, Luis, *La enseñanza del derecho en el Perú: su impacto sobre la administración de justicia*. En línea: Recuperado de Justiciaviva.org.pe, en <http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2004/informefinal.pdf>.
- RIBÓ DURAND, L. y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, J., *Diccionario de derecho empresarial*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1998.
- ROSENBERG, J M., *Diccionario de administración y finanzas*, Editorial Océano, Grupo Editorial S. A., Barcelona, 1983.
- TORRES MANRIQUE, Fernando, "La enseñanza del derecho". En: *Revista Jurídica del Perú*, N° 63, julio/agosto, Editorial Normas legales, Lima, 2005.
- VV. AA., *Revista Acta Académica de la Universidad Autónoma de Centro América*. En línea: Recuperado en <http://www.uaca.ac.cr/acta/1994nov/gmalvss1.htm#autor>
- VALDIVIA CANO, Juan Carlos, *La Caja de Herramientas. Introducción a la investigación jurídica*, Edición de la Universidad Católica de Santa María, Arequipa-Perú. 1998.
- WITKER V., Jorge, *Metodología de la Enseñanza del Derecho*, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1987.
- ZELAYARÁN DURAND, Mauro, *Metodología de la Investigación Jurídica*, Ediciones Jurídicas, Lima-Perú, 2001.

Luces y sombras de la reforma procesal penal y de seguridad pública (2008)*

José Jesús Borjón Nieto**

RESUMEN: Este trabajo analiza los desafíos y oportunidades que está presentando la reforma constitucional penal y de seguridad pública (2008), así como las oportunidades que puede ofrecer en la procuración e impartición de justicia utilizando el nuevo sistema oral acusatorio que propone, aunado a los medios alternativos de solución de conflictos (MASC), entre los cuales se destacan la mediación, la conciliación y otras salidas alternativas al juicio oral, como la aplicación del principio de oportunidad, los acuerdos reparatorios, el juicio abreviado y la suspensión del proceso a prueba.

Palabras clave: Reforma penal, seguridad pública, sistema oral acusatorio, medios alternativos de solución de conflictos.

ABSTRACT: The author analyzes the challenges involved in the penal and public security constitutional reform (2008), and the opportunities it could offer in matters of crime investigation and judicial procedure, in the frame of the new public and oral system supported by alternative disputes resolution means (ADR): for instance: mediation and conciliation, the use of the opportunity principles, the practice of reparatory agreements, the resort of bargaining tools, plea bargaining, short litigation agreement and parole trial suspension.

Key words: Penal and public security reform, oral accusatory system, alternative disputes resolution (ADR), mediation, conciliation, plea bargaining, short litigation agreement.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Objetivo del análisis. 3. Diagnóstico del problema. 4. El nuevo perfil del Ministerio Público. 5. El nuevo perfil del juzgador. 6. El nuevo perfil del defensor. 7. Selección, capacitación y profesionalización de la policía. 8. El juez ejecutor de sentencias y la reinserción. 9. Reflexiones finales. Bibliografía.

* Artículo recibido el 15 de enero de 2012 y aceptado para su publicación el 20 de marzo de 2012.

** Doctor y Maestro en Relaciones Internacionales por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y Licenciado en Derecho por la Universidad de San Juan de Letrán de Roma, Italia. Ex profesor-investigador por oposición en el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE) y actualmente profesor-investigador en El Colegio de Veracruz (sus libros más recientes: El nuevo procedimiento penal acusatorio; La Reforma Penal constitucional penal 2007-2008: Retos y perspectivas (Coord.) y Justicia Retributiva y Justicia Restaurativa: responsabilidad juvenil en Veracruz. Correo electrónico: jborjonn@yahoo.com.mx.

1. Introducción

Este trabajo, como adelantamos en el resumen, se propone analizar los desafíos que está presentando la aplicación de la reforma constitucional penal y de seguridad pública de 2008, así como las oportunidades que puede ofrecer en la procuración e impartición de justicia.

El objetivo del mismo es primordialmente jurídico, pero también político y social, tomando en cuenta que lo jurídico presupone políticas públicas en su diseño, y lo social atiende tanto a los aspectos preventivos del delito como los de la reinserción del delincuente en la sociedad, misión que correrá a cargo del juez de ejecución de sentencias.

Todo ello involucra una puesta integral en escena que comprende la preparación y capacitación de los operadores de la justicia —jueces, ministerios públicos, policía, abogados, defensores, protección de los derechos del imputado, pero también de los de la víctima u ofendidos por el delito— para transitar del actual sistema inquisitivo y secreto, a uno de corte acusatorio, garantista y oral, caracterizado por los principios de publicidad, contradicción, inmediatez y continuidad, además de otros no menos importantes como son los de presunción de inocencia, proporcionalidad, ponderación y debido proceso legal, partiendo siempre del respeto a la dignidad de la persona humana y sus derechos fundamentales, tan difíciles de proteger en el ambiente de ingobernabilidad, violencia, corrupción, impunidad y carencia de seguridad que caracterizan nuestra época.

Se trata de un giro de 180 grados en la reingeniería institucional y en la práctica forense. Tarea nada fácil. La cuestión de la reforma y su puesta en práctica juega en todo ello un rol importante. Se podría decir que el éxito de ésta va a servir para medir el de aquélla en la nueva arquitectura del modelo acusatorio, garantista y oral, aunado a los MASC y las salidas alternas al juicio oral.

2. Objetivo del análisis

Decíamos que el objetivo de este trabajo es de índole primordialmente jurídico-política, pero también social.

A. Lo primero, porque se inserta en el mundo del Derecho y en el marco de una política pública dotada de visión y misión, como es el intento de proteger a las personas y sus bienes en un marco de respeto a la Ley, la jurisprudencia y los principios generales del Derecho. Una política criminal de este calibre no va a quedar satisfecha con ampliar la lista de delitos, incrementar las sanciones y au-

mentar el presupuesto para tener más patrullas y más policías, olvidando la preparación y calidad de éstos.

B. Lo segundo, porque el Ministerio Público, además de investigar y perseguir el delito, es quien debe proteger a la víctima y a los testigos. Otra razón no menos relevante la constituye el hecho de que el aspecto referente a la prevención de la delincuencia, por parte del Estado, debe comportar una política social de calidad: *desde brindar* igualdad de oportunidades a todos los gobernados — como sería mejorar el sistema educativo, el de la vivienda, la salud, el medio ambiente y todo aquello que contribuya a garantizar niveles razonables de bienestar para los ciudadanos —, *hasta ofrecer* a todos un marco de convivencia, de seguridad pública y ciudadana compatible con la gobernanza en un Estado social y democrático de Derecho. Hasta ahora se ha invertido más en la represión del delito que en su prevención, y se podría afirmar, en este sentido, que en la misma proporción en que se descuida ésta se incrementa aquélla, acudiendo, para reprimirlo, a las fuerzas del orden — generalmente mal preparadas y corruptas — e incluso a las fuerzas armadas, cuya preparación es para la guerra, la contundencia y la eficacia; de ahí el saldo negativo de los daños colaterales por su participación en esa lucha frontal, como es la muerte de inocentes en el fuego cruzado que se registra un día sí y otro también entre nuestras fuerzas armadas y los sicarios que brindan protección a los barones de la droga y luchan por el control de los mercados.

3. Diagnóstico del problema

¿Cómo sortear los obstáculos que presenta la reforma y al mismo tiempo aprovechar las oportunidades que nos brinda para corregir el rumbo del sistema de procuración e impartición de justicia? Plantear bien un problema ayuda en parte a darle solución. Si el objetivo de las reformas consiste en mejorar la procuración e impartición de justicia, con el sistema oral acusatorio, de suyo más garantista, democrático y transparente que el actual, todo cuanto se oponga a ello va a frustrar esa esperada mejoría. Si, en cambio, se logra recuperar la credibilidad en el sistema se abonará también en la legitimidad del gobierno y del Estado, tanto en el orden federal como el estatal y municipal.

La tarea es compleja y requiere ante todo elaborar un buen diagnóstico de la situación actual y conquistar el apoyo de los más diversos sectores, como son las instituciones, las universidades, la sociedad civil organizada, pues solamente así podrá ser abatida la oposición y resistencia a los cambios que traerá consigo la reforma, obstáculos provenientes incluso de los operadores del derecho,

entre ellos los jueces, ministerios públicos, defensores, abogados, juristas de la vieja escuela y no pocos profesores.

Por lo que toca al diagnóstico, conviene acudir a los datos que se encuentran en las fuentes estadísticas. En los informes del Poder Judicial del Estado de Veracruz¹ podemos verificar dos cosas relevantes: *a*) que la estadística delictiva da pie para afirmar que nuestra entidad se encuentra entre las de menor incidencia en México — sin tomar en cuenta la cifra negra, relacionada con los delitos no denunciados — y que *b*) el desempeño del sistema de impartición de justicia presenta datos estadísticos bastante aceptables. Entre los delitos de mayor incidencia en Veracruz están los siguientes² — en este orden — el robo (1,325), el incumplimiento de obligaciones alimentarias (1,251) las lesiones (1,024), fraude (633), la violación (581), daños (519), homicidio (463), violencia familiar (426), abuso erótico sexual (389), despojo (355), abandono de familia (109), allanamiento de morada (100), abuso de confianza (83).

En materia de Medios Alternos para la Solución de Conflictos (MASC), se destacan los siguientes datos, extraídos del informe que nos ocupa³: la existencia de casos pendientes fue de 192; se iniciaron 902 casos; se concluyeron 989 y quedaron pendientes de solución 105. A este mismo respecto, es oportuno destacar la forma de conclusión de los casos resueltos: por convenio, 300; por decisión del interesado, 251; por insistencia de las partes, 242; por acuerdo sin convenio escrito, 181; por decisión del mediador, 3; al no llegar a un acuerdo en la tercera sesión, quedaron sin arreglo 7; por negativa a suscribir convenio, hubo 5.

En lo concerniente a índices de incidencia delictiva y violencia, según el Centro de Investigación para el Desarrollo (CIDAC),⁴ entre un máximo de 82.16, correspondiente a Chihuahua y un mínimo correspondiente a Yucatán con 7.82, Veracruz ocupa el lugar 20, con un índice de 18.66, delante de Chiapas, que figura con 18.70 y detrás de Puebla, con 17.98. En cuanto al índice de desempeño de las procuradurías, de acuerdo con la misma fuente y año, Veracruz ocupa el 10º lugar, entre Colima que encabeza la lista de eficiencia con 79.98 y el grado inferior de eficiencia, correspondiente a Yucatán, con 33.62.

1 PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE VERACRUZ DE IGNACIO DE LA LLAVE (30 de noviembre de 2008 al 31 de diciembre de 2009), *Segundo informe de actividades - Anexo Estadístico*, Xalapa, Ver.

2 *Íbid.*

3 *Íbid.*

4 Centro de Investigación para el Desarrollo, A.C.- CIDAC (2009), *Índice de Incidencia Delictiva y Violencia*, disponible en: www.cidac.org (fecha de consulta 09 de septiembre de 2011).

Como complemento a este breve diagnóstico – pero ya más en el ámbito de los hechos que de las estadísticas – se podría agregar que el desempeño de Veracruz es plausible pero hay todavía algunas fallas. Esto se viene destacando por diversas fuentes, en el sentido de que la corrupción en el Poder Judicial del Estado no sólo alcanza a juzgados, abogados litigantes y jueces, sino también a los mismos magistrados, de acuerdo con los señalamientos de presunta corrupción al interior de ese poder. Según opiniones vertidas a finales de abril (2010) por dos magistrados visitantes y comentadas por el ex presidente del Tribunal Superior de Justicia, Reynaldo Madruga Picazzo,⁵ quien afirmó que sí existe lamentablemente ese flagelo y que “[...] sería una mentira, sería algo ilusorio decir que no existe; desde el primer día que yo entré aquí lo dije” (AZ, 21 de abril de 2010). Agregó, sin embargo, que “[...] sólo con la renovación y modernización en el aparato de justicia, así como la capacitación de los empleados judiciales se podrá abatir con los índices de corrupción que privan al interior del Poder Judicial del Estado”.

A continuación vamos a destacar los retos y oportunidades referentes a los operadores de la reforma, describiendo los perfiles que en adelante deberían distinguir a los agentes del Ministerio Público, policías, jueces, defensores y sistema de prisiones, este último, para lograr una auténtica reinserción de los sentenciados.

4. El nuevo perfil del Ministerio Público

El perfil de los agentes del Ministerio Público (MP) constituye un asunto de la mayor importancia, toda vez que desde su implantación en la reforma de 1900 y particularmente en la de 1917 se pretendió corregir con el MP los abusos de los jueces instructores decimonónicos. Por desgracia, la institución ministerial no rindió en la práctica los frutos esperados y su actuación fue asaz deficiente, por diversas razones, en lo referente a investigación y persecución de los delitos, amén de las excesivas facultades que se le fueron otorgando en el transcurso del tiempo, como las atribuciones de Procurador General de la República, inspiradas en la figura del *Attorney General* de Estados Unidos, consignadas en el Art. 102 de nuestra Constitución.

En lo referente a los abusos de autoridad cometidos con frecuencia contra los indiciados y la frecuente violación a los derechos humanos, la reforma sale al encuentro de esas deficiencias al instituir el juez de control o de garantías proce-

5 Diario AZ, Xalapa, (fecha de consulta 21 de abril de 2010).

sales, que acompañará al Ministerio Público desde la etapa de investigación, antes denominada de averiguación previa.

Por azares del destino, si el MP fue creado para controlar al llamado juez de instrucción ahora aquél será vigilado por éste, si bien no con el antiguo nombre sino con el de juez de control de garantías, papel sin duda delicado, pero necesario, si se toma en cuenta que el MP tendrá a partir de la reforma otras facultades novedosas, como utilizar el principio de oportunidad, aplicable no sin ton ni son sino cuando las circunstancias lo permitan y bajo la constante vigilancia no sólo del juez de garantías sino de la víctima u ofendidos del delito, quienes podrán oponerse a ello.

Se podría decir que si bien el legislador pretendía disminuir el protagonismo del Ministerio Público y corregir la práctica de que la averiguación previa se haya convertido en un “mini juicio”, los propósitos de aquél no llegaron a convertirse en norma, toda vez que las facilidades que se le brindan ahora para obtener la orden de aprehensión, al bajar los estándares de prueba para la formal prisión, así como los criterios de oportunidad que se le han otorgado, puedan hacerlo todavía una figura más poderosa. De ahí la importancia del papel que jugará el juez de garantías y la necesidad de la profesionalización y adecuada capacitación de los agentes del MP para evitar extralimitaciones, hasta cierto punto comprensibles y temibles en un país como el nuestro, donde la violación de los derechos del imputado y la fabricación de pruebas han sido la regla y no la excepción.

En vista de esa eventualidad, se espera que la legislación secundaria que se emita logre conformar la figura de un Ministerio Público renovado, que mejore su trabajo en la investigación y se convierta en un eficaz acusador y representante social, a fin de que los contrapesos al Ministerio Público, representados en el juez de control y en un moderno sistema de defensoría de calidad logren el ansiado equilibrio procesal.

Otro aspecto que puede dar lugar a cometer abusos por parte del Ministerio Público es el poder que la reforma le concede para ejercitar la acción penal y para obtener las órdenes de aprehensión con un nivel probatorio mucho más bajo, [lo que] puede dar lugar en la práctica a frecuentes y serios abusos. Antes de la reforma, se exigía al MP comprobar los elementos del delito o del cuerpo del delito, figuras que han desaparecido en la reforma constitucional reciente, la cual exige un estándar probatorio de grado inferior, pues pide solamente que “obren datos” de los cuales se pueda inferir que se ha cometido un hecho seña-

lado como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o haya participado en su comisión.

Estos temores son hasta cierto punto previsibles, tomando en cuenta que en el sistema mixto mexicano actual las pruebas recabadas en la averiguación previa se han venido tomando como pruebas decisivas por el juez de la causa, quien muchas veces basa su sentencia casi exclusivamente en ellas — o más bien en la sentencia que le prepara el proyectista —. En la investigación que se realiza en el nuevo modelo oral acusatorio, sin embargo, no habrá lugar para esa comodidad o pereza judicial, toda vez que el Ministerio Público, auxiliado por la policía para investigar el delito y activar, en su caso, la acción penal, estará bajo la supervisión del juez de garantía, juez unipersonal e imparcial distinto de aquel que deberá fallar la causa, y ante quien deberán desahogarse las pruebas, ya sean testimoniales, documentales, periciales o de cualquier otra índole.

Entre las facultades que se pueden accionar en estos casos, están las siguientes: 1) La facultad de no iniciar la investigación para los casos en que el hecho denunciado no sea constitutivo de delito o la responsabilidad penal del autor se encuentre extinguida; 2) la de archivar provisionalmente aquellos casos que no sea posible esclarecer con base en los antecedentes disponibles; y 3) la de aplicar el principio de oportunidad para los casos que tengan asignadas penas menores y que el MP considere que no se afectó de manera grave el interés público.

Los códigos procesales de las entidades federativas que se han adelantado a las reformas constitucionales recientes, dejan en pie el principio de legalidad — los criterios de oportunidad no son una excepción a ese principio — pues el MP puede en determinadas circunstancias aplicar criterios de oportunidad y optar por el no ejercicio de la acción penal, basado en diversas consideraciones, como el recurso a los medios alternativos de solución de conflictos y la aplicación de salidas alternas al juicio oral.⁶

Otros casos en los que pueden aplicarse criterios de oportunidad son los referentes a la suspensión del proceso a prueba, situación en la que se obliga al imputado a cumplir ciertas condiciones, sin necesidad de reconocer su responsabilidad, bastando que acepte su participación en los hechos que se investigan — no se trata de una confesión propiamente dicha — para aquellos casos en que exista el pronóstico de que, aun llegándose a la condena, deberá aplicarse una medida alternativa a la privación de libertad o en aquellos casos en los que el

⁶ El Código Procesal Penal de Jalisco, trae este asunto en el Art. 369; el de Oaxaca, en el Art. 393; el de Zacatecas, en el Art. 420 y el de Chihuahua, en el Art. 387; el del Estado de México, en los Arts. 110 y 188, así como en el Acuerdo 22/2009 del Procurador General de Justicia, de ese estado.

imputado alcance un pleno acuerdo reparatorio con la parte agraviada, tratándose de delitos que afectan a ciertas categorías de bienes jurídicos.

Cabe señalar que la decisión de aplicar criterios de oportunidad debe estar siempre bien informada y consciente de las consecuencias que de ella dimanarán. El Código Procesal Penal de Chihuahua dispone en su Artículo 388 que “[...] El Ministerio Público podrá presentar la acusación y solicitar la apertura del procedimiento abreviado en la misma audiencia en la que se determine la vinculación del imputado a proceso. En caso de que el Juez de Garantías rechace la apertura del procedimiento abreviado, el Ministerio Público podrá retirar su acusación y solicitar al Juez que fije un plazo para el cierre de la investigación. El Ministerio Público manifestará su deseo de aplicar el procedimiento abreviado al formular su acusación por escrito, o verbalmente, en la misma audiencia intermedia. En este último caso, el Ministerio Público podrá solicitar la aplicación de una pena inferior hasta en un tercio de la misma señalada para el delito por el cual acusa”.

Por otra parte, el Código citado, en su Artículo 389, especifica las bases que toma en cuenta el juez de garantías para autorizar la procedencia o no del procedimiento abreviado: “[...] Antes de resolver sobre la solicitud del Ministerio Público, el Juez verificará que el imputado: *I.* Ha prestado su conformidad al procedimiento abreviado en forma libre, voluntaria e informada y con la asistencia de su defensor; *II.* Conociere su derecho a exigir un juicio oral, y que renunciare voluntariamente a ese derecho y aceptare ser juzgado con base en los antecedentes recabados en la investigación; *III.* Entendiere los términos del acuerdo y las consecuencias que éste pudiera implicarle; y *IV.* Acepta los hechos materia de la acusación en forma inequívoca y de manera libre y espontánea”.

En otras palabras, el juez autoriza el procedimiento abreviado, de conformidad con el Artículo 390 del mismo Código, cuando considere actualizados los requisitos correspondientes. Pero cuando no lo estimare así, o cuando considere “[...] fundada la oposición de la víctima u ofendido, rechazará la solicitud de procedimiento abreviado y dictará el auto de apertura de juicio oral. En este caso, el requerimiento anterior sobre la pena no vincula al Ministerio Público durante el juicio, [y] se tendrán por no formuladas la aceptación de los hechos por parte del acusado, así como las modificaciones de la acusación efectuadas para posibilitar la tramitación abreviada del procedimiento. Asimismo, el Juez dispondrá que todos los antecedentes relativos al planteamiento, discusión y

resolución de la solicitud de proceder de conformidad al procedimiento abreviado, sean eliminadas del registro”.

En resumen, podemos dejar asentado, respecto a la aplicación de criterios de oportunidad, que el punto de partida se encuentra en el Art. 21, párrafo séptimo de la reforma, donde se establece que “[...] el ministerio público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley”. Ese texto deberá complementarse con el Art. 20, Apartado B, fracción III, segundo párrafo, donde se señala que “[...] la ley establecerá beneficios a favor del inculpado, procesado o sentenciado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de los delitos en materia de delincuencia organizada”. Se trata, por tanto, a decir de Ferrajoli,⁷ (1997) de un mecanismo que no forma parte necesaria del sistema acusatorio, sino de razones de política criminal, como es la facultad “[...] de no iniciar la acción pública, o de suspender provisionalmente la acción iniciada, o de limitarla en su extensión objetiva y subjetiva, o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aún cuando concurren las condiciones ordinarias para ‘perseguir y castigar’”.

5. El nuevo perfil del juzgador

La cita anterior, nos lleva de la mano al tema del nuevo perfil del órgano jurisdiccional, el cual presenta ahora varias facetas: el juez de control o de garantías, el del juicio oral o de la causa y el de ejecución de sanciones, del cual hablaremos al tratar el tema de la reinserción.

En ese orden, aparecen en escena, precisamente, el juez de garantías, desde la fase de investigación hasta la fase de preparación del juicio oral o fase intermedia, en la cual se confecciona el auto de apertura del juicio oral —cuando procede y lo solicita el MP— documento que contiene la acusación y los medios de prueba que se utilizarán en el debate oral, documento también llamado auto de vinculación a proceso. El juez de juicio oral o de sentencia, aunque viene en segundo lugar, constituye el eje central del proceso, desde que recibe el auto y fija fecha para recibir en la audiencia el desahogo de pruebas de cargo y de descargo, si las hubiere. Llegada esa fecha, se desarrolla ante él el debate oral, mediante el interrogatorio y conainterrogatorio de testigos y peritos, si los hay, se examinan las pruebas documentales y periciales y, al final, después de los alegatos finales de la parte acusadora y de la defensa, el juzgador valora las prue-

7 FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, traducción de Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz y otros, 2ª. ed., Trotta, Madrid, 1997.

bas de acuerdos con los principios de la sana crítica y toma la resolución correspondiente respecto a la responsabilidad o no del imputado en relación con los delitos de que se le acusa. Dada a conocer dicha resolución convoca a las partes para la lectura posterior de la sentencia.

Conviene señalar, a todo esto, que el texto constitucional reformado no delinea de manera precisa los aspectos procesales referentes a las funciones, facultades y desempeño de estos operadores del Derecho. No obstante, se considera un acierto plausible de la reforma constitucional haber introducido la figura del juez de control, para supervisar la legalidad y mantener el equilibrio de las partes en las fases inicial e intermedia del nuevo procedimiento penal acusatorio.

Ese papel, tan relevante, de los jueces de garantía viene definido en el artículo 16 reformado, en el cual se destacan sus funciones de garantía y de conocimiento, como son las siguientes: resolver las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de la investigación que requieran control judicial, garantizando así los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos por el delito; ocuparse de las impugnaciones, las resoluciones de reserva y el no ejercicio de la acción penal, aspectos que conviene atender puntualmente para salvaguardar los derechos de las partes y el principio de paridad o de igualdad de armas.

Por lo que concierne a su función de conocimiento de los hechos, el juez de control acompaña a las partes desde la fase preliminar o de investigación, como hemos dicho, hasta la conclusión de la fase intermedia o de preparación de juicio oral, con el fin primordial de sustanciar las audiencias de la investigación inicial, la aplicación del principio de oportunidad por parte del MP, la autorización del procedimiento abreviado, la suspensión del proceso a prueba, el recurso a los medios alternativos de solución de conflictos —mediación, conciliación, arbitraje—, la negociación de acuerdos reparatorios en el marco de la justicia restaurativa, entre otras salidas alternas al juicio oral⁸.

Del juez de ejecución de sentencias hablaremos en la penúltima sección, para dar más relevancia al papel que está llamado a desempeñar en materia de proteger los derechos humanos de los reclusos y de la preparación de éstos para su reinserción en la comunidad.

El recurso a las medios alternos de solución de conflictos es visto también como un acierto en las reformas constitucionales recientes, entre otras razones, porque ofrecen acceso a la justicia a las poblaciones marginadas al orden jurídi-

8 BORJÓN NIETO, José Jesús, *Justicia Retributiva y Justicia Restaurativa: responsabilidad juvenil en Veracruz*, El Colegio de Veracruz, Xalapa, 2010.

co imperante, toda vez que las vías alternas —justicia vecinal, justicia indígena, consejo de ancianos, conciliación intraprocesal, conciliación laboral, mediación, justicia restaurativa, justicia oral, arbitraje, amigable composición, etcétera — tienen repercusión en las políticas públicas de los poderes judiciales, disminuyendo significativamente la carga de la procuración e impartición de justicia. El éxito de estos medios alternativos, sin embargo, sólo se torna seguro cuando su establecimiento surge paulatinamente, hay participación ciudadana y trabajo coordinado del personal jurisdiccional, así como de la promoción de los métodos alternativos entre los abogados litigantes y la ciudadanía misma.

Otra de las condiciones de éxito radica en el hecho de que, en los servicios de mediación y justicia restaurativa, se hace necesario plantearlos como servicios de carácter administrativo por dos motivos.: a) para no atribuirle al mediador un carácter jurisdiccional que no le corresponde, puesto que la construcción de la solución del conflicto cae dentro de la llamada justicia voluntaria; b) porque los servicios de mediación tienen como objetivo llegar a acuerdos y obligarse voluntariamente a cumplirlos.

6. El nuevo perfil del defensor

Y ya que hablamos de medios alternativos de solución de conflictos, asunto previsto en el Artículo 17 reformado, tratemos ahora de un tema complementario, como es el concerniente a la defensoría pública que se establece en el mismo texto, en el cual se destaca la defensoría pública de calidad, ya que el párrafo sexto del citado artículo establece que: “[...] La Federación, los Estados y el Distrito Federal garantizarán la existencia de un *servicio de defensoría pública de calidad* para la población y asegurarán las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores. Las percepciones de los defensores no podrán ser inferiores a las que correspondan a los agentes del Ministerio Público.”

En esta misma tesitura, el literal A), fracción V, del artículo 20 reformado, se refiere también a esta igualdad de armas, al establecer que: “[...] V. La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal. *Las partes tendrán igualdad procesal* para sostener la acusación o la defensa, respectivamente.” Lo mismo se puede afirmar de las dos fracciones últimas, donde se determina que “[...] IX. Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula, y X. Los principios previstos en este artículo, se observarán también en las audiencias preliminares al juicio”, lo cual se refiere, obviamente, a la necesidad de que la defensa impugne desde la audiencia preliminar la ilegalidad de las pruebas ob-

tenidas, con violación de los derechos fundamentales, por parte de la policía o del Ministerio Público, así como el imperativo de la presencia del defensor en dicha audiencia para vigilar, con el juez de garantías, la observancia de tales derechos.

En otra obra me referí ya a este asunto⁹, donde señalé que las comisiones mixtas destacaban ya en su dictamen la necesidad de una regulación que permita un efectivo acceso a la justicia para toda la población, principalmente la más desprotegida, lo cual — decía — es otra de las aportaciones que se encuentra reflejada en el texto propuesto para la modificación del artículo 17. Agregaba, además, que todo esto nacía de la convicción de las comisiones dictaminadoras en el sentido de que el derecho del enemigo, donde se busca etiquetar con conceptos predefinidos y artificiales de peligrosidad a quienes se oponen a las decisiones de los grupos de poder, no es la solución para una vida pacífica y democrática de nuestra sociedad, [razón por la cual] se promovió a la Defensoría de Oficio como una institución que salvaguarde los derechos individuales y colectivos de toda la nación mexicana.

Señalaba también, refiriéndome al multicitado dictamen, que los más desprotegidos económicamente se encuentran en franca minusvalía ante muchas de las entidades públicas o privadas con las que interactúan” y que por ello el acceso a la justicia debe servir para compensar esta desigualdad, incluyendo la actuación de las instituciones encargadas de proporcionarla. En el mismo tenor señalaba que las desigualdades de la sociedad mexicana — en la que un alto porcentaje se encuentra sometido a la pobreza extrema — exigen que los servicios de defensoría que preste el Estado en esos casos, deben ser de calidad, ya que la defensa de los más débiles deja mucho que desear.

Ahora bien, cuando se habla de calidad, en materia de defensoría, el multicitado dictamen entiende que esta institución debe contar con personal profesional, capacitado, de carrera y con un ingreso total igual al de los ministerios públicos, que tenga la misión de defender a cabalidad a la población que así lo solicite y la visión de ser el garante del respeto de los derechos de las personas en controversias con otros individuos o en conflicto con la ley — referencia implícita a la justicia de menores —.

La defensoría pública, por consiguiente, es considerada como un derecho humano fundamental que el Estado de derecho debe proteger como cualquier otro derecho fundamental. No se trata de una moda ni de algo fútil, sino de una

9 BORJÓN NIETO, José Jesús, *Nuevo procedimiento penal acusatorio*, El Colegio de Veracruz, Xalapa, 2008, pp. 215-217.

larga lucha emprendida en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, Declaraciones multilaterales o regionales, así como en las Constituciones Políticas de todos los Estados. Así, la defensoría pública está prevista en el Artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CIADH),¹⁰ en el cual se establece que los principios de inocencia, igualdad ante la ley y varias garantías mínimas de carácter procesal deben ser observadas para el juzgamiento. En la letra *d*) de dicho artículo se consagra el derecho a defenderse personalmente, como la garantía que se denomina intangibilidad de la estrategia de defensa, y el derecho general a ser asistido por un defensor de la propia elección del imputado, lo que comúnmente se denomina defensor de confianza.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP),¹¹ en el artículo 14, letra *d*) establece que la persona tiene derecho a hallarse presente en el proceso, defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su confianza, a ser informada, si no tuviere defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo. En la letra *e*) del mismo artículo se determina expresamente que al imputado compete el derecho irrenunciable a ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no, según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido en la ley.

El derecho a la defensa, por otra parte, comporta una serie de garantías, como la presunción de inocencia; la igualdad procesal; el derecho a un tribunal imparcial, preconstituido e independiente; el derecho a ser juzgado en plazo razonable; el derecho a guardar silencio por parte del imputado; el derecho a ser oído y el derecho a presentar pruebas y otros que, en conjunto, se conocen como el derecho a un juicio justo.

Las garantías procesales vienen descritas en el artículo 20 reformado de la CPEUM. En lo concerniente a la defensa, se establece en la Fracción VI, que al imputado: “[...] Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso. El imputado y su defensor tendrán acceso a los registros de la investigación cuando el primero se encuentre detenido y cuando

10 ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en www.cidh.org/basicos/basicos2.htm (fecha de consulta 07 de agosto de 2011).

11 NACIONES UNIDAS, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, presentados a la Asamblea General de la ONU en 1954, y aprobados en 1976, www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm - (fecha de consulta 07 de agosto de 2011).

pretenda recibírsele declaración o entrevistarlo. Asimismo, antes de su primera comparecencia ante juez podrán consultar dichos registros, con la oportunidad debida para preparar la defensa. A partir de este momento no podrán mantenerse en reserva las actuaciones de la investigación, salvo los casos excepcionales expresamente señalados en la ley cuando ello sea imprescindible para salvaguardar el éxito de la investigación y siempre que sean oportunamente revelados para no afectar el derecho de defensa”.

7. Selección, capacitación y profesionalización de la policía

Aun cuando la policía no es un sujeto procesal interviniente del procedimiento penal, tiene, sin embargo, el carácter de auxiliar o de órgano colaborador en las tareas de investigación criminal. Así lo establece también el Artículo. 21 reformado de la CPEUM, donde se estipula que: “[...] **Artículo 21.** La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función”.

En los debates preparatorios de la reforma hubo legisladores partidarios de dar más autonomía a la policía, para agilizar la investigación de los delitos; sin embargo, prevaleció la tendencia de continuar con la actual sujeción de ésta al Ministerio Público, toda vez que la policía actual dista mucho de tener la honradez, preparación y capacitación requeridas para dotarla de más autonomía – salvo honrosas excepciones –, amén de su proverbial tendencia a recurrir a medios ilícitos para obtener pruebas del indiciado o sembrárselas. Esto no quiere decir que en un futuro próximo no se pueda contar con una policía más preparada, responsable y confiable, como en otros países latinoamericanos, lo que la convertiría en verdadera gestora de la investigación – así sucede en EE. UU., España e Italia – en la fase preparatoria del proceso penal, lo que la caracterizaría como valiosa colaboradora del MP.

En la eventualidad de que se le otorgara mayor autonomía – una vez que se aprecien los resultados del proceso de su depuración, preparación y capacitación –, podría darse el caso de que la policía llegara a extralimitarse, como sucede en Francia, Alemania e Inglaterra, países en los que la policía asume en la práctica – bajo el impulso o asentimiento tácito de los fiscales –, atribuciones que la ley encomienda más bien a la Fiscalía, que es lo equivalente a nuestro MP. Así, por ejemplo, no suele comunicar al fiscal todo lo referente a las denuncias que recibe, o sólo informa de una investigación cuando ésta se encuentra cabalmente concluida; se da el caso de que a veces ejecute actuaciones que la ley encomienda exclusiva o principalmente al fiscal.

El proyecto de reforma al Artículo 16 constitucional dio lugar a encendidos debates, toda vez que había quienes, en aras de la eficacia y eficiencia, apoyaban la ampliación de las facultades policiales con el siguiente texto — posteriormente eliminado—: “[...] La policía podrá ingresar sin orden judicial a un domicilio cuando exista información o conocimiento de una amenaza actual o inminente a la vida o a la integridad corporal de las personas, así como en el caso de flagrancia cuando se esté persiguiendo materialmente al inculpado, en los términos del párrafo cuarto de este artículo, debiendo informar de inmediato a la autoridad competente”.

Sea lo que fuere, la tarea de seleccionar, capacitar, profesionalizar y evaluar a los policías no está resultando fácil, máxime ahora que se intenta hacer una policía de mando único. Se tiene conocimiento de que durante los últimos cuatro años, por cada 10 elementos que aprobaron los exámenes y pruebas para formar parte de la Policía Federal, ocho dejaron de prestar sus servicios, luego de presentar su renuncia o su separación voluntaria, por jubilación o por alguna incapacidad. Informes de la dependencia federal, obtenidos mediante el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (IFAI), arrojan que de enero de 2007 a diciembre de 2010, 8 mil 327 elementos ingresaron a la dependencia al acreditar las pruebas de control. En contraste, 6 mil 367 elementos que ya se encontraban laborando en alguna de distintas áreas de la dependencia causaron baja, ya que presentaron su renuncia por invalidez o incapacidad física, o porque murieron.

8. El juez ejecutor de sentencias y la reinserción

Otra faceta nueva del órgano jurisdiccional es el juez de ejecución de sentencias, tema relacionado también con los derechos humanos y el moderno Derecho Penitenciario, cuyas raíces se encuentran en las *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos*, adaptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra (Suiza) de 31 de julio de 1957 y 13 de mayo de 1977.¹²

A esas disposiciones de carácter internacional, Veracruz se adelantó con la Ley de Ejecución de Sentencias de 1947, abrogada por la de 1992, la cual fue reformada en 2005. Actualmente existe un proyecto que incluye no solamente el espíritu de la multicitada reforma constitucional de 2008, sino que deja atrás los

12 NACIONES UNIDAS: *Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos. Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente*, Ginebra, Suiza, 1957 y 1977, en: www2.ohchr.org/spanish/law/reclusos.htm (fecha de consulta 07 de agosto de 2011).

presupuestos de la Criminología Clínica de la escuela positivista europea, para proponer desde la exposición de motivos un modelo penitenciario en el que ya no se trata al delincuente como un enfermo social, sino como un ser humano con derechos fundamentales que deben respetarse también en la prisión.

Veamos cuál es el perfil y competencias de esta nueva figura del Derecho. En el juicio inquisitivo actual, una vez pronunciada la sentencia, pasa ésta a la esfera administrativa para su ejecución. En el juicio oral acusatorio — ya en práctica en algunas entidades federativas — la sentencia pasará a formar parte de la esfera ejecutoria del poder judicial, puesto que el cumplimiento de la misma va a ser competencia del juez ejecutor de sentencias, quien será apoyado por un equipo interdisciplinario, en el que habrá psicólogos, médicos y prestadores de servicios sociales. Bajo la vigilancia y control de ese equipo, será más fácil y confiable la elaboración de los reportes reglamentarios sobre el comportamiento y necesidades del sentenciado en relación con el cumplimiento de su condena y futura reinserción a la sociedad, lo cual podrá poner fin — así se espera — a la corrupción y fracaso de muchos de los programas puestos en acción y que hasta la fecha han marcado el fracaso del sistema de prisiones.

Este interesante aspecto de la reforma constitucional penal reciente nos lleva a preguntarnos ¿cuál va a ser la función del juez ejecutor de sentencias? Estamos conscientes de que, como sostiene la doctrina — particularmente el Derecho comparado — el ejercicio de la actividad jurisdiccional en materia penal no se agota con la emisión de la sentencia o resolución que ponga fin al proceso, sino que incluye también la ejecución o cumplimiento de lo ordenado en tales resoluciones, siempre, claro está, que dicho cumplimiento requiera algún tipo de actividad subsiguiente al propio pronunciamiento. En esto consiste precisamente la ejecución penal, la cual puede definirse *como aquella actividad dirigida a dar efectivo cumplimiento a los pronunciamientos penales (y, en su caso, civiles) contenidos en la resolución judicial que puso fin al proceso.*

Esto viene expresado en el artículo 18 reformado, el cual establece:

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

El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé

la ley. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto [...]

El art. 21, por su parte, especifica en su párrafo tercero la competencia referente a la procuración e impartición de justicia, materia exclusiva de la autoridad judicial, así como lo concerniente a la imposición de las penas, su modificación o duración. Veamos:

[...] **Artículo 21.** [...] **La imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial [...].**

Como puede colegirse de los textos constitucionales anteriores, el sistema de sanciones o de ejecución de sentencias se lleva a cabo dentro del marco del sistema penitenciario, en el cual se cumplen las penas, o se modifican y extinguen bajo el control jurisdiccional y no ya bajo la vigilancia administrativa. En otras palabras, la facultad de ejecutar la pena debe trasladarse al Poder Judicial, debido a que dejar la ejecución en manos de la administración rompe una secuencia, es decir, la misma autoridad judicial que pronunció la sentencia debe vigilar que la pena se cumpla estrictamente, conforme a derecho, en la forma pronunciada en la ejecutoria. De la misma manera, la autoridad judicial debe supervisar la aplicación de penas alternativas de prisión, la concesión de beneficios o el lugar donde se deba extinguir la pena.

Lo anterior coincide con la *communis opinio* en el sentido de que toda pena se ejecutará bajo el estricto control del *juez de ejecución de penas*, quien hará efectivas las decisiones de la sentencia condenatoria. En esta perspectiva, compete también al juez de ejecución de sentencias *controlar el adecuado cumplimiento del régimen penitenciario, así como vigilar y garantizar el estricto cumplimiento de las normas que regulan la ejecución de las penas y medidas de seguridad*. Le corresponde, asimismo, vigilar y garantizar el respeto de los derechos de toda persona mientras se mantenga privada de libertad por cualquier causa.

Siguiendo la opinión de nuestros más connotados especialistas, entre ellos García Ramírez,¹³ podemos decir que la innegable realidad que enfrenta nuestro país en todo el sistema de justicia penal, nos lleva a reconocer que el sistema penitenciario mexicano necesita con urgencia una profunda reforma y modernización de los mecanismos jurídicos que lo regulan.

No cabe duda que esas expectativas se verán colmadas con un cambio decisivo en las políticas públicas que se inspiren en modelar un nuevo sistema de reinserción que tienda a reinsertar a los sentenciados de la manera más idónea

13 GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "La reforma penal constitucional de 2007", en BORJÓN NIETO José Jesús (Coord.), *La Reforma constitucional 2007-2008: Retos y perspectivas*, El Colegio de Veracruz, 2009.

para que no vuelvan a reincidir. Si es importante la prevención del delito no lo es menos el ofrecer a quien delinque los programas de reinserción adecuados para que recupere su vida de ciudadano honesto en la comunidad. El fracaso de estas políticas no acabará con la reincidencia ni con el hacinamiento de las cárceles, las cuales continuarán siendo, como hasta ahora, escuelas del crimen.

9. Reflexiones finales

En este análisis me propuse exponer no solamente los desafíos que presenta la implementación de la reforma constitucional penal y de seguridad pública, sino también las oportunidades y ventajas que ofrece su puntual puesta en marcha, con miras a recuperar la confianza en la procuración e impartición de justicia, mediante una mejor preparación, capacitación y desempeño de los agentes del Ministerio Público, los juzgadores, defensores de oficios y jueces de ejecución de sentencias, sin olvidar las expectativas que tenemos puestas en una policía renovada, eficiente, eficaz y respetuosa de los derechos humanos.

Los medios alternativos para la solución de conflictos y las salidas alternas al juicio oral vienen a complementar los aspectos jurisdiccionales. Son nuevos aspectos que acentúan la importancia del cambio de una cultura jurídica basada en el autoritarismo para transitar a un sistema de corte humanista y garantista que se interesa más por la persona y sus derechos fundamentales que por el delito mismo y los medios de reprimirlo. Todo ello sin olvidar que en la filosofía del nuevo sistema de procuración e impartición de justicia hay lugar no sólo para la aplicación de los procedimientos judiciales sino también para la auto-composición, la mediación, la conciliación y el arbitraje y otras salidas alternas que harán más ágil la solución de conflictos.

Bibliografía

- ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de Derecho Procesal Penal* Marcial Pons, Madrid, 2003.
- BINDER, Alberto *et al.*, *Manual de defensoría penal pública para América Latina y El Caribe*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas – CEJA, - Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo – PNUD, Santiago de Chile, 1985.
- BORJÓN NIETO, José Jesús (Coord.), “Medios alternativos de solución de conflictos, justicia restaurativa y salidas alternas al juicio oral (Art. 17)”, en *La reforma penal constitucional 2007-2008: Retos y perspectivas*, El Colegio de Veracruz, Xalapa, Ver.
- _____, *Nuevo procedimiento penal acusatorio*, El Colegio de Veracruz, Xalapa, 2008.
- _____, *Justicia Retributiva y Justicia Restaurativa: responsabilidad juvenil en Veracruz*, El Colegio de Veracruz, Xalapa, 2010.
- CARBONELL, Miguel y OCHOA REZA, Enrique, “¿Necesitamos reformar nuestro sistema de justicia penal? Algunos indicadores empíricos y teóricos”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. LVII, no. 248, julio-diciembre 2007.
- CIDAC, “Índice de Incidencia Delictiva y Violencia”, en: www.cidac.org (fecha de consulta 09 de septiembre de 2011).
- Diario AZ, Xalapa, (fecha de consulta 21 de abril de 2010).
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, traducción de Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz y otros, 2ª. ed., Trotta, Madrid, 1997.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Policía”, en *Diccionario jurídico mexicano*, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2004.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “La reforma penal constitucional de 2007”, en BORJÓN NIETO, José Jesús (Coord.), *La Reforma constitucional 2007-2008: Retos y perspectivas*, El Colegio de Veracruz, 2009.
- HORVITZ LENNON, M.I. y LÓPEZ MASLE, J. *Derecho procesal penal chileno*, I, Editorial jurídica, Santiago de Chile, 2007.
- MARQUE MURRIETA, Arturo, *¿Cómo prevenirla? La tortura en México* – Prólogo de José Jesús Borjón Nieto, El Colegio de Veracruz, México, 2009.
- NACIONES UNIDAS, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, presentados a la Asamblea General de la ONU en 1954, y aprobados en 1976, www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm – (fecha de consulta 07 de agosto de 2011).
- NACIONES UNIDAS: *Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos*. Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Trata-

- miento del Delincuente, Ginebra, Suiza, 1957 y 1977, en: www2.ohchr.org/spanish/law/reclusos.htm (fecha de consulta 07 de agosto de 2011).
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en www.cidh.org/basicos/basicos2.htm (fecha de consulta 07 de agosto de 2011).
- PERLIN, Jan, "La reforma procesal penal, el derecho a la defensa y los derechos indígenas", en *Defensoría pública bilingüe - Fortalecimiento y modernización de la administración de justicia en México*, Procuraduría General de la República - Unión Europea, México, 2006.
- PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE VERACRUZ DE IGNACIO DE LA LLAVE (30 de noviembre de 2008 al 31 de diciembre de 2009), *Segundo informe de actividades - Anexo Estadístico*, Xalapa, Ver.
- RAMÍREZ DE AGUILAR, F., "Ordena Corte liberar a Teresa y Alberta; "era una injusticia", en *EL FINANCIERO*, 29 de abril, México, 2010.
- RIANDE JUÁREZ, Noé Adolfo, "La estructura de la reforma de la administración de justicia", en *Reforma Judicial - Revista Mexicana de Justicia*, Enero-Junio, UNAM-IIJ, México, 2009.
- RIVERA MONTES DE OCA, Luis, *Juez de ejecución de penas. La reforma penitenciaria mexicana del siglo XXI*, Porrúa, México, Ver reseña de GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, en *REVISTA JURÍDICA InfoJus Publicaciones Boletín Mexicano Contenido Número 112*, 2003.
- SOLÍS DELGADILLO, Juan Mario, "La reforma penal mexicana, espejismos y realidades, los actores del sistema como variables de éxito o fracaso", en *Reforma Judicial - Revista Mexicana de Justicia*, Enero-Junio, UNAM-IIJ, México, 2009.
- ZEPEDA LECUONA, Guillermo, *Crimen sin castigo. Procuración de justicia penal y Ministerio Público en México*, Centro de Investigación para el Desarrollo, A.C./Fondo de Cultura Económica, México, 2004.
- _____, "Entre la delincuencia y la impunidad: El desempeño de las instituciones de procuración de justicia penal frente a los desafíos de la seguridad ciudadana", en: <http://www.debate.iteso.mx/numero04/articulos/indicecidac-8.htm> (fecha de consulta 18 de mayo de 2010).

Explotación sexual y prostitución: paradojas e hipocresías que impiden la protección de las víctimas*

Julia Roper Carrasco**
Julia Ruiloba Alvariño***

RESUMEN: En este trabajo se realiza un análisis sobre los problemas de delimitación conceptual entre prostitución, explotación sexual y tráfico de seres humanos. Al mismo tiempo, se examinan las directrices internacionales sobre este tema, así como el modelo de regulación español, este último de forma crítica. Por último se realizan diversas propuestas para un mejor tratamiento del fenómeno.

Palabras clave: Prostitución, abolicionismo, regulacionismo, tráfico sexual, trata de seres humanos.

ABSTRACT: This paper aims to analyze the difficulties based on an insufficient conceptual delimitation between prostitution, sexual exploitation and trafficking in human beings. Moreover, the paper examines international guidelines and principles on this particular issue. A critical overview of current Spanish legislative model is included. Last, it presents different proposals in order to better tackle this phenomenon.

Key words: Prostitution, abolitionism, regulations, sex trafficking, trafficking in human beings.

SUMARIO: 1. Hipótesis de partida: confusiones y paradojas en la comprensión del problema de la prostitución. 2. De qué estamos hablando. La prostitución en España en cifras. 3. Aclaración de conceptos. La necesaria diferenciación entre la prostitución ejercida libremente y la explotación sexual. 4. La regulación de la prostitución y del tráfico sexual en el Derecho Internacional. 5. La regulación de la prostitución, la explotación sexual y el tráfico de personas en el Código Penal Español. 6. Valoración y conclusiones finales. Bibliografía.

* Artículo recibido el 8 de febrero de 2012 y aceptado para su publicación el 30 de marzo de 2012.

** Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, España.

*** Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, España.

1. Hipótesis de partida: confusiones y paradojas en la comprensión del problema de la prostitución

Sea cual sea la perspectiva que se utilice, abordar el problema de la prostitución no es una tarea fácil. Antes de llegar al debate sobre cuáles son los mecanismos legales más apropiados para su tratamiento, las dificultades aparecen ya desde el momento en que se intenta describir el fenómeno que va a ser objeto de investigación.

Estas dificultades de definición tienen que ver con distintos factores. En primer lugar, todavía hoy no está claro en absoluto cuál es el “problema” al que se intenta hacer frente cuando nos proponemos atender la prostitución. Por un lado, las convenciones internacionales, las exposiciones de motivos de las leyes o las declaraciones políticas de distinto origen, insisten en que el objetivo es acabar con el abuso y la explotación a los que se ve sometido un número considerable de personas, mujeres y niñas en su mayor parte, que son coaccionadas o empujadas por la necesidad a practicar la prostitución en una auténtica situación de esclavitud. Estas manifestaciones parecen indicar que el propósito esencial es el de erradicar la explotación, para proteger a las víctimas de unos hechos cuya gravedad exige una actuación decidida de jueces, fiscales y policía encaminadas a su punición penal. Sin embargo, la paradoja aparece cuando observamos que la mayor parte de las medidas políticas y policiales van dirigidas más bien a controlar los problemas de orden que desencadena el ejercicio de la prostitución en las calles: controles y redadas policiales con el objeto de desalojar a prostitutas y clientes; decisiones de las corporaciones locales de “prohibir”, bajo elevadas penas de multa, la prostitución realizada en determinadas zonas. Sin desconocer las dificultades que genera el ejercicio de la prostitución en los espacios públicos, resulta claro que este tipo de medidas, más que proteger a las víctimas de la explotación sexual lo que defienden es el bienestar y el orden público, bienes colectivos de la comunidad. Si la única respuesta al fenómeno de la explotación sexual es ésta, tendríamos que detrás de esta primera paradoja se encuentra la mayor hipocresía: a pesar de las declaraciones, las medidas administrativas y policiales contra la prostitución no se dirigen a proteger a las víctimas de la explotación, sino a la sociedad frente al ejercicio público de la prostitución.

Una paradoja similar se observa en el tratamiento legal de los delitos relacionados con la prostitución. De este modo, el Código Penal español castiga en el artículo 188 con la misma pena la conducta del que fuerza a la prostitución que la del sujeto que se lucra de ella cuando media un libre consentimiento de la persona que se prostituye. Esta regulación da cuenta de la confusión que parece

tener el legislador, ya que, por un lado, en los casos en los que la prostitución se ejerce voluntariamente por adultos difícilmente puede decirse que se esté protegiendo la libertad o la indemnidad sexuales y, por otro, en modo alguno merecen el mismo reproche penal los casos en los que hay coacción o abuso que aquellos en los que el ejercicio de la actividad es libremente consentido. Tal vez, detrás de esta nueva paradoja se encuentre una segunda hipocresía: a pesar de que el legislador declara proteger la libertad y la indemnidad sexuales, en el caso de la prostitución estaría contemplando la defensa de otros intereses (la moral, el orden público, la “dignidad” de las mujeres incluso en contra de su propia decisión) de difícil ajuste con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos que ha de regir en el Estado de Derecho.

La tercera paradoja aparece cuando se contraponen las políticas abolicionistas defendidas por buena parte de las asociaciones feministas con las peticiones de los colectivos de prostitutas que se han pronunciado al respecto: desde un sector del feminismo se reivindica, como única solución posible, la “desaparición” de la prostitución, lo que conlleva el rechazo de cualquier medida regularizadora. Sin embargo, los colectivos de prostitutas defienden su derecho a elegir y reclaman la regulación legal y laboral, como una medida esencial para acabar con las redes de explotación. Probablemente ésta sea la mayor de las contradicciones que estamos analizando: ¿con qué legitimidad se puede hablar en nombre de las prostitutas sin ni siquiera oír las?

Por último, las contradicciones vuelven a aparecer cuando se enfrentan las cifras sobre el ejercicio de la prostitución y las actitudes de determinados sectores sociales. En España se estima, sobre la base de las cifras manejadas por la policía, la Fiscalía y distintos observatorios nacionales e internacionales, que en el ejercicio de la prostitución se ven involucradas entre 50.000 y 400.000 personas al año. La falta de transparencia impide llegar a una conclusión sobre el porcentaje que representa la prostitución forzada frente a la libremente ejercida, pero la policía especula que las redes de explotación controlan entre el 80 y el 90% de la prostitución. Esto supone una grave situación ante la que no parece haber una reacción social coherente. Por un lado, según encuestas publicadas por el Instituto Nacional de Estadística, en España el 27% de los hombres españoles reconoce haber pagado por servicios de prostitución, observándose un incremento considerable de esta “clase de ocio” entre los más jóvenes, explicable por el abaratamiento y la abundancia de la oferta¹. De este modo, se habla de una

1 Véase el reportaje periodístico sobre esta cuestión, publicado en SÁNCHEZ VALLEJO, M.A., “Explotación sexual”, *Diario El País*, de 15 de enero de 2008.

“normalización” de la situación, en el sentido de que un importante sector social parece admitir el uso de los servicios sexuales como una forma más de ocio, sin ningún tipo de prejuicio o reparo moral. Ahora bien, si es verdad que la mayor parte de la prostitución es forzada, esta “normalización” estaría implicando que un importante sector de nuestra población no sólo permanece indiferente ante la explotación y el abuso, sino que contribuye voluntariamente a su perpetuación. ¿Cómo podríamos calificar esta situación de “normalización” si no es asumiendo que lo normal en nuestra sociedad es el abuso o la indiferencia ante el abuso?

Estas paradojas exigen invertir un esfuerzo especial en comprender el fenómeno real de la prostitución y en diferenciar adecuadamente las diversas situaciones que pueden darse. Comenzaremos con un acercamiento a la realidad de la prostitución en España, para después ensayar algunas diferenciaciones de conceptos. Precisamente, los problemas existentes para consensuar conceptos debido al considerable debate en torno al mejor tratamiento de la prostitución, nos avoca a reflexionar sobre esta cuestión, con la siguiente secuencia: primero, analizaremos las directrices internacionales; después, revisaremos la situación legal en España; por último, someteremos a valoración las distintas perspectivas y modelos para acabar ofreciendo nuestra propuesta.

2. De qué estamos hablando. La prostitución en España en cifras

En el año 2005, un reportaje de investigación periodística sobre esta cuestión señalaba que el Instituto Europeo para la Prevención del Crimen calculaba que en España podrían estar dedicándose a la prostitución entre 45,000 y 300,000 personas, repartidas en plazas hoteleras, pisos, locales, calles y carreteras.² En cifras oficiales, el Ministerio del Interior comunicaba en una memoria que en el año que hemos tomado de referencia, 2005, hubo 518 arrestos por tráfico sexual, detectándose 95 redes organizadas.³ La Asociación Nacional de Empresarios de Clubes de Alterne (Anela) consideraba entonces que el número de personas dedicadas a la prostitución podría llegar a las 400,000.

2 Véase el reportaje PRIETO, J., “Comercio de cuerpos”, *Diario El País*, 26, 27 y 28 de septiembre de 2005, con el expresivo subtítulo “El nuevo burdel de Europa”, y en una segunda entrega el 27 de septiembre de 2005, con el subtítulo “Una fábrica incontrolada de dinero negro”.

3 Redes que se dedican simultáneamente a la explotación sexual y al tráfico de inmigrantes. Según la Guardia Civil, tras la inspección de 1070 establecimientos dedicados a la prostitución, se halló que, de las mujeres que se prostituían en ellos, 374 eran españolas y 18,55 eran extranjeras (europeas del Este, sudamericanas y africanas).

Un estudio más reciente, de 2011, elaborado por la Asociación de Prevención, Reinserción y Atención a la Mujer Prostituida (APRAMP, asociación de orientación abolicionista y opuesta a cualquier regulación)⁴, presenta a España como el primer país de la Unión Europea en consumo de prostitución, con un 39% de ciudadanos que usan estos servicios. También señala que cada año son entre 600,000 y 800,000 las personas que caen en las redes de la trata a nivel mundial, con un 80% de mujeres y un 50% de menores de edad.⁵ Respecto de la actividad de la policía en España destaca el incremento en un 164% de las inspecciones en 2010 con respecto de 2009, así como de un 112% de las actuaciones contra grupos criminales, con la identificación de 1,641 víctimas, de las cuales un 91% serían mujeres extranjeras.

En cuanto a la nacionalidad de las mujeres, un informe de 2010 de la ONG Médicos Sin Fronteras, que atendió a las mujeres prostitutas en Málaga, estimaba que un tercio de ellas era de origen subsahariano (sobre todo, Nigeria), otro de Europa del Este (especialmente, Rumania), un 20% de sudamericanas y el 20% restante estaría compuesto de diversas nacionalidades, entre ellas la española. Esta diversidad nacional pone de manifiesto, como corroboran los informes de la Guardia Civil, que el aumento de la prostitución en España está estrechamente relacionado con el incremento de la inmigración ilegal. Y ello, a su vez, alerta sobre la seria probabilidad de que detrás de la mayoría de estos casos pueda estar una situación de coacción o abuso.

En el reportaje “Explotación sexual en España”, de Mónica Ceberio Belaza y Álvaro de Cózar⁶, se exponen distintos casos y testimonios que dan cuenta de la dinámica de un “submundo” en el que la mayoría de las mujeres que se prostituyen, con independencia de que hayan consentido en viajar a España para ejercer la prostitución o el engaño o la coacción las acompañen desde su país de origen, viven en una situación de explotación: en condiciones infrahumanas, sin una jornada real, sin capacidad de elegir cuándo y cómo ejercer la prostitución, sometidas a intimidación para entregar una buena parte de las ganancias, etc. Ahora bien, las situaciones pueden diferir considerablemente siendo necesario distinguir entre los casos de coacción y engaño en situaciones de esclavi-

4 Informe editado por el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad de España, en octubre de 2011.

5 Según Sigma HUDA, Relatora Especial sobre tráfico de personas de Naciones Unidas, los informes de la ONU estiman que 4 millones de mujeres son traficadas con fines sexuales (cfr. en MARCOVICH, M.: “Siglo XXI: prostitución y derechos humanos. ¿Reivindicación?, ¿lucha?, ¿conquista?”, en VVAA, *Congreso Internacional Derechos humanos y prostitución*, Edit. Ayuntamiento de Madrid, Madrid, 2006, p. 15).

6 Publicado en CEBERIO BELAZA, M. / DE CÓZAR, A., “Explotación sexual en España”, *Diario el País*, 17, 18, 19 y 20 de mayo de 2009.

tud de aquellos en los que hay un consentimiento inicial pero después se inicia una relación de coacción, o de otros en los que, habiendo un cierto abuso en las condiciones laborales, se actúa con una relativa libertad.

De esta breve revisión podemos deducir por ahora dos conclusiones.

En primer lugar, la comparación de estas cifras con las existentes hace sólo 30 años pone de manifiesto un espectacular aumento de la prostitución (y de la explotación sexual) en España. ¿Cuáles son las razones que lo explican? Ante todo, la simple ley de la oferta y la demanda: aunque “negro”, la prostitución no deja de ser un mercado, en el que la oferta se ha ampliado considerablemente, haciéndose más atractiva y más barata, y en el que los hipotéticos demandantes también han aumentado al pasar a considerarse estos servicios como una parte más, ahora accesible, de las ofertas de ocio. El incremento de la inmigración ilegal, como se ha señalado, es una de las principales explicaciones de ese fenómeno. Ahora bien, además de esta fría constatación, cabe apuntar que dicho aumento se ha visto facilitado por actitudes contradictorias entre sí, pero igualmente responsables en el afianzamiento de esta situación: la falta de escrúpulos con la que los clientes de la prostitución contratan los servicios sin preguntarse si la mujer es libre o no al prestarlos se une a una sociedad desorientada que no sabe distinguir entre la prostitución libremente consentida y la explotación y que cree que el mundo de la prostitución está en una especie de limbo legal (y moral).

La siguiente conclusión, en conexión con lo expuesto, es que es necesario diferenciar adecuadamente entre prostitución y explotación. Después veremos si es verdad que el ejercicio de la prostitución está en un limbo legal.

3. Aclaración de conceptos. La necesaria diferenciación entre la prostitución ejercida libremente y la explotación sexual

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, “prostitución” es la “actividad a la que se dedica la persona que mantiene relaciones sexuales con otras, a cambio de dinero.”⁷ Atendiendo a un concepto jurídico penal, la jurisprudencia define la prostitución como la entrega sexual de una persona a otra a cambio de precio o cosa que lo represente.⁸ Dentro de la expresión “entrega sexual” quedan comprendidos todo tipo de actos de naturaleza “sexual”, es decir, que estén realizados con la finalidad de lograr la excitación

7 www.rae.es

8 Vid. las SSTs de 3 de abril de 1974, 13 de mayo de 1980 y 28 de febrero de 1983.

sexual del sujeto al que se le prestan los servicios, y que supongan una actividad, por parte de la persona que se “prostituye”, encardinada en un contexto sexual.⁹ Según cierta corriente jurisprudencial y doctrinal no es suficiente con la entrega sexual ocasional o puntual, sino que se exige una cierta habitualidad o reiteración.¹⁰ Ahora bien, esta interpretación, que parece correcta desde un punto de vista semántico o en términos generales, no es adecuada en la exégesis de los tipos que castigan las conductas relacionadas con la prostitución: de este modo, habrá delito de coacción a la prostitución aunque fuera la primera vez para la persona prostituida o para el explotador. En conclusión, la entrega sexual y el precio son las características que definen la prostitución, sin que sea necesario la permanencia o la profesionalidad.¹¹

Es preciso advertir que en la mayoría de los países democráticos el ejercicio de la prostitución en sí mismo no representa delito alguno. En España, dejó de serlo tras la Ley 22/1978, de Reforma del Código Penal, que derogó los artículos 449 a 452, que sí castigaban la práctica de la prostitución. Al Derecho Penal se recurre, en consecuencia, para castigar la conducta de los terceros que explotan la prostitución ajena a través de coacción o abuso o se lucran de ella.

Ésta es una primera diferenciación esencial: lo que valoramos es cuál debe ser la reacción social frente a las conductas de las personas que explotan a terceros que se prostituyen o se lucran de sus ganancias, aun con su consentimiento.

E igualmente importante es distinguir que de esta valoración estamos excluyendo los supuestos de coacción o favorecimiento de la prostitución de menores o incapaces: en estos casos, sin discusión alguna, la respuesta ha de ser la de la represión penal de unos hechos que lesionan bienes jurídicos individuales de considerable importancia, ya sea únicamente la indemnidad, ya sean la indemnidad y la libertad sexual.

Por tanto, una interpretación posible es la de que “prostitución” supone un concepto más amplio en el que se incluyen tanto los casos de ejercicio libre y consentido (en los que la entrega sexual es cambio de precio, sin más) como aquellos en los que la prostitución se ejerce bajo coacción o presión derivada de una situación de violencia, intimidación o abuso, que son los casos que propiamente pueden ser denominados de “explotación sexual”. Desde este punto de vista, la “explotación sexual” quedaría reservada (en los casos de adultos) a los

9 De este modo, no sólo quedan comprendidas las conductas más propiamente de entrega “carnal”, como pueden ser el acceso vaginal, anal o bucal, sino los actos de masturbación, sadomasoquismo y otros.

10 En este sentido, vid. las SSTS de 17 de octubre de 1973 y 6 de noviembre de 1978.

11 De la misma opinión, CARMONA SALGADO, C., en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Compendio de Derecho Penal*, PE, Madrid, 2000, p. 242.

supuestos en los que existe coacción o abuso, y excluida de aquellos en los que la actividad se ha consentido libremente. Con el objeto de incidir en una mayor clarificación, podría ensayarse también una diferenciación entre las conductas propiamente de tráfico o trata, referidas a la captación, traslado y venta de las personas con fines de explotación sexual y la puesta en práctica de la explotación una vez que las víctimas están asignadas a un territorio en el que son sometidas a la coacción para la práctica de la prostitución.¹²

Sin embargo, esta distinción no es compartida por un sector de opinión, los partidarios del abolicionismo, que creen que todas las conductas de terceros que se aprovechan o favorecen la prostitución ajena representan en todo caso actos de explotación. Sostienen incluso que la regularización administrativa de la prostitución consentida representa un acto de explotación.¹³ Desde esta perspectiva, el consentimiento de las personas que se prostituyen carece de validez: los que “organizan la prostitución” de otros deben ser perseguidos incluso si ese otro consiente.¹⁴

¿No podemos llegar a un consenso mínimo sobre una serie de conceptos básicos? Entendemos que sí, siempre que no se confundan los planos de la reflexión. Podemos estar más o menos de acuerdo en que detrás de la mayoría de los actos de prostitución, aun cuando es libremente consentida, cabe hallar el reflejo de una determinada comprensión de la sexualidad que no comporta una relación equilibrada entre las personas que intervienen (aunque puede ser un acto de presunción injustificada asumir esta premisa con carácter general); posiblemente de mayor acuerdo en que es muy difícil diferenciar los casos de libre consentimiento de aquellos en los que éste se otorga por razones diversas relacionadas con una situación de vulnerabilidad de la víctima. El acuerdo es más claro aún sobre que la explotación sexual basada en la coacción y el abuso representa un grave hecho absolutamente rechazable, que, constatada su expansión, no está siendo perseguido de forma eficaz.

Podemos también reconocer que el pluralismo ideológico y la democracia permiten la discrepancia en el tratamiento de cuestiones como ésta, siempre y cuando una de las posiciones no represente la vulneración o falta de considera-

12 Como destaca HUDA, S., “Prostitución: una provechosa forma de tráfico y las herramientas para combatirla”, en VVAA, *Congreso Internacional Derechos humanos y prostitución*, Edit. Ayuntamiento de Madrid, Madrid, 2006, pp. 14 y ss., el tráfico o la trata representa un comercio ilícito.

13 En este sentido, MARCOVICH, M., *Op. Cit.*, p. 140, señala que “existe una conexión esencial, orgánica... entre la reglamentación, la organización de la prostitución y la trata de personas” sin que podamos hacer distinciones entre ellas.

14 De esta opinión, *Ídem.*, p. 141.

ción de derechos fundamentales. Por tanto, resulta perfectamente legítimo que desde una posición se defienda que la mejor manera de proteger a las víctimas es evitar cualquier medida de regularización y castigar la organización de la prostitución en todo caso, así como al cliente, de la misma manera que igualmente cabe defender que la penalización no debe extenderse a los supuestos en los que existe un libre consentimiento prestado entre adultos y que en estos casos sería preferible proceder a la regulación. Lo que queremos destacar es que esta diferencia de opinión, que se encuentra en el plano de la valoración, no afecta a la constatación de que un hecho en el que una persona se prostituye en contra de su voluntad o con un consentimiento viciado tiene un significado diferente de otro en que la actividad de prostitución se ha emprendido libremente entre adultos: hay una diferencia sustancial entre los mismos, ya que en el segundo caso hay un ejercicio de libertad que no puede ser menospreciado.¹⁵

Esta apreciación es la que se ha impuesto en el Derecho Internacional contemporáneo, tras una evolución que pasamos a analizar.

4. La regulación de la prostitución y del tráfico sexual en el Derecho Internacional

Como destaca Maqueda Abreu, hay razones para sostener que históricamente ha existido una diferenciación entre la “prostitución”, reglada administrativamente (por lo que podría considerarse “legal” mientras se mantuviera dentro del control sanitario y policial), y la “trata de blancas”, que tras la Conferencia de París de 1902 se define como el comercio de mujeres en el que se utiliza fuerza, fraude o alguna clase de abuso.¹⁶ Según esta autora, la Convención de Naciones Unidas de 1950¹⁷ representa una modificación sustancial en esta situación, pasando de una política reglamentista a otra abolicionista que, no obstante, no es la que se ha seguido en los instrumentos internacionales posteriores.

15 En sentido similar, cfr. SERRA CRISTÓBAL, “Mujeres traficadas para su explotación sexual y mujeres trabajadoras del sexo. Una recapitulación de la cuestión”, en SERRA CRISTÓBAL (coord.), *Prostitución y trata*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 366 y ss.; MAQUEDA ABREU, M. L., *Prostitución, feminismos y Derecho Penal*, Edit. Comares, Granada, 2009, pp. 114 y ss.

16 Cfr. MAQUEDA ABREU, M. L., “Hacia una nueva interpretación de los delitos relacionados con la explotación sexual”, *La Ley*, 27-02-2006, pp. 1 y ss.

17 Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, adoptado por la Asamblea General de NU el 2 de diciembre de 1949 y abierto a la firma de los países en Lake Success, New York, el 21 de marzo de 1950 y ratificado por España el 18 de junio de 1962.

Efectivamente, el Convenio de Lake Success comienza señalando en su preámbulo que “la prostitución y el mal que la acompaña, la trata de personas para fines de prostitución, son incompatibles con la dignidad y el valor de la persona humana y ponen en peligro el bienestar del individuo, de la familia y de la comunidad”. Con esta consideración, el Convenio clarifica cuáles son los bienes jurídicos que pretende proteger: la dignidad individual (habrá que incluir aquí tanto la dignidad de la persona que se prostituye como la de quien compra el servicio, aunque esto no está muy claro) y un determinado orden moral basado en la familia y el bienestar de la comunidad (equiparable a una clase de orden público o cívico). En su artículo 1 señala que “*las partes en el presente Convenio se comprometen a castigar a toda persona que, para satisfacer las pasiones de otra: 1) Concertare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona; 2) Explotare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona.*”¹⁸

Este instrumento representa una clara expresión de la moral de la época, según la cual no hay diferencias relevantes entre los actos de favorecimiento de la prostitución sin coacción o abuso, y los de explotación y tráfico. La alusión a un elemento subjetivo (la realización de las conductas “para satisfacer las pasiones de otra”) que debiera ser superfluo, parece acentuar que el desvalor de estas conductas se hace basar, más que en la posible lesión de los derechos de las personas prostituidas, en la inmoralidad de pasiones deshonestas. Resulta por ello un tanto paradójico que el espíritu de este convenio haya sido rescatado después por grupos feministas para defender el abolicionismo, cuando en la época en la que se firmó, la marginación social de las prostitutas era una de las más graves formas de discriminación contra la mujer.

El Protocolo de Palermo¹⁹ parece adoptar la perspectiva según la cual es preciso distinguir entre explotación sexual y prostitución libremente consentida, ya que circunscribe el castigo de la trata, en su artículo 3 a) a los casos de explotación con el recurso a algunos de los siguientes medios: coacción, rapto, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de

18 En el artículo 2 añade: *Las Partes en el presente Convenio se comprometen asimismo a castigar a toda persona que: 1) Mantuviere una casa de prostitución, la administrare o a sabiendas la sostuviere o participare en su financiamiento; 2) Diere o tomare a sabiendas en arriendo un edificio u otro local, o cualquier parte de los mismos, para explotar la prostitución ajena.*

19 Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, de 2000, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

una persona que tenga autoridad sobre otra. Además, en las letras b) y c) de este artículo se refieren al consentimiento de la siguiente manera:

- En el caso de los mayores de edad, el consentimiento de la víctima de la trata de personas no se tendrá en cuenta cuando estemos ante un consentimiento referido a las actividades de explotación descritas en la letra a).
- En el caso de los menores, la trata se castiga en todo caso, siendo por tanto el consentimiento irrelevante.

De todo ello cabe inferir que según este instrumento internacional quedan fuera de los supuestos de la trata y de la explotación sexual los casos de prostitución libremente consentida, en los que no se da alguna de las fórmulas arriba indicadas. Es preciso advertir, no obstante, que la “explotación” a la que se refiere el artículo 3 a) no sólo comprende los casos de coacción por la fuerza, sino que incluye también otras modalidades, como son la de engaño, abuso de poder o de situación de vulnerabilidad (que realmente abarcan también las situaciones en las que el abuso se realiza a través de un tercero que ejerce la autoridad sobre la víctima a cambio de un precio). Y esto es importante tenerlo en cuenta, porque sería un error deducir que es prostitución libremente consentida aquella que se practica desde una situación de vulnerabilidad, de la que abusa el proxeneta o traficante, fórmula amplia que permite la persecución de estos hechos sin tener que demostrar una estricta situación de coacción.

En sentido similar, el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos,²⁰ circunscribe los casos de trata y explotación punibles a aquellos en los que se utiliza la fuerza o cualquier otra forma de obligación, raptó, fraude, engaño, abuso de autoridad o de situación de vulnerabilidad, o aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra. Igualmente, especifica que el consentimiento del adulto se considerará irrelevante cuando se utilice en la explotación y trata alguno de los medios más arriba descritos, mientras que en el caso de los menores no se concede relevancia alguna al consentimiento.²¹

Por último, la Directiva de la Unión Europea, de 5 de abril de 2011²² contiene una regulación también parecida, al definir la trata como la “captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, incluido el intercambio

20 Adoptado en Varsovia, el 16 de mayo de 2005.

21 Véase el artículo 4 del Convenio.

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

o la transferencia de control sobre estas personas”, empleando los recursos a los que también se referían los instrumentos internacionales antes examinados. Contiene a su vez disposiciones prácticamente idénticas, con relación a la trascendencia del consentimiento.

En consecuencia, hay que concluir que en Derecho Internacional se han impuesto las siguientes directrices político-criminales:

- La trata de seres humanos (con diversos fines de explotación, entre ellos la sexual) es un hecho que ha de castigarse con un rigor proporcionado a su considerable gravedad, atendida la vulneración de derechos humanos que estos actos representan.²³
- La trata (o tráfico) ha de ser contemplada diferenciando entre sus víctimas a los adultos y a los menores. En el caso de los adultos, la trata punible (también el tráfico sexual) es aquella que se lleva a cabo con determinados medios de coacción o abuso. Esto significa que si estamos ante conductas libremente consentidas entre adultos, no cabe hablar de explotación. Ahora bien, tampoco esto quiere decir que la explotación requiera en todo caso violencia u otra forma de coacción, ya que el consentimiento también será inválido en distintas modalidades de “abuso.” A este respecto, es importante destacar que la Directiva de 2011, de la Unión Europea, ha afinado un poco más en esta cuestión al definir la situación de vulnerabilidad, que se daría “cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa real o aceptable excepto someterse al abuso.”
- En el caso de los menores, el consentimiento no se considera válido en ninguno de los casos: habrá explotación y trata aunque no se empleen los medios descritos de coacción o abuso.

¿Se adecúa la legislación española a lo previsto en los instrumentos internacionales? ¿Es cierto, como se señala en algunos de los reportajes periodísticos y estudios sociológicos analizados más arriba, que la prostitución se encuentra en España en un limbo jurídico?

5. La regulación de la prostitución, la explotación sexual y el tráfico de personas en el Código Penal Español

23 En este sentido, la Directiva de la Unión Europea prevé, en su artículo 4, que estos hechos se castiguen con penas en las que el límite máxima del marco penal sea de al menos cinco años (lo que permite su consideración como hechos de delincuencia organizada), llegándose a la cifra de 10 años (como mínimo) en los casos de menores u otras víctimas particularmente vulnerables, cuando estemos ante una red organizada, cuando se ponga en peligro de forma deliberada o por grave negligencia la vida de la víctima o se le cause daños particularmente graves, o cuando se emplee violencia.

Podemos empezar por rechazar con contundencia la idea de que la situación de la prostitución en España es la de una especie de “limbo jurídico”, porque mantener esta tesis sin precisar adecuadamente su contenido puede consolidar la opinión de que la explotación sexual no está perseguida en nuestro país, irresponsabilidad que representaría un señuelo para que las redes organizadas invadieran nuestro territorio, como parece que en parte ha ocurrido.

La explotación sexual y la trata de personas con fines de explotación sexual son delitos castigados en nuestro Código penal sin ningún tipo de reserva. Por tanto, es completamente inexacto afirmar que el ejercicio de la prostitución carezca de regulación alguna. Sí es cierto que, a diferencia de lo que ocurre en otros países, no existe reglamentación del ejercicio de la prostitución en sí mismo, ni para regularlo ni para prohibirlo.²⁴

Pero el Derecho Penal regula el fenómeno de la prostitución claramente. El capítulo V del título VIII del código penal (título referido a los “delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”) recoge los “delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores.” Como ya se ha señalado, el ejercicio de la prostitución en sí mismo dejó de ser delito en España tras la Ley 22/1978, de Reforma del Código Penal, que derogó los artículos 449 a 452, que sí castigaban la práctica de la prostitución, abandonándose desde entonces el modelo prohibicionista. Ahora bien, el sistema de punición que se mantuvo estaba claramente inspirado por la línea político criminal derivada del Convenio de Lake Success de 1949, tipificándose numerosas figuras de cooperación o favorecimiento de la prostitución ajena, sin diferenciar entre los casos de menores y mayores de edad, y sin tener en cuenta el consentimiento de las personas prostituidas.²⁵

24 Con respecto de esta cuestión, la regulación administrativa y laboral de la prostitución, sobre la que no es posible entrar en este trabajo, cabe señalar la existencia de diversos modelos: el prohibicionista, que impide cualquier regulación al sancionarse penalmente a los proxenetas, a los clientes y a las personas que ejercen la prostitución, vigente, por ejemplo, en buena parte del territorio de Estados Unidos; el reglamentista-legalizador, que confiere un estatus específico a la prostitución libre, reconociéndose derechos laborales a las prostitutas (por ejemplo, en Holanda, Alemania, Nueva Zelanda o Australia); el abolicionista, que castiga a proxenetas y clientes, pero no a las personas que se prostituyen (por ejemplo, en Suecia); y el modelo “alegal”, que evita cualquier regulación administrativa de la prostitución, como es el vigente en España. Cabe afinar aun más sobre esta clasificación, y admitir un “abolicionismo reglamentista”, que según Silvia GAY es el vigente en Italia o en Francia (GAY HERRERO, S., “Fórmulas jurídicas reconocedoras de los derechos profesionales de las trabajadoras sexuales”, en SERRA CRISTÓBAL (coord.), *Prostitución y trata*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 144 y ss.). Sobre estos modelos, más ampliamente, cfr. CARMONA CUENCA, E., “¿Es la prostitución una vulneración de derechos fundamentales?”, en SERRA CRISTÓBAL (coord.), *Prostitución y trata*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 50 y ss.

25 Por ejemplo, el artículo 452 b a) castigaba al que “cooperare o protegiera la prostitución de una o varias personas” y el artículo 452 bis d), tal vez de manera redundante, tipificaba la conducta los que cooperaban en la prostitución de otras facilitando el local para su ejercicio o “sirviendo” de algún modo al fin de la prostitución en dicho local.

Cabe afirmar, pues, que en este modelo la sanción penal se asentaba en un reproche más bien moral hacia la prostitución.

El legislador español de 1995 partió de una perspectiva distinta, distinguiendo claramente entre dos situaciones: en primer lugar, en el artículo 187 del código penal (CP) se tipificaban diversas conductas relacionadas con la promoción o el favorecimiento de la prostitución de los menores o incapaces, para cuya punición es irrelevante el consentimiento; en segundo lugar, el artículo 188 CP se refería, en sus dos primeros números, a la prostitución de los mayores de edad, pero el castigo se circunscribía a las personas que determinan esa clase de prostitución *por medio de violencia, intimidación, engaño o abuso*. Esta regulación resultaba coherente con la sistemática del título VIII del CP: en el caso de los mayores de edad el bien jurídico protegido es la libertad sexual y en el de los menores tanto la libertad como la indemnidad, entendida como el derecho a un desarrollo psíquico y físico en situación de normalidad.

La reforma de 2003 representó claramente una vuelta al modelo abolicionista. Ante el debate creado en torno al tratamiento de la prostitución, por el aumento de las mafias de explotación sexual en España, el legislador volvió a tipificar el delito de proxenetismo para los casos de prostitución libremente ejercida, en el artículo 188.1 CP, último inciso, al disponer: “En la misma pena incurrirá el que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma.”²⁶ Es importante destacar que esta medida no ha conseguido acabar con las mafias de explotación (éstas han aumentado su actividad en los últimos años), lo que hace dudar de su idoneidad para combatir el tráfico sexual.²⁷

La Ley 11/2003, de Reforma del Código Penal, tipificó dentro del título “delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”²⁸ una serie de delitos que castigan el favorecimiento o promoción del tráfico ilegal o la inmigración

26 Como destaca CARMONA CUENCA, E., *Op. Cit.*, p.59, las organizaciones feministas en España partidarias del abolicionismo consideraban que la regulación del Código Penal de 1995 había facilitado la expansión del tráfico en España.

27 Tampoco es posible afirmar que el prohibicionismo vigente en la mayoría del territorio de Estados Unidos haya conseguido acabar con la prostitución y los resultados de la experiencia abolicionista en Suecia son también discutidos. Es este país, desde la corriente abolicionista se defendían los positivos resultados de la Ley de prohibición de compra de servicios sexuales: disminución en el número de mujeres prostituidas, estabilización del número de mujeres traficadas, sentimiento de satisfacción de la mayoría de la sociedad sueca, son algunos de los efectos destacados por EKBERG, G.: “The Swedish Law That Prohibits the Purchase of Sexual Services. Best Practices for Prevention of Prostitution and Trafficking in Human Beings”, *Violence Against Women*, 10, 2004, pp. 1196 y ss. Sin embargo, otros autores creían que los resultados relativos eran más discutibles, ya que existían claros indicios de un aumento de la prostitución marginal, más invisible.

28 Este Título, el XV bis, había sido introducido por la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

con fines de explotación sexual. Este modelo de punición de la trata no era el más adecuado. Por un lado, se incluyó en un título, el nuevo XV bis, en sí mismo ya controvertido, puesto que, con la venia de la defensa de los derechos de los ciudadanos extranjeros, se castigaban con penas similares conductas de calado muy diverso, como puede ser la explotación y tráfico de los inmigrantes realizada con coacción o abuso y la simple facilitación humanitaria de la llegada del inmigrante. Como se destacó por la doctrina, más que una respuesta al fenómeno de la trata, lo que el legislador parecía querer reprimir es una inmigración sexual no deseada, con independencia del consentimiento de las personas involucradas.²⁹ Por otra parte, resultaba también criticable que el tráfico sexual de personas adultas se castigara únicamente en este título, circunscribiendo la respuesta penal a los casos de víctimas extranjeras que hubieran llegado a España de otros países. Como es sabido, la trata sexual opera mayoritariamente importando mujeres de los países pobres a los ricos, pero también cabe percibir en todo este fenómeno un tráfico interior no necesariamente ligado a la inmigración.³⁰

La reforma de 2010 ha mejorado considerablemente esta situación. Siguiendo las directrices internacionales al respecto, ha separado los delitos de trata de seres humanos y los relacionados con la inmigración clandestina: el tráfico de seres humanos es un fenómeno lo suficientemente grave y complejo como para merecer una regulación autónoma, que ahora se le dispensa en un nuevo Título VII bis, en el que se acoge un amplio concepto de tráfico de personas con fines diversos, ya sea en territorio español, desde España, en tránsito o con destino a ella, siempre y cuando, en el caso de los adultos, se empleen los siguientes medios (en el supuesto de los menores se castiga siempre, con independencia del consentimiento): violencia, intimidación, engaño o abuso de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima.³¹

29 En este sentido, MAQUEDA ABREU, M.L., "Hacia una nueva interpretación...", *Op. Cit.*, p. 2.

30 La respuesta del legislador para la trata de adultos, por otra parte, no se correspondía con la elegida para el tráfico de menores, que sí se castigaba con independencia de que estuviera ligado o no a la inmigración ilegal.

31 Las conductas de tráfico, según el nuevo art. 177 bis CP, son las de captación, transporte, traslado, acogimiento, recepción o alojamiento de las personas traficadas, con alguno de los siguientes fines:

a) La imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre o a la mendicidad.

b) La explotación sexual, incluida la pornografía.

c) La extracción de sus órganos corporales.

En todas estas conductas se exige el empleo de la coacción, el engaño o el abuso, en los términos más arriba expuestos, de modo que en estos casos el consentimiento es irrelevante.

El artículo 177 bis diferencia esta situación de la prevista para los menores:

Tanto la exposición de motivos de la ley de 2010, que insiste en que una de las razones de la reforma es la de adecuar las normas penales internas a las directrices europeas, como una interpretación sistemática de los preceptos afectados y de la nueva regulación de la trata, contribuyen a corroborar que el legislador parece optar por la línea político criminal que diferencia entre prostitución, explotación sexual y trata de personas. Sin embargo, la reforma de 2010 ha dejado intacto el artículo 188 del Código Penal, de manera que, en principio, se sigue previendo una misma pena para los casos de coacción y abuso que para aquellos en los que la prostitución se ha ejercido de forma libre entre adultos.

Hay que hacer notar que la mayoría de la doctrina penalista que se ha pronunciado al respecto ha mostrado su desacuerdo con esta regulación y ha ensayado distintas interpretaciones que intentan restringir el ámbito de aplicación del tipo. Si tenemos en cuenta las directrices contenidas en el Protocolo de Palermo, el Convenio del Consejo de Europa o la Directiva de 2011 de la Unión Europea, cabe mantener que en Derecho Internacional la “explotación sexual” es una expresión que se reserva (cuando estamos ante adultos) para los casos en los que se emplea coacción, engaño o abuso. Bajo esta perspectiva, difícilmente puede entenderse la redacción del artículo 188.1 segundo inciso, que castiga al que “se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma”. Porque, ¿a qué fenómeno se está refiriendo el legislador español cuando alude a la explotación de la prostitución ejercida de forma consentida?

Para salvar estas dificultades, Maqueda Abreu propone asimilar la explotación a la que se refiere el precepto analizado a un abuso de carácter más bien laboral. Esta autora parte de la consideración de que en los casos en los que no hay coacción o abuso es realmente difícil encontrar una *ratio* que no sea la política abolicionista que mantiene una supuesta defensa de la dignidad de las víctimas, por encima de su decisión libre. Por lo que, concluye Maqueda, parece que lo que se pretende es negar a la prostitución la posibilidad de verse convertida en un trabajo regulado. Dando la vuelta a este objetivo, que rechaza, Maqueda propone que precisamente “el polémico precepto podría quedar destinado a reaccionar frente a esas situaciones —cada vez más habituales— en que, ha-

-En el caso de los menores no se precisa la coacción, el engaño o el abuso, sino que basta con probar el tráfico.

-Además, la pena es más grave (para la trata de adultos, la pena del tipo básico es de cinco a ocho años; para los menores, de ocho a doce años).

Se recogen también otras agravaciones para los casos de grave peligro para la víctima, especial vulnerabilidad de ésta, condición específica del autor como autoridad, agente de ésta o funcionario público y pertenencia a una red organizada.

biéndose pactado con personas extranjeras el traslado a nuestro país para ejercer la prostitución en unas determinadas condiciones, una vez llegadas aquí éstas se modifican en su perjuicio y, pese a todo, fueran aceptadas, de modo que pudiera afirmarse que la práctica de la prostitución no es coactiva sino consentida". Por tanto, su propuesta es la aproximar explotación sexual a explotación laboral, derivada de las condiciones abusivas que, no obstante, son aceptadas por la prostituta³².

Otros autores, sin embargo, creen que la "explotación" a la que se refiere el segundo inciso del artículo 188.1 CP no puede ser diversa a la contenida en el primer inciso: para no caer en redundancias, la ley se estaría refiriendo aquí a aquellos sujetos que no han utilizado la coacción o el engaño, pero que se lucran con el ejercicio de la prostitución de otras personas que han sido previamente coaccionadas por terceros.³³

¿Cuál de estas soluciones es preferible? Pasemos ya a la valoración y a las conclusiones finales.

6. Valoración y conclusiones finales

Teniendo en cuenta los problemas de interpretación del artículo 188.1 CP, al no definir claramente (desoyendo las directrices internacionales) las conductas de explotación sexual y al castigar con la misma pena hechos que tienen un desvalor diverso, resultan loables las propuestas de interpretación restrictiva antes analizadas, en una y otra dirección (aunque en nuestra opinión tendría más utilidad social la propuesta realizada por Maqueda Abreu, ya que las conductas a las que se refiere Gómez Tomillo pueden ser perfectamente castigadas teniendo en cuenta el primer inciso del precepto).

Ahora bien, no parece que queden dudas sobre el propósito del legislador de 2003 cuando añadió este inciso, según el cual se castiga a los que se lucran explotando la prostitución ajena aún con el consentimiento de las personas involucradas. Ni tampoco, como también han señalado los autores analizados, sobre la influencia del movimiento abolicionista para impulsar esta perspectiva. En dos ocasiones, 2003 y 2007, diversas Comisiones en el Congreso y en el Senado finalizaron sin ningún tipo de iniciativa concreta, al imponerse las opiniones de los que se oponían a la regulación administrativa de la prostitución o

³² Cfr. MAQUEDA ABREU, M.L., "Hacia una nueva interpretación...", *Op. Cit.*, pp. 2 y ss.

³³ Cfr. GÓMEZ TOMILLO, M., "El delito de lucrarse explotando la prostitución ajena", *Diario La Ley*, 12 de marzo de 2007, pp. 1590 y ss.

a cualquier cambio en el CP.³⁴ Es difícil saber, ante la falta de trabajos sociológicos o de encuestas fiables sobre este tema, cuál es la opinión de mayor peso entre la población española, pero lo que sí es cierto es que en los últimos años en España las tesis abolicionistas al menos se han hecho oír con mayor fuerza. Esto no implica que los colectivos de prostitutas que se han pronunciado sobre esta cuestión no lo tengan también claro: de forma unánime su postura es diferente a la de los abolicionistas, pues aunque defienden la punición de la trata y la explotación, se muestran a favor de la regulación y la “dignificación” del ejercicio de la prostitución.³⁵

En nuestra opinión, la cuestión esencial es la de si las tesis abolicionistas resultan compatibles con los fines que orientan el Derecho Penal y que limitan el “ius puniendi”. Esencialmente con dos: el principio de ofensividad o de exclusiva protección de bienes jurídicos y el principio de subsidiariedad (en relación con el de eficacia).

Comencemos con el principio de ofensividad. Según el criterio mayoritario en la doctrina penal, la lesión de un bien jurídico es el presupuesto de la punibilidad³⁶, lo que, entre otras cosas implica la exclusión de la punición de las meras inmoralidades, o comportamientos contrarios a una determinada moral. En la actualidad, el debate en torno a la prostitución se ha desplazado, como ya se ha comentado, desde los límites de la defensa de la moral a la discusión en torno a si la protección de la dignidad debe llevarse al punto de impedir la regulación de una actividad consentida entre adultos. Al respecto convendría destacar que a pesar de la importancia del consentimiento, éste no es el único elemento a tener en cuenta: en determinadas ocasiones, como en las agresiones contra la integridad física o la vida, la mayoría de las legislaciones llegan a una posición de equilibrio según la cual el consentimiento no es totalmente irrelevante, pero tampoco permite una completa disponibilidad del bien jurídico (de este modo, se permiten algunos supuestos de eutanasia pasiva, se castiga al que coopera en

34 En el año 2003, diversas ONG's y asociaciones de mujeres presentaron 3.100 firmas a favor de la abolición, oponiéndose a la regulación de la prostitución. En 2006, la asociación progresista de jueces españoles “Jueces para la Democracia” manifestó en un comunicado su adhesión al abolicionismo, al entender que cualquier forma de prostitución es contraria a la dignidad humana. Una nueva comisión en el Congreso, en 2007, finalizó con la recomendación de que no se legalizara la prostitución al entender que tal medida entraría en colisión con la Constitución, concretamente con los artículos 9 y 14.

35 Así, por ejemplo, el colectivo Hetaira reclama la necesidad de que se escuche realmente a las prostitutas. De tal modo que aquellas que quieran abandonar la prostitución puedan hacerlo y contar con las medidas que faciliten su incorporación a otra actividad laboral. E, igualmente, las que decidan seguir ejerciéndola, puedan hacerlo en mejores condiciones que con las que cuentan en la actualidad.

36 Por todos, cfr. ROXIN, C., “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal?”, en HEFENDEHL, R. (ed.), *La teoría del bien jurídico*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 443 y ss.

el suicidio con una pena menor que a la cooperación en el homicidio, el consentimiento sirve de atenuante o de eximente en las lesiones dependiendo del ámbito en el que se produzcan). Además del consentimiento es preciso tener en cuenta una ponderación con otros valores que confluyen: el abolicionismo impide la regulación de la prostitución para que no se lleve a cabo una actividad que sin embargo sí se quiere ser realizada por otra persona (recordemos que no hay debate en los casos de explotación y trata). Estamos por tanto ante una colisión entre la libertad y la “dignidad”, según esta perspectiva.

La cuestión, por tanto, es: ¿en esa ponderación ha de prevalecer la salvaguarda de una determinada comprensión de la dignidad sobre el ejercicio de la libertad? Hemos visto que desde un sector del feminismo se defiende precisamente que sí, que esa es la única solución posible.³⁷ Sin embargo, también un considerable número de colectivos feministas opuestos al abolicionismo y de personas que ejercen la prostitución niegan que el ejercicio consentido de la prostitución represente un acto que menoscabe su dignidad³⁸. Rey Martínez/Mata Martín/Serrano Argüello llegan a una posición “neutral” cuando concluyen que la Constitución y el postulado de dignidad personal ni prohíben la prostitución ni impiden su eventual prohibición legislativa, ni obligan a su reconocimiento como trabajo, sino que permiten una amplia libertad de configuración por parte del legislador, que puede interpretar en cada momento y optar por uno u otro modelo de legislación.³⁹

Sin embargo, en su análisis Rey, Mata y Serrano no tienen en cuenta que según las teorías mayoritarias en la actualidad, la dignidad es un valor intrínseco de toda persona, y éste, a nuestro juicio, no se ve afectado por ejercer la prostitu-

37 Además de las autoras más arriba citadas, véanse las obras de referencia de MACKINNON: “Prostitution and Civil Rights”, en *Michigan Journal of Gender & Law*, 22, 1993, p. 13 y ss. O HALLEY/KOTISWARAN/SHAMIR/THOMAS, “From the international to the local in feminist legal responses to rape, prostitution/sex work, and sex trafficking: four studies in contemporary governance feminism”, en *Harvard Journal of Law & Gender*, 29, 2006, pp. 348 y ss. Sobre esta cuestión, no obstante, han expresado sus dudas autores desde perspectivas diferentes. De forma clara, la constitucionalista CARMONA CUENCA, E. *Op. Cit.*, p. 69, cree que la prostitución representa en sí misma una vulneración de los derechos fundamentales a la integridad física y moral y a la intimidad de las mujeres prostituidas. Desde una perspectiva más ambigua, JAREÑO LEAL sustituye sus conclusiones por una declaración del Senado francés que señala: “No es raro oír que las prostitutas son libres, que han elegido su estado. Esta visión, indudablemente confortable y disculpabilizadora para la sociedad es completamente falsa: por una parte, la prostitución sin proxenetismo es muy marginal, y por otra ¿quién optaría conscientemente por un destino de alienación?” (cfr. JAREÑO LEAL, M.A., “La política criminal en relación con la prostitución: ¿abolicionismo o legalización?”, en SERRA CRISTÓBAL (coord.), *Prostitución y trata*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 82)

38 Sobre este punto de vista, vid. ARONSON, “Seeking a consolidated feminist voice for prostitution in the US”, en *Rutgers Journal of Law & Urban Policy*, 3, 2006, pp. 365 y ss.

39 Cfr. REY MARTÍNEZ, F./MATA Y MARTÍN, R./SERRANO ARGÜELLO, N., *Prostitución y Derecho*, Edit. Aranzadi, Pamplona, 2004, pp. 70 y ss.

ción. Precisamente, el reconocimiento a esa dignidad insoslayable es lo que reclaman los colectivos de prostitutas. Ante una cuestión tan difusa, ¿cómo oponer que existe una ofensividad considerable de bienes jurídicos esenciales, que permite no sólo la limitación de libertad derivada de la prohibición indirecta de la prostitución (al negar la regulación) sino también la utilización de la fuerza coactiva del Derecho Penal? Y es que en este punto convendría insistir en que una cosa es el debate que con carácter general puede abrirse a favor o en contra de los límites en la realización pública de acciones que supuestamente menoscaban los propios derechos individuales y la “dignidad” y otra cosa muy distinta es la discusión sobre si esos límites han de ser de carácter jurídico penal.

Por supuesto, esta valoración arroja resultados muy distintos al valorar la intervención penal para castigar la trata y la explotación sexual con coacción, engaño o abuso: el grave atentado contra derechos individuales justifica sin discusión el uso de la pena.

Similares problemas a los antes descritos se plantean a la hora de ponderar la garantía de los principios de subsidiariedad y eficacia al utilizarse el Derecho Penal como respuesta a los casos de prostitución libremente ejercida. Hay que comenzar reconociendo que no es fácil demostrar cuáles son las consecuencias de una política despenalizadora, ya que, como hemos contrastado más arriba, las cifras de la prostitución en España son alarmantes y cabe conceder que la ley de 1995 pudiera haber tenido un efecto de “atracción” de las redes: las mafias controlan fuertemente a las personas que se prostituyen en el marco de su organización, hasta el punto de que difícilmente van a decir o no decir algo que no haya sido antes impuesto desde las redes. Igualmente cabe suponer que un país en el que no está claro si el proxenetismo no coactivo es delito y además la prostitución no está regulada es el paraíso de las mafias: la policía y los jueces no intervienen ante la imposibilidad de desmontar la presunción de inocencia y el lucro, en un mercado negro libre de impuestos, es desorbitado para los controladores de la red.

Ahora bien, sería un grave error creer que la expansión de la prostitución y los problemas de persecución tienen que ver únicamente con el modelo de regulación. En el año 2003 se recuperó en España un sistema abolicionista que no ha conseguido detener el crecimiento de las redes. Por tanto, España es un ejemplo claro de que el problema, que en nuestra opinión no es el de la prostitución sino el de las dificultades de persecución de los graves casos de explotación sexual y tráfico, no desaparece sólo con desearlo, reclamando, por ejemplo, la abolición, sino que es necesario emprender medidas realmente eficaces dirigi-

das a ello. Y aquí convendría detenerse y reflexionar sobre el principio de subsidiariedad que exige como mínimo ensayar otras alternativas antes de acudir al Derecho Penal.

Estas alternativas tampoco pueden ser en exclusiva las acciones aisladas de ONG's que procuran ayuda "caritativa" a las personas que optan por dejar la prostitución. De lo que se trata es de articular una actuación decidida por parte de los poderes públicos, en varios frentes, absolutamente complementarios (porque de otro modo, se fracasaría):

- Reglamentando en todo caso una asistencia social y sanitaria a las prostitutas (aunque transitoriamente se mantenga el abolicionismo),
- Despenalizando la conducta de terceros cuando la prostitución se ejerce libremente, pero sólo cuando
- Se esté en condiciones de regular adecuadamente el ejercicio de la prostitución, con los medios sociales idóneos para legalizar este ámbito y responder con la contundencia policial y judicial suficientes para interceptar los casos de tráfico coactivo o abusivo.

A pesar de que únicamente se esbozan estas propuestas, no creemos que sea realmente tan difícil dar estos pasos. Lo que en modo alguno se puede seguir manteniendo es un sistema que no protege a las víctimas, amparado en la hipocresía y en la paradoja de una ideología soberbia que cree tener la razón para defender a otros por encima de lo que esos otros desean.

Bibliografía

- ARONSON, "Seeking a consolidated feminist voice for prostitution in the US", en *Rutgers Journal of Law & Urban Policy*, 3, 2006.
- CARMONA CUENCA, E., "¿Es la prostitución una vulneración de derechos fundamentales?", en SERRA CRISTÓBAL (coord.), *Prostitución y trata*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- CARMONA SALGADO, C., en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Compendio de Derecho Penal*, PE, Madrid, 2000.
- CEBERIO BELAZA, M. / DE CÓZAR, A., "Explotación sexual en España", *Diario el País*, 17, 18, 19 y 20 de mayo de 2009.
- EKBERG, G.: "The Swedish Law That Prohibits the Purchase of Sexual Services. Best Practices for Prevention of Prostitution and Trafficking in Human Beings", *Violence Against Women*, 10, 2004.
- GAY HERRERO, S., "Fórmulas jurídicas reconocedoras de los derechos profesionales de las trabajadoras sexuales", en SERRA CRISTÓBAL (coord.), *Prostitución y trata*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- GÓMEZ TOMILLO, M., "El delito de lucrarse explotando la prostitución ajena", *Diario La Ley*, 12 de marzo de 2007.
- HALLEY/KOTISWARAN/SHAMIR/THOMAS, "From the international to the local in feminist legal responses to rape, prostitution/sex work, and sex trafficking: four studies in contemporary governance feminism", en *Harvard Journal of Law & Gender*, 29, 2006.
- HUDA, S., "Prostitución: una provechosa forma de tráfico y las herramientas para combatirla", en VVAA, *Congreso Internacional Derechos humanos y prostitución*, Edit. Ayuntamiento de Madrid, Madrid, 2006.
- JAREÑO LEAL, M.A., "La política criminal en relación con la prostitución: ¿aboliciónismo o legalización?", en SERRA CRISTÓBAL (coord.), *Prostitución y trata*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- MACKINNON: "Prostitution and Civil Rights", en *Michigan Journal of Gender & Law*, 22, 1993.
- MAQUEDA ABREU, M. L., *Prostitución, feminismos y Derecho Penal*, Edit. Comares, Granada, 2009.
- MAQUEDA ABREU, M. L., "Hacia una nueva interpretación de los delitos relacionados con la explotación sexual", *La Ley*, 27-02-2006.
- MARCOVICH, M.: "Siglo XXI: prostitución y derechos humanos. ¿Reivindicación?, ¿lucha?, ¿conquista?", en VVAA, *Congreso Internacional Derechos humanos y prostitución*, Edit. Ayuntamiento de Madrid, Madrid, 2006.

PRIETO, J., "Comercio de cuerpos", *Diario El País*, 26, 27 y 28 de septiembre de 2005.

REY MARTÍNEZ, F./MATA Y MARTÍN, R./SERRANO ARGÜELLO, N., *Prostitución y Derecho*, Edit. Aranzadi, Pamplona, 2004.

ROXIN, C., "¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal?", en HEFENDEHL, R. (ed.), *La teoría del bien jurídico*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2007.

SÁNCHEZ VALLEJO, M.A., "Explotación sexual", *Diario El País*, de 15 de enero de 2008.

SERRA CRISTÓBAL, "Mujeres traficadas para su explotación sexual y mujeres trabajadoras del sexo. Una recapitulación de la cuestión", en SERRA CRISTÓBAL (coord.), *Prostitución y trata*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

www.rae.es

Derecho Ultraterrestre*

Marta Silvia Moreno Luce**

RESUMEN: Este artículo trata del origen de la llamada era espacial iniciada a mediados del siglo XX, cuyas consecuencias jurídicas han sido poco estudiadas, no obstante las graves repercusiones que implican los desechos de los cohetes espaciales que se han enviado al espacio ultraterrestre. Solo nos referimos a sus orígenes, al nacimiento de esta relativamente nueva disciplina jurídica que se desprende del derecho internacional, llamado Derecho Ultraterrestre, a sus fuentes, los diferentes nombres que ha recibido y a las consecuencias de estos avances tecnológicos en relación a los daños que pueden causar a la humanidad.

Palabras clave: ultraterrestre, basura espacial, Era espacial, satélites.

ABSTRACT: This article is about the origin of the so-called space Age began in the mid-twentieth century, which legal consequences have been little studied, despite the serious impact involving waste of space rockets that have been sent to outer space. We only refer to his roots, the emergence of relatively new legal discipline that emerges from international law, called Space Law, its sources, the different names it has received and the consequences of these technological advances in relation to damage that can cause human.

Key words: outer space, space debris, Space Age, satellites.

SUMARIO: Introducción. 1. El Derecho Ultraterrestre. 2. Diversas denominaciones de esta disciplina. 3. Fuentes del Derecho Espacial o Ultraterrestre. 4. Los inicios de la Era Espacial. 5. El espacio ultraterrestre. 6. Conclusiones. Bibliografía.

Introducción

Para el distinguido filósofo español José Ortega y Gasset, existen dos formas de cambio vital histórico: “cuando cambia algo en nuestro mundo y cuando cambia el mundo. Si sucede esto último, hay crisis histórica. Es decir, las generacio-

* Artículo recibido el 27 de enero de 2012 y aceptado para su publicación el 23 de marzo de 2012.

** Investigadora del Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad de la Universidad Veracruzana.

nes que conviven sienten que se quedan en las convicciones del pasado, que es como decir, 'sin mundo.'"¹

Esta cita tiene como finalidad recordar el impacto que tuvo en la historia de la humanidad el envío de satélites fuera del espacio terrestre, la llegada a la luna, los primeros pasos del hombre sobre una superficie distinta a la de nuestro planeta tierra, y todos los sucesos científicos desarrollados en materia de viajes espaciales, que cambiaron la concepción del mundo de quienes presenciamos esos acontecimientos. En cambio, las generaciones recientes que ya nacieron dentro de la Era Espacial, no han sentido la misma admiración con estos sucesos, y los ven como algo cotidiano que incluso ya no constituye una noticia de primer orden. Pero, como dijimos, para quienes presenciamos el inicio de la era espacial, estos acontecimientos constituyeron un cambio radical en nuestra vida, tanto por el avance tecnológico logrado por la ciencia, como por la nueva forma de contemplar nuestro planeta. Traspasar el espacio terrestre, había sido sólo tema de novelas de ciencia ficción, producto de la imaginación, el ejemplo más conocido es la obra de Julio Verne, "*De la tierra a la luna*", ese viaje se pensaba como algo irrealizable, como una ficción producto de la fecunda imaginación del escritor.

En este caso, como en muchos otros, la realidad cambia al margen del derecho y los juristas, en muchas ocasiones, son los últimos en hacer acto de presencia ante los nuevos acontecimientos sociales, científicos o de cualquier otra índole, sobre todo cuando se trata de cambios que provienen de los avances de la ciencia y de la tecnología como el derecho informático que fue motivo de estudio años después de que la informática era ampliamente utilizada por la ciencia. Lo mismo ocurrió con los viajes espaciales, han sido estudiados desde el ámbito de la ciencia jurídica, por pocos juristas, a mediados del siglo XX y en la primera década del siglo XXI, la bibliografía latinoamericana es escasa en muchos países, quizá porque su tecnología no ha llegado a desarrollarse en esta materia, de la cual son pocos los países que han alcanzado el nivel suficiente para lanzar naves espaciales. Sin embargo, es preciso distinguir entre los avances en materia de viajes espaciales, envío de satélites, establecimiento de estaciones espaciales, etcétera y los efectos nocivos que pueden producirse en el resto del mundo, con los desechos que se desprenden de las naves espaciales, que se convierten en basura espacial, la cual constituye un problema grave, que

1 FLORIA, Carlos Alberto y GARCIA BELSUMASE, César A., *Historia de los argentinos*, Larousse, Buenos Aires, 1992, p. 323.

preocupa a todos los países y a la que aún no se encuentra la solución para deshacerse de ella.

1. El Derecho Ultraterrestre

El espacio conocido tradicionalmente era el que se utilizaba en la aviación, pero con el envío de satélites, fuera de la órbita que comprendía ese espacio, nace otra versión del espacio, el ultraterrestre.

Todo acontecimiento que ocurre en el mundo, impacta al ámbito del derecho, los viajes al espacio, se incluyeron, al principio, como parte del Derecho Internacional, surgiendo una nueva disciplina jurídica, denominada Derecho Espacial, definido como:

...la rama de la ciencia jurídica que estudia los principios y las normas públicas o privadas, nacionales e internacionales relativas a la navegación del espacio superior y las relaciones consiguientes así como el régimen jurídico de dicho espacio superior y de los cuerpos celestes.²

“Jurídicamente aún no hay un acuerdo en cuanto a la determinación de hasta adonde llega el espacio que corresponde a cada uno de los estados, del cual se ocupa el Derecho Espacial, en relación al tráfico aéreo y el espacio libre”³, éste último es materia de estudio del Derecho Ultraterrestre, ocurre con esta disciplina lo mismo que en la mayoría de las ramas del derecho en la actualidad, quienes “son directamente afectadas por la primacía que está tomando en todo el mundo lo social sobre lo individual, lo internacional sobre lo nacional y la globalización en todo”⁴

Aubert Vignali, señala que el Derecho Internacional ha sufrido modificaciones radicales de fondo, la primera

...fue la aceptación del individuo como sujeto del Derecho Internacional, que en sus inicios no se pensaba siquiera en la posibilidad de que hubiera entre los estados vínculos de carácter contractual o legislativo mucho menos, la relación entre un estado y un particular.⁵

En la segunda etapa de la evolución de esta disciplina aparecen los contratos bilaterales entre determinados países, los acuerdos entre varios estados a los que se les denomina tratados.

2 FERRER, Manuel Augusto, *Derecho Espacial*, Plus ultra, Buenos Aires, 1976, p. 17.

3 *Ídem*, p. 18.

4 VIGNALI, Aubert, *El nuevo Derecho Internacional*, Terra Nova, Buenos Aires, 2008, p. 213.

5 *Ídem*, p. 267.

La tercera etapa se refiere a la comunidad de países organizados jurídicamente, el derecho internacional se interesa por resolver los problemas que han surgido, con todas las actividades relacionadas con la utilización del espacio ultraterrestre, dando origen a una nueva disciplina que se desprende del Derecho Internacional, porque abarca una temática que rebasa los problemas tradicionales del mismo.

Nos parece interesante estudiar una disciplina que no ha tenido mucha difusión, cuyo nombre, aún causa sorpresa, aunque los acontecimientos científicos que le dieron origen, datan de finales de los años 50 del siglo pasado, es decir, hace alrededor de 60 años, son pocos los que se han dedicado al estudio de los problemas jurídicos que resultan de la utilización del espacio ultraterrestre, entre algunos países, por ejemplo, cuando se provoca un daño a la salud por la basura espacial que cae en algún lugar, sin que haya forma de impedirlo ni de reparar los daños ocasionados, por falta de regulación en estos casos, entre los Estados responsables y los perjudicados.

2. Diversas denominaciones de esta disciplina

Las denominaciones a esta materia son muy variadas como afirma uno de los primeros juristas que se ocuparon de ella, Aldo Armando Cocca quien menciona los siguientes⁶ Derecho Interplanetario, Derecho Aeronáutico, Derecho Cósmico, Derecho Interastral, Derecho Sideral e Intersideral, Derecho Extraterrestre, Derecho Ultraterrestre, Derecho Satelitario, Derecho de la locomoción Espacial, Derecho Interplanetario, todos estos nombres surgieron a finales de la década de los 50. Otros autores como Alex Mayer le llamó Derecho Supraatmosférico, el profesor Rubio Tardío se refiere al Espacio Supraterrestre, el Doctor Ortiz de Guinea lo menciona como Derecho Extraatmosférico, el destacado jurista argentino Manuel Ferrer Augusto considera que el nombre más adecuado es el de "Derecho Espacial" siendo el que predominó al principio. En la actualidad, el término de Derecho Ultraterrestre aparece en la mayoría de las publicaciones.

Por lo novedoso de los acontecimientos científicos que dieron origen a esta disciplina, se justifica la gran variedad de nombres que ha recibido.

3. Las fuentes del derecho espacial o ultraterrestre

6 COCCA, Aldo Armando, *Derecho Espacial para la gran audiencia*, Asociación Argentina de Ciencias Aeroespaciales, Buenos Aires, 1970.

Las fuentes del Derecho Espacial son en su origen, la doctrina, porque fueron algunos juristas, no los legisladores, los primeros en ocuparse de los temas de este derecho, discutiendo y proponiendo en primer término el nombre que debería tener, aún como afirmamos al principio, que la bibliografía es escasa, los juristas se interesaron por esta nueva temática, antes que se legislara sobre ella y se firmaran los primeros tratados.

La jurisprudencia es muy importante porque se tienen que ir formando criterios en tratándose de una nueva disciplina en la cual no existen precedentes.

Las leyes nacionales que existen en muy pocos países y las leyes internacionales aprobadas en los tratados constituyen la fuente más importante. Por último, la costumbre y la legislación comparada. Se consideran también algunas fuentes especiales: los coloquios internacionales, la contribución de organismos especializados y las resoluciones de los organismos internacionales.

Los principios elaborados a través de las resoluciones de la ONU en el año de 1962, se refieren a una posible autoridad, pero la realidad reclama la elaboración de principios y normas que regulen o resuelvan primero, la situación en el orden nacional, la navegación en el espacio ultraterrestre, crea relaciones un tanto diferentes a las tradicionales del derecho internacional. Así, el jurista argentino Manuel Ferrer afirma que desde el año de 1956: "En la actividad astronáutica, el avance portentoso de la técnica, está creando urgentes problemas al jurista, se tienen que buscar soluciones para estas nuevas situaciones con la utilización del espacio ultraterrestre."⁷

En los primeros años de la era espacial las actividades espaciales eran principalmente con la finalidad de explorar simplemente el espacio, dándole prioridad a los experimentos científicos con fines militares.

De manera más o menos precisa posiciones relativas sobre la tierra, enviar y recibir señales y recoger datos sobre el tiempo y sobre el clima, más precisos que los que operaban desde la tierra o aeronaves.

4. Los inicios de la Era Espacial

La Era Espacial comenzó el 4 de octubre de 1957 con el lanzamiento realizado por la URSS del Sputnik I. Meses más tarde los Estados Unidos lanzaron su primer satélite. A finales de los años 50, a consecuencia de la llamada Guerra Fría que constituía una amenaza grave de una guerra nuclear, en la Asamblea General de las Naciones Unidas, comenzaron a preocuparse seriamente, sobre los te-

7 FERRER, Manuel Augusto, *Op. Cit.*, p. 19.

mas del espacio, desde el punto de vista del desarme y de los usos pacíficos del espacio ultraterrestre.

Los experimentos de satélites se iniciaron desde los años cincuenta. El progreso de la técnica espacial, se aceleró en 1960 con el Programa espacial de Estados Unidos y más tarde de la URSS. A medida que las tecnologías se perfeccionaban, los científicos e ingenieros se dieron cuenta de que esa nueva tecnología podía servir para una gran cantidad de funciones, para usos civiles y económicos, mucho más eficientemente que con todas las tecnologías hasta ese momento conocidas.

En los años setenta, los primeros satélites experimentales, se convirtieron en vehículos para programas operacionales, aumentando la variedad y la capacidad de esos programas. Antes del años de 1965, Estados Unidos ya habían lanzado 16 satélites con fines de comunicación, a esa década de los sesenta corresponde la serie Mercurio que tuvo como característica específica, la combinación de la observación visual con instrumentos, llegando a la conclusión de que el programa espacial, podía producir importantes beneficios para la investigación sobre la tierra.⁸

A principios de los setenta, los países europeos, algunos estados avanzados del Océano Pacífico y Canadá, se consideraron potencias especiales en materia espacial, como Italia, Francia, Australia, El Reino Unido, Japón y China.

El primer problema jurídico es el que corresponde a la definición y delimitación del espacio ultraterrestre, el espacio aéreo y la órbita geoestacionaria.

No existe acuerdo en cuanto a la determinación de hasta dónde llega el espacio que corresponde a cada estado y el espacio libre. La Comisión de las Naciones Unidas para los usos pacíficos del espacio ultraterrestre, funciona desde 1967, sus siglas son la COPUOS.

Desde el momento en que se inició la era espacial se reconoció que esa nueva frontera quedaba fuera de los límites del Derecho Internacional. Con anterioridad las naciones habían formulado normas y reglamentos que regían las actividades internacionales como los acuerdos sobre navegación, los viajes por aire, largo tiempo después de haberse establecido las prácticas nacionales y de que suscitó la necesidad de codificar las normas existentes que habían recibido aceptación internacional. Por el contrario, de la experiencia del derecho internacional del espacio se tuvo que

8 BROWN, Seyom, *et al.*, *Regímenes Jurídicos para el uso del océano, la atmósfera y el espacio exterior*, Ediciones Tres Tiempos, Buenos Aires, 1982, pp. 153-155.

desarrollar con rapidez como resultado de un esfuerzo imaginativo de innovación en la legislación internacional dentro de las Naciones Unidas.⁹

A partir de 1963 la Asamblea General aceptó la recomendación de la Comisión del Espacio Ultraterrestre, al adoptar la Declaración de los Principios Jurídicos que deben regir las actividades de los estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre. Los principios incluían los siguientes puntos:

La explotación y utilización del espacio ultraterrestre deberán hacerse en provecho de toda la humanidad, el espacio ultraterrestre y los cuerpos celestes podrán ser.

5. El espacio ultraterrestre

El espacio exterior o ultraterrestre es el ámbito cósmico que se extiende más allá del espacio aéreo hasta el infinito.

Esta noción supone a la vez la noción de cosmos, de espacio aéreo y la delimitación de éste con el espacio ultraterrestre.

El cosmos es el Universo que comprende todo lo creado, abarca por lo tanto, ambos ámbitos. La delimitación del espacio aéreo y del ultraterrestre es de fundamental importancia, pues ambos espacios están regidos por regímenes jurídicos diferentes.

Pero existen diversas dificultades científicas y técnicas que “dificultan la delimitación de éstas dos zonas, a lo que debe agregarse un inconveniente de tipo político *producido por el enfrentamiento de los intereses de los Estados y el de la humanidad en la exploración y utilización del espacio, como factor de poder de potencias, o como factor de progreso del género humano*”¹⁰

Desde el punto de vista de la teoría jurídica tradicional, el espacio ultraterrestre se puede considerar de tres formas: como *res nullius*, como *res communis* y como *res communis humanitatis*, de las cuales la que ha prevalecido es la última. En cuanto a considerarlo como *res nullius* se crea el problema de que cualquiera podría apropiárselo. La segunda, como *res communis* se tendría que regir por las reglas del Derecho Internacional, al igual que las que se aplican en los viajes en alta mar.

9 VILLACORTA, Andrés, *Derecho Espacial*, Siruela, Madrid, 2011, p. 332.

10 RODRÍGUEZ DE LA CUEVA, Gerónimo, *El Derecho Internacional en el siglo XX*, Universidad de Navarra, 2010, p. 227.

El jurista argentino Aldo Armando Cocca lo considera como *res communis humanitatis*, este término es el que ha sido acogido por el Derecho positivo en el tratado del 19 de diciembre de 1967 que establece en su artículo 101 los principios que deben regir las actividades de los estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre incluyendo a la luna y otros cuerpos celestes, este tratado fue ratificado por la mayoría de los países, lo que revela la aceptación de esta teoría jurídica acerca del espacio ultraterrestre, estos principios constituyen el estatuto legal del uso del espacio exterior.

“La mayor utilidad de la idea de *res communis humanitatis* es la de salvaguardar la igualdad absoluta de los Estados en cuanto al derecho de utilizar eventualmente el espacio.”¹¹

6. Conclusiones

En la reunión realizada en la ciudad de Manila en 1978 se llegó a la conclusión de que el principio de libertad de exploración y utilización del espacio ultraterrestre forman parte del derecho internacional general, por lo que los Estados la pueden ejercer independientemente de la existencia de un tratado específico.

La ONU a partir de 1990, la considera como un recurso natural que debe ser compartido y utilizado en forma racional y equitativa por todos los estados. Los problemas jurídicos pueden presentarse en el caso de que haya una colisión entre satélites abandonados lo que provocaría que cayeran desechos peligrosos para los satélites que se encuentren en activo.

Lo más importante para los países que no participamos de la exploración del espacio, como es el caso de México y de la mayoría de los países iberoamericanos, algunos asiáticos, los africanos y con excepciones los europeos, es el riesgo ambiental e incluso los países que cuentan con programas espaciales, porque no están exentos de recibir basura espacial en sus propios territorios.

Recientemente nuestro país se vio afectado por la basura espacial que cayó en el Estado de Michoacán, la afectación al medio ambiente es el problema principal, trayendo como consecuencia graves daños a la salud.

El problema provocado por la utilización del espacio ultraterrestre es el del riesgo que tienen todos los países por la basura espacial que consiste en las partes de los cohetes, satélites viejos, restos de explosiones, etcétera, que caen en cualquier lugar, esos desechos pueden provocar la colisión de las naves espa-

11 HALAJEZUK BOHDAN, T. y MOYA DOMÍNGUEZ, María Teresa del R. *Derecho Internacional Público*, Ediar, Buenos Aires, 1999, p. 412.

ciales o bien, ocasionan graves enfermedades en la población, no existiendo un medio efectivo para evitarlo, apenas se está buscando por parte de los científicos, algún sistema que permita evitar los daños provocados por la basura o chatarra espacial, lo que no podemos pasar por alto es la gravedad de este problema que parece no interesar más que relativamente a los juristas.

Bibliografía

- BROWN, Seyom, *et al.*, *Regímenes Jurídicos para el uso del océano, la atmósfera y el espacio exterior*, Ediciones Tres Tiempos, Buenos Aires, 1982.
- COCCA, Aldo Armando, *Derecho Espacial para la gran audiencia*, Asociación Argentina de Ciencias Aeroespaciales, Buenos Aires, 1970.
- FERRER, Manuel Augusto, *Derecho Espacial, Plus ultra*, Buenos Aires, 1976.
- FLORIA, Carlos Alberto y GARCIA BELSUMASE, César A., *Historia de los argentinos*, Larousse, Buenos Aires, 1992.
- HALAJEZUK BOHDAN, T. y MOYA DOMÍNGUEZ, María Teresa del R. *Derecho Internacional Público*, Ediar, Buenos Aires, 1999.
- RODRÍGUEZ DE LA CUEVA, Gerónimo, *El Derecho Internacional en el siglo XX*, Universidad de Navarra, 2010.
- VIGNALI, Aubert, *El nuevo Derecho Internacional*, Terra Nova, Buenos Aires, 2008.
- VILLACORTA, Andrés, *Derecho Espacial*, Siruela, Madrid, 2011.

Presuntos culpables: tecnología y empoderamiento de la diversidad cultural*

Raciel D. Martínez Gómez**

RESUMEN: *Se reflexionará en torno al impacto de la proyección de la película documental mexicana Presunto culpable (2009), dirigida por Roberto Hernández y Layda Negrete. El contexto de análisis se centra en un ámbito mediático que se ha transformado; hoy en día es un contrapeso que visibiliza una serie de actores, grupos, movimientos y situaciones que demandan ser atendidos. Se ubica al filme en el contexto de la globalización, los medios masivos de información (MMI) y las nuevas tecnologías. En un primer momento se hablará de la complejización de los procesos de mediación, entendiendo a los medios masivos en el rol de integradores de un relato que sostiene y valida buena parte de la legitimación cultural. En un segundo aspecto se abordará lo que hemos llamado la paradoja multicultural, que trata la desencialización y pánico, y la tensa reacción de las culturas dominantes frente a la movilidad y visibilización de la diversidad cultural, hecho que nos ayuda a entender todavía mejor el posicionamiento de la cinta. Para cerrar se analiza el marco referencial indispensable para entender por qué un documental cinematográfico influye en la opinión pública en una forma de catarsis muy peculiar.*

ABSTRACT: *“Presumed guilty: empowering technology and cultural diversity” reflect on the impact of the projection of the mexican documentary Presumed guilty (2009), directed by Roberto Hernandez and Layda Negrete. The context of analysis focuses on a media environment that has become, today is a counterbalance to make visible a range of actors, groups, movements and situations that demand to be served. It places the film in the context of globalization, mass media (MMI) and new technologies. At first will discuss the complexity of the processes of mediation, understanding the media in the role of integrators in a story that supports and validates much of the cultural legitimacy. In a second aspect will address what we have called the paradox of multicultural, dealing with the essentializing and panic, and the tense reaction of dominant cultures to mobility and visibility of cultural diversity, a fact that helps us understand even better the positioning tape Hernandez and Negrete. And to close include a third subtitled which analyzes the frame of reference necessary to understand why a documentary film on the influence public opinion in a very peculiar form of catharsis.*

* Artículo recibido el 15 de diciembre de 2011 y aceptado para su publicación el 5 de febrero de 2012.

** Investigador de la Universidad Veracruzana. Doctor en Sociedades Multiculturales por la Universidad de Granada, España. Investigador Nivel 1 del SNI de Conacyt en México.

Palabras clave: Nuevas tecnologías y sujetos contemporáneos, visibilización de la diversidad cultural, medios masivos de información, pánico social, acotamiento del poder. **Key words:** New technologies and contemporary subjects, visibility of cultural diversity, mass media, social panic, dimensions of power.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La complejización de los procesos de mediación. 3. La paradoja multicultural: desencialización y pánico. 4. Insípida apertura política del cine mexicano. 5. Conclusiones. Bibliografía.

1. Introducción

La proyección de la película documental mexicana *Presunto culpable* (2009), dirigida por Roberto Hernández y Layda Negrete, generó una serie de consecuencias¹ que recuerda cuán viva está la especie de que el ámbito mediático se ha transformado en un poder, en un contrapeso que visibiliza una serie de actores, grupos, movimientos y situaciones que demandan ser atendidos.

Se trata de un desafío para el Estado de Derecho contemporáneo: de cómo la tecnología trae consigo un empoderamiento de la diversidad cultural que deberá ser analizado por los estudiosos del Derecho.

En el caso concreto de México, la acelerada visibilización de testimonios a través del cine documental, la televisión, el video y las propias redes sociales, genera una serie de discusiones públicas pertinentes al denunciar un abanico de problemáticas por las que atraviesa el sistema penal. Aunque habría que matizar con relación a esta avalancha de acusaciones en contra del sistema penal, que más bien se trata de señalamientos al proceso penal mexicano, cuestión que difiere sustancialmente cuando se califica a nivel totalizante como si fuese tabla rasa.

Lo que plantean los registros audiovisuales a través del cine documental es la obsolescencia de los procedimientos en el sistema penal mexicano, como la integración de la documentación escrita donde los jueces tienen la última palabra. Ello ha sido acremente criticado en el país, puesto que el juez sesga la argumentación de tal manera que impide una visión completa de los casos y, por ende, las pruebas pasan a un nivel secundario.

1 Esta respuesta mediática puede ponderarse en *EL UNIVERSAL*, "Suben íntegro a Presunto Culpable en YouTube", en: <http://www.eluniversal.com.mx/notas/749820.html>. PÁRAMO, Arturo, "Diputados prevén más interés en la cinta Presunto culpable", en *El Excelsior*, en: http://www.excelsior.com.mx/index.php?m=nota&id_notas=719186. PONCE, Armando, "Gana Presunto culpable un Emmy", en *Proceso*, en: <http://www.proceso.com.mx/?p=282500>. TERRA, "Cinépolis seguirá proyectando el documental Presunto culpable", en: <http://www.terra.com.mx/cine/articulo/1058389/Cinepolis+seguira+proyectando+el+documental+Presunto+Culpable.htm>

Los registros audiovisuales, en la medida también de sus limitaciones formales, evidencian con mayor volumen temporal — a diferencia de lo escrito —, lo que pasa en los juicios donde se plantean las acusaciones con una debilidad supina de pruebas.

Demuestran asimismo el monopolio de la investigación por parte de los Ministerios Públicos, las erróneas integraciones en la investigación y la parcialidad de los jueces y hasta un grosero burocratismo que entorpece, precisamente, el proceso penal.

En consecuencia, el acelerado protagonismo del género documental, que cada año cobra mayor relevancia, favorece la articulación de una reflexión cimera sobre los medios masivos de información y el tema jurídico.

De ahí que el presente artículo reflexionará en torno a dicho impacto, ubicando al filme en el contexto de la globalización, los medios masivos de información (MMI) y las nuevas tecnologías.

Dividimos para ello en tres los apartados del artículo. El primero se refiere a la *complejización* de los procesos de mediación², entendiendo a los medios masivos en el rol de integradores de un relato que sostiene y valida buena parte de la legitimación cultural, como si fuera una pauta que sedimenta el mapa civilizatorio. En un segundo momento abordaremos lo que hemos llamado la paradoja multicultural, que es desencialización y pánico, y la tensa reacción de las culturas dominantes frente a la movilidad y *visibilización* de la diversidad cultural³, hecho que nos ayuda a entender todavía mejor el posicionamiento de la cinta de Hernández y Negrete. Y para cerrar incluimos un tercer subtítulo en donde se analiza el marco referencial indispensable para entender por qué un documental cinematográfico influencia en la opinión pública como *Presunto culpable* que se insertó en una coyuntura catártica ideal para su reverberación social.

Para ubicar el documental de Hernández y Negrete es pertinente una reflexión en torno a los mensajes de cariz denunciatorio que adquieren hoy en día un protagonismo *sui generis*. Sí, en efecto, la diversidad de manifestaciones en donde se ejerce una presión mediática, parece que en la actualidad no tiene control. Las redes sociales que se desprenden de las plataformas de la Internet, la

2 Para mayor entendimiento de la *complejización* recomendamos MARTÍN-BARBERO, Jesús, *Proceso de comunicación y matrices de cultura. Itinerario para salir de la razón dualista*, México, Felafacs-Gustavo Pili, 1989 y PRIETO CASTILLO, Daniel, *Discurso autoritario y comunicación alternativa*, Edicol, México, 1981.

3 Una visión crítica acerca del multiculturalismo la encontramos en SARTORI, Giovanni, *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Taurus, Madrid, 2001 y ZIZEK, Slavoj, "Multiculturalismo o la lógica cultural del capitalismo multinacional", en Jameson, Frederic: *Estudios culturales. Reflexiones sobre el multiculturalismo*, Paidós, Barcelona, 1998.

producción multimedia que se esparce con gran resonancia en diferentes rincones de lo social o las expresiones políticas que se organizan y resisten cualquier embate autoritario como en Egipto, son epifenómenos que avanzan casi sin problema alguno.

Recientemente observamos una vez más la importancia de los medios como un nuevo fiel de la balanza. Por ejemplo, la Oficina en Washington, Estados Unidos, para Asuntos Latinoamericanos (WOLA por sus siglas en inglés), una organización que promueve los derechos humanos, la democracia y la justicia social en Latinoamérica y el Caribe, concedió el Premio de Derechos Humanos de WOLA de 2011 al actor Gael García Bernal por visibilizar la problemática de los mexicanos que deciden migrar hacia el norte, y a Ambulante una organización sin fines de lucro por llevar el cine documental a lugares donde este tipo de películas son poco conocidas⁴. El Premio de Derechos Humanos de WOLA fue creado en 2006 con el propósito de inspirar a futuras generaciones a promover los derechos humanos y la justicia social en Latinoamérica. El premio es concedido cada año a organizaciones y/o individuos cuya labor demuestran un compromiso con el avance de los derechos humanos en Latinoamérica. Los homenajeados previos incluyen a la ex presidenta de Chile, Michelle Bachelet, el senador estadounidense Chris Dodd, el congresista estadounidense Jim McGovern, la Asociación Nacional de Afrocolombianos Desplazados (AFRODES), el Centro de Derechos Humanos de la Montaña Tlachinollan de México y el Secretario General de la OEA, José Miguel Insulza, entre otros.

Lo que acabamos de leer, sí, equipara a dos actores del mundo del entretenimiento, como son Gael y Diego, y a una empresa de comunicación, como sería Ambulante, con políticos y organizaciones que defienden los derechos humanos. Exacto, estamos frente al surgimiento de nuevos mediadores que parten desde diversos ámbitos otrora anatemizados y que ahora asumen un discurso que cuesta trabajo aceptar por determinados politólogos que depositan dicho rol a instancias concretas como los partidos políticos⁵.

4 De acuerdo con la Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México, 11 mil 333 migrantes fueron secuestrados en México entre abril y septiembre de 2010. En agosto de 2010, los cuerpos de 72 migrantes fueron hallados en un rancho de Tamaulipas. Por su parte Gael García Bernal dijo sentirse muy honrado de recibir este premio junto con Ambulante, por las urgentes ganas de dar voz y rostro a las historias de nuestro entorno. La migración es un tema transversal, agregó, donde el drama humano, político, social y económico del mundo, puede ser reducido al viaje legítimo de una persona en búsqueda de un mejor futuro para él/ella y sus hijos (WOLA, "Gael García Bernal, Ambulante y CEDECO recibirán El Premio de Derechos Humanos de WOLA de 2011". En http://www.wola.org/es/noticias/gael_garcia_bernal_ambulante_y_cedeco_recibiran_el_premio_de_derechos_humanos_de_wola)

5 Me parece que estamos en el apogeo de la tercera vía en donde emerge un novísimo concepto de ciudadanía. Ver al respecto: DESOUSA SANTOS, Boaventura, *La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regu-*

Y es que las nuevas tecnologías han modificado el marco de las relaciones sociales; inclusive, se podría afirmar que las nuevas tecnologías han transformado a las sociedades⁶.

Postulamos aquí que las nuevas tecnologías, entre sus principales efectos, han provocado una acelerada visibilización de las problemáticas de las minorías, de grupos que a nivel general no estaban del todo empoderados (Martínez, 2009). En la actualidad las nuevas tecnologías han permitido que las minorías salgan de ese clóset histórico e intenten reivindicar sus derechos. Por eso es tan importante entender la conexión entre nuevas tecnologías y medios masivos de información, porque precisamente de esta relación emana una parte sustancial de la explicación de las cosas que suceden.

Lo anterior, decíamos líneas arriba, se inscribe en el contexto de la globalización. Algunos especialistas han entendido el epifenómeno globalizante como el nuevo jinete del Apocalipsis. En cambio nuestra postura no es que sea precisamente globalifílica, más bien se propone una visión menos binaria y satanizada del asunto⁷.

Para nosotros la globalización es compleja de entender. La globalización es una reestructuración del capitalismo en donde nadie tiene el control asegurado de lo que ocurre, y si no véase lo que aconteció con *Wikileaks* en Estados Unidos y con las redes sociales en Medio Oriente. En esta secuencia, globalización también podría leerse como una revolución de las nuevas tecnologías que inclusive modifica las coordinadas epistemológicas⁸.

lación y la emancipación, ILSA, Ediciones Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1998; GIDDENS, Anthony, *La tercera vía: la renovación de la socialdemocracia*, Taurus, Madrid, 1999; y ORAISON, Mercedes (coord.), CORBO, Daniel J., GALLO, Silvio y VON ZUBEN, Newton Aquiles, *La construcción de la ciudadanía en el Siglo XXI*, OEI, Organización de Estados Iberoamericanos y Octaedro, 2005.

6 En este sentido las nuevas tecnologías, su conocimiento, se ha instalado como el paradigma moderno, vamos, se han vuelto la referencia universal que potencia desde la economía hasta los impactos innegables en la vida cotidiana de los hombres. Sugerimos revisar: GILLMORE, Dan, *Mediactive*, en <http://mediactive.com/book/>, Estados Unidos, 2011.

7 Para integrar una visión contrastada de la globalización, ver BECK, U., *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Paidós, Barcelona, 1997; PUJADES, Joan J., "Mestizaje, cosmopolitismo y nuevas formas de racismo", en: *La interculturalidad que viene: el diálogo necesario*, Icaria, Barcelona, 1998 como opositores, y BARTRA, Roger, *Las redes imaginarias del poder político*, Océano, México, 1996 y GARCÍA CANCLINI, Néstor, *La globalización imaginada*, Paidós, México, 1999 con opiniones favorables.

8 El epifenómeno de las redes sociales y los movimientos políticos puede comprenderse a partir de ÁLVARO Martínez, Daniel, "WikiLeaks como desafío epistemológico", en http://www.cetr.net/es/articulos/sociedad_en_cambio/wikileaks_como_desafio_epistemologico, 2011; DE RIVERA, Javier, "Los Social Media en las Revoluciones de los Países Árabes: Facebook en Túnez", en <http://www.sociologiayredessociales.com/2011/04/social-media-revoluciones-arabes-facebook-en-tunez-redes-sociales/>, 2011, ESTULIN, Daniel, *Desmontando a WikiLeaks*, Planeta, Barcelona, 2011; y UBIETA Gómez, Enrique, *WikiLeaks: sobre la liber-*

Algunas de las consecuencias de la globalización son la diversificación de los procesos identitarios, la identidad comunal y nacional se transforma y se reacciona contra la lógica del mercado.⁹

Hay un resurgimiento nacionalista, originales movimientos sociales que rechazan el Nuevo Orden Mundial, el estado está bajo sospecha por sus discursos inoperantes y hasta se palpa ya un paulatino fin del patriarcado con el evidente ascenso al poder político, social y mediático de las minorías sexuales¹⁰.

En este contexto hay mucho todavía que analizar sobre esta compleja relación entre las nuevas tecnologías y los medios masivos de información que son la punta clave para explicarnos la maraña de eventos y así entender mejor esta sensación de *tsunami* mediático que nos dejó *Presunto culpable* en la opinión pública mexicana.

2. La complejización de los procesos de mediación

Empecemos hablando de la trascendencia de las tecnologías de información y el peso que tienen los Medios Masivos de Información (MMI), también entendidos en su conjunto como esfera mediática, para legitimar la cultura dominante.

En una época donde las tecnologías de la información integran una parte importante de las dinámicas sociales, se requiere a su vez el entendimiento crítico de la esfera mediática.

En los MMI se transversalizan las tensiones entre las culturas dominantes y la visibilización de la diversidad cultural. Los medios masivos en este sentido integran un relato que sostiene y valida buena parte de la legitimación de los grupos culturales, y son una pauta que sedimenta cotidianamente el mapa civilizatorio, pues a través de las rutinas mediáticas se objetivizan algunas de las diferencias culturales.

Decimos que los discursos de los medios masivos de información son trascendentes porque la globalización está en sinergia con los supuestos de reconstrucción neoliberal del mundo. Y la globalización requiere de una compleja red de comunicaciones para impulsar su proyecto.

tad de información y la descontextualización de la historia, en: <http://la-isla-desconocida.blogspot.com/2011/01/wikileaks-sobre-la-libertad-de.html>, 2011.

9 MCKIM, Robert y MCMAHAN, Jeff (comps.), 2003. *La moral del nacionalismo. Volumen II. Autodeterminación, intervención internacional y tolerancia entre las naciones*. Barcelona, Gedisa.

10 CASTELLS, Manuel, *La era de la información. Economía, sociedad y cultura (vol. 2 El poder de la identidad)*, Alianza, Madrid, 1997 y GIDDENS, Anthony, *La transformación de la intimidad. Sexualidad, amor y erotismo en las sociedades modernas*, Cátedra, Madrid, 1995.

Resulta que los sistemas de comunicación audiovisual y multimedia que impulsa la globalización se caracterizan por una extendida diferenciación social y cultural que facilita, en muchos casos, la circulación de discursos emergentes al dominio hegemónico. Por ende estos sistemas de comunicación globalizantes se instalan en una *compleja* contraposición.

Ahora bien, a pesar de que los medios son un eslabón de la *estrategia orgánica de la cultura hegemónica*, no podría distinguirse un comportamiento homogéneo en la representación identitaria, puesto que los procesos de identificación varían según el contexto. En consecuencia, los medios masivos de información podrían ser matrices culturales de acuerdo a sus complicados procesos de mediación para la construcción de identidades.

Las circunstancias y el mismo pensamiento han modificado su mirada cuando se estudia a los medios. Tan sólo el término de receptor se transformó por el de perceptor¹¹.

Esta dimensión mediática la situamos en una encrucijada bajo el crisol de un esquema binario o escondidamente ideológico que observa en bloque, que no matiza los procesos y/o impactos que exógena y endógenamente se hallan en un constante ir y venir de lo macro a lo micro.

Martín-Barbero¹² explica en este sentido que a partir de tres desplazamientos es como la disciplina de la comunicación ha *complejizado* los procesos de mediación y, por ende, vuelto a la comunicación un asunto de cultura (s).

Señala Martín-Barbero que se reconoce la opacidad en los discursos. Es decir, ya no se trata de desvelar en cada mensaje mediático un acto de propaganda sino, en todo caso, una cadena de modos de ver el mundo articulada desde diferentes zonas y que no sólo tenían en exclusivo su lugar de gestación en los medios masivos de información.

Un segundo desplazamiento se ubica en las transformaciones modernas de la ciudad. Cuando apenas se hacinan las urbes, la teoría reacciona *primordializando* la vida rural. El éxodo a la ciudad dificultó la comprensión del *boom* mediático con los asentamientos nuevos, irregulares muchos de ellos, de la gente que migraba del campo a la ciudad.

11 En este contexto seguimos la premisa de PRIETO CASTILLO, Daniel, *Op. Cit.* Aunque permanece un pensamiento que considera a los públicos como mero receptor, como un menor de edad frente a los procesos públicos y/o sociales; este punto de vista revela un ángulo funcionalista como el de la *aguja hipodérmica* (ver MATTELART, Armand y MATTELART, Michele, *Historias de las teorías de la comunicación*, Paidós, Barcelona, 1997) en donde no se le otorgaba ninguna posibilidad de respuesta.

12 MARTÍN-BARBERO, Jesús, *Op. Cit.*

Lo urbano no fue bien visto durante mucho tiempo como ente *antropologizable*. Se asume que las masas urbanas pudiesen tener un espesor cuando asentados ya, generaciones campesinas reubicadas sea en la periferia citadina o en los estados y/o en regiones, se relacionan con la urbe. Este segundo desplazamiento que consigna Martín-Barbero pondera el protagonismo de la masa en la articulación de la relación social cuyo marco es una lucha de ir y venir (la tensión social) entre representaciones de símbolos legitimantes, de resistencia y/o de proyecto.

Gracias a esta modificación del mapa de relaciones de poder/cultura urbana/cultura popular es como surge un tercer desplazamiento. La quiebra del binarismo en la concepción de lo masivo para repensarlo como un espacio de identidades más allá de la unilateral premisa de que los medios por sí solos despojaban de las identidades *primordializadas* — las del campo —, y enajenaban al hombre al sumergirse en la lógica del capital que se reproduce en la ciudad.

Insistiremos que esta *massmedifobia* se sitúa en el contexto de la resistencia latinoamericana que, desde la academia, daba respuestas políticas a la complejidad cultural. Pero, además, se sostiene que esta fobia deviene más que nada de una situación subrepticia, a cual más motivada aunque no reconocida plenamente por el animismo de las corrientes políticas de izquierda.

El tercer desplazamiento habla de apreciar a los medios precisamente como espacio de identidades, es decir, antropologizar los fenómenos de la comunicación.

En este sentido ya no podemos observar a los medios de información como un escenario de procesos autoritarios y/o verticalistas, en donde las audiencias son entes pasivos. No, ya no, y el caso de *Presunto culpable* comprueba cómo esas audiencias se volvieron más complejas y con mayor capacidad de respuesta.

3. La paradoja multicultural: desencialización y pánico

En el mundo contemporáneo los medios masivos de información propician una serie de efectos que es preciso discutir a modo de aproximación, y que dan contexto al epifenómeno mediático de *Presunto culpable*.

Para entender aún más los impactos que provocan los medios masivos de información, conviene revisar la cadena de iconos que generan los medios y que propician la tensa reacción de las culturas dominantes frente a la movilidad y

visibilización de la diversidad cultural, todavía no del todo hegemonizada por los agentes históricos institucionalizados.

Por ejemplo, el estudio de la representación de la diversidad cultural en los discursos audiovisuales permitiría complementar la explicación del surgimiento del *pánico social*. Los cánones identitarios riñen contra la acelerada *visibilización* de los migrantes a causa, entre otros factores, de la negatividad de los discursos mediáticos; pero, también, porque los *imaginarios colectivos* han operado minuciosamente para labrar las condiciones del rechazo social.

Ese *pánico* es efecto del *asco* aprendido con imágenes narradas por los agentes históricos. Cuando el grupo hegemónico percibe en peligro su cosmogonía (Perceval, 1995), reluce sus prejuicios y se contrasta con argumentos primordializantes.

Basada en imágenes, la linealidad histórico-narrativa de un *imaginario colectivo* conserva el *ciclo* de una comunidad. Ese *curso* es relatado como trama completa: desde la reconstrucción de un pasado, definición de un presente y proyección de un futuro¹³.

Por ello, cuando brotan resistencias y/o desviaciones de la línea argumental del relato que sostiene y valida ese *imaginario*, como las noticias *espectacularizadas* de los migrantes, entonces hay reacciones viscerales que apelan a la *época dorada* ubicada por los agentes históricos como origen fundante.

Y esa *época dorada* fundamentalizante es producto de pautas sedimentadas cotidianamente para delinear el mapa civilizatorio de los grupos hegemónicos: la permisividad y lo que se repugna.

La controversia de la diversidad cultural coincide con el posicionamiento de la globalización a principios de los noventa. Podríamos, incluso, aseverar que les asiste cierta razón a los teóricos que han calificado al multiculturalismo como lógica cultural del capitalismo multinacional que responde a los cambios socioeconómicos de fin del siglo XX¹⁴.

Digamos que en este contexto la estabilidad moderna está en dilema por los siguientes factores:

13 Estos escenarios son analizados por ANDERSON, Benedict, *Imagined communities: reflections on the origins and spread of nationalism*, Verso, Londres, 1983 y DIETZ, Gunther, "Etnicidad y cultura en movimiento: desafíos teóricos para el estudio de los movimientos étnicos", *Revista Nueva Antropología*, México, 1999.

14 Sería un *racismo condescendiente* en busca de una distancia equilibrante con los consensos y disensos cada vez más *visibles*. En esta línea insistimos en recomendar a SARTORI, Giovanni, *Op. Cit.* y ZIZEK, Slavoj, *Op. Cit.*

- a) La función del Estado-nación, la ruptura de alianzas federadas y la pérdida de eficacia en sus estrategias de control como serían sus políticas de homogeneización (enclaves, ciudadanía, educación, etcétera);
- b) El brote de grupos y/o movimientos reivindicadores de proyectos económicos, políticos y/ sociales a través de los múltiples canales de *visibilización* que horizontalizan las nuevas tecnologías de la información;
- c) Y la identidad, desde su concepción hasta sus transformaciones *desubtancializadoras* de los territorios y tiempos *dorados* y vuelta híbrida expresión de sentido de los sujetos contemporáneos.

La consecuencia de esta discusión multiculturalista entonces se instala como una paradoja: revertir y/o dudar del origen *desencializa* la violencia de los sentidos comunales (los despresuriza); pero, también, la misma relativización de los imaginarios dominantes exacerba el *pánico*.

Los discursos audiovisuales, y más en la coincidencia de política y tecnología, son un espacio propicio para el análisis de la representación de la diversidad cultural, porque ellos fomentan una parte de ese *magma de tipicidad*¹⁵ en donde actuará la noticia *agigantada*. Así, se podría abreviar en el *imaginario colectivo* problematizado desde las tensiones multiculturales.

La ciudadanía justifica su *pánico* frente al otro basado en el *gigantismo* refractante de los mass media y, por tanto, se requiere de un análisis crítico que intente allanar esas percepciones artificialmente reactivas.

Argumentamos que el *pánico* social no se rige únicamente desde lo mediático; es decir, que no es un efecto directo de los media, sino que la actitud reaccionaria sólo es la punta del *iceberg* de un *magma de tipicidad* cincelado en distintas instancias por los agentes históricos hegemónicos.

Se permea la ideología dominante y toma forma de silueta universal cuando el *magma de tipicidad* es puesto en escena por los discursos audiovisuales de los medios masivos de información: la inocencia del reparto mundial en el cómic, la dictadura apolínea de la televisión o la axiología binarizante del cine.

Lo que ocurre en todo caso con el *gigantismo* refractante de los medios *acecha* al colonizador histórico, ahora absorto por este giro que lo transforma en receptor *agredido*, es que corona el *pánico* porque ya existe una cotidianización de la ideología que soporta la trama.

15 Comprendemos por *magma de tipicidad* a la serie de modelos típicos que metafóricamente sirven de soporte al tejido del *imaginario colectivo* en la sociedad.

Estos *hábitos de sentido* instalaron un relato social/histórico que explica su ser identitario. No es una sorpresa que el mal provenga del Este o del Sur. La información de los discursos mediáticos amplifica el “perfil conflictivo”¹⁶ de los migrantes. Estas fantasías no son asépticas, más bien preparan la xenofobia institucional: La diversidad cultural que es extraña al centro relator y no encajan en el proyecto común de convivencia nacional y/o regional, tienen sus *antecedentes* de escatología excluyentista; mientras que su inclusión es dada por los géneros (Altman, 2002), que *reducen* la rivalización hegemónica entre el centro y los márgenes.

En una especie de entrenamiento, el xenófobo contemporáneo ha aceptado a través de ficciones audiovisuales esta geopolítica en donde se *sobrevalora* su entorno (lugar que licencia la universalización de valores: el hombre, la fe, la solidaridad, el amor) e inferioriza su periferia desde la incubación didáctica de la ideología que se corporiza con los discursos audiovisuales.

Esta ideología es contrastada y comprobada en el *gigantismo* de los discursos mediáticos. Por tanto, la *tipicidad* aludida, sería la consecuencia de los hábitos marcantes y/o restrictivos introyectados por las instituciones y corporizados a través de modelos en los discursos audiovisuales difundidos por los medios masivos de información.

Estos hábitos marcantes y/o restrictivos son en apariencia apolíticos, por ello su presencia no es advertida como significativa; empero estos hábitos cambian a un carácter político y son en extremo autoritarios cuando reclaman la universalidad debilitada por particularismos.

Es como si esa percepción xenófoba permaneciera latente gracias al currículo audiovisual ficcional informalmente adquirido y *estallara* en la realidad con el *agigantamiento* de los discursos mediáticos.

Se trata entonces de una correlación de factores que origina el *pánico* social. No es una labor espontánea de los medios o una labor insular de los discursos audiovisuales; más bien, entenderíamos que ese *magma de tipicidad* se constituye dialécticamente para erigir esos *imaginarios colectivos* que tensionan todavía más los conflictos multiculturales cuando cada grupo sostiene que su particularidad es universal.

16 GRANADOS Martínez, Antolín, “La construcción de la realidad de la inmigración: el inmigrante extranjero en la prensa de Andalucía”, en VV.AA.: *I Jornades per a la integració, la convivència i la ciutadania*; Ajuntament de Terrasa, Terrasa, 2001, pp. 135-168.

Ahora, imagínense en este clima mediático el alcance favorable que puede tener un discurso como el de un documental denunciatorio como *Presunto culpable*.

4. Insípida apertura política del cine mexicano

Con esta reflexión teórica acerca de la función mediática y del rol de los mensajes audiovisuales, es propicio hablar de un panorama específico que ayudaría más a entender el impacto de una película como *Presunto culpable*.

Se trata de la insípida apertura política del cine mexicano. Y es que, pese a la confianza fetichista que se le ha depositado al movimiento de 1968 como un parteaguas impulsor de la apertura política, dentro de los tópicos pendientes del cine en México precisamente está lo político.

A lo largo de la historia el cine mexicano se ha trastabillado al momento de dar a conocer los hechos políticos, entre los que por supuesto está el magro ejemplo del 68 con un par de filmes significativos en cuarenta años. Claro que eso se relaciona con la hegemonía dominante de un sistema monolítico que ha permitido la apertura sexual matizada y permisiva, pero en menoscabo de la reflexión sobre los sucesos políticos.

Recordemos tan solo *La sombra del caudillo* (Bracho, 1960) o *Vámonos con Pancho Villa* (De Fuentes, 1935), cintas *malditas* de alguna u otra forma que permanecieron enlatadas durante largo tiempo. Los hechos que han convulsionado a la sociedad mexicana se remiten a la prensa marginal y/o independiente, pero a los medios masivos de información audiovisuales, como el cine, les ha sido vetada la posibilidad del registro.

En México la política es un *set* al aire libre, sin embargo aún el arte cinematográfico es conservador y restringido. En los Estados Unidos se empapan — porque es tal cantidad de películas que llegan al grado de crear un género en sí —, con filmes que abordan temas complicados como Vietnam; el magnicidio de John F. Kennedy; el *Watergate* tanto en comedia con *Forrest Gump* (Zemeckis, 1994), *thriller* en *All the president's men* (Pakula, 1976) o como en acre crítica tipo *Nixon* (Stone); los escándalos privados de los jefes de la Casa Blanca o el *show* de las campañas presidenciales (*Wag the dog*, Levinson, 1997)¹⁷.

17 O, sencillamente, enfatizan los pequeños/grandes temas del hombre común enfrentado en los tribunales o en el espectro mediático. Se sugiere ver los filmes: *The bonfire of the vanities* (De Palma, 1990), *The insider* (Mann, 1999) y *The firm* (Pollack, 1993).

Mientras que en México desatendemos a Porfirio Díaz o Francisco I. Madero; la huelga de los textiles en Río Blanco; los movimientos obreros de Cananea, Sonora; la huelga de los ferrocarrileros; las protestas de los médicos; la vida del líder de la CTM, Fidel Velásquez; biografías de los líderes petroleros y/o magisteriales y/o de los pepenadores; los fraudes electorales; ascensos y descensos catastróficos de figuras parlamentarias; los conflictos partidistas; el nacimiento de monopolios privados; el Temblor de 1985; las guerras de grupo y/o de élites o la *colombianización* de la sociedad mexicana.

A 17 años del tan convulsionado 1994 no hay un testimonio de la entrada del Tratado de Libre Comercio que vislumbraba un modelo económico de mixto a neoliberal ni del movimiento indígena del Ejército Zapatista de Liberación Nacional que rechazaba su condición y *visibilizaba* la periferia recluida en los imaginarios del clientelismo electoral (el voto verde) e intelectual (el indigenismo). Tampoco existen películas de las muertes de Luis Donaldo Colosio y de Francisco Ruiz Massieu que evidenciaban la escisión del PRI como sistema.

Lo que apareció en el Nuevo Cine Mexicano son atisbos de un discurso velado por las instancias gubernamentales. Se acepta la difusión de productos nimios que estaban enlatados¹⁸, porque además aludían a un discurso de la nomenclatura política que cedía ante los grupos que sostuvieron el paradigma del neoliberalismo.

Por ese motivo no se declara como una apertura total. Posiblemente 68 abrió ciertos espacios como lo evidencia el cine de 1970-1976 en México, donde se dio cabida a proyectos variados, se construyó la Cineteca Nacional (1975) y se crean centros de capacitación para cine. Pero el impulso declarado desde instancias estatales no alcanzó para generar productos representativos del entorno; en todo caso, incluso, se puede asegurar que los tópicos que se narran más bien tienen que ver con una óptica populista.

Se filman *Etnocidio, notas sobre el Mezquital* (Leduc, 1976), *Canoa* (Cazals, 1975), *La pasión según Berenice* (Hermosillo, 1975), *Actas de Marusia* (Littin, 1975), *El apando* (Cazals, 1975) o *Cascabel* (Araiza, 1975) que no alcanzan a cubrir la necesidad *visibilizadora* de la diversidad cultural. El presidente Luis Echeverría Álvarez mostró cierto desdén con la producción, puesto que él anhelaba e insistió públicamente en la necesidad de una retórica orgánica organizada y articulada desde el estado con los directores de cine.

18 Entre las cintas enlatadas se encuentran *Comando marino* (Cardona III, 1990), *El secuestro de un policía* (Crevenna, 1985), *Durazo, la verdadera historia* (De Anda, 1988) e *Intriga contra México* (Pérez Gavilán, 1987).

Diferenciándose por los tonos discursivos, pero las aperturas de 1970-1976 y de 1988-1994 resultaron nuevamente coyunturas para que los aparatos culturales justificaran sus políticas como deslinde de su pasado inmediato y no como la oportunidad de manifestación de los problemas contemporáneos aún no hegemónicos en el canon visual.

Dentro de esta insípida apertura política del NCM destaca por supuesto *Rojo amanecer* (Fons, 1989), celebrada por abordar el tema de la Noche de Tlatelolco. Fons no tuvo margen de maniobra pero fue lo suficientemente hábil para dejar un testimonio de uno de los episodios más difíciles para la sociedad mexicana.

El bulto (Retes, 1990) también aportó con un discurso insinuado una mínima referencia a la represión de 1971 en el Distrito Federal, la llamada *halconiza*. El director sólo ocupa la referencia histórica como una metáfora de la carencia de memoria histórica, pero ni siquiera tenía el propósito de Fons para tocar el tema de manera micro.

En un país con una considerable tradición para la caricatura política, la película *La ley de Herodes* de Estrada (1999) planteaba una crítica refractante. Desfasada del tiempo actual, Estrada desarrolla la situación extrema de una provincia política que reproduce los arquetípicos comportamientos de la clase política corrupta muy en el estilo de la caricatura de Rius. Todavía con el tono de comedia y alejada de una realidad actual, de todos modos fue motivo de censura.

A su vez *Todo el poder* (Sariñana, 1999) habla de la inseguridad en la ciudad de México, la urbe más grande del mundo. Su discurso quizás se diluía, como ocurre con lo cáustico de *La ley de Herodes* y el género de la comedia. Sariñana denuncia la situación como producto, entre otras razones, de la complicidad de las autoridades policíacas. En *Un mundo raro* (Casas, 2001) también hallamos una referencia a la inseguridad. Sariñana entrevistó el *agigantamiento* de una megarbe contemporánea con lo que implica el desvalijamiento de lo grupal y la constitución de identidades a partir de la pobreza discursiva de los *talk show* televisivos.

En este sentido pudieran ser más rescatables *El patrullero* (Cox, 1992) y la saga de *Reclusorio* (Rodríguez, 1995 y 1996), que abordan la psicopatía criminal de un policía o las inclemencias de los reclusorios.

Otro caso de apertura sería *El crimen del padre Amaro* (Carrera, 2002). Ofertada como obra provocadora, resultó una cinta menor con relación al levantamiento mediático de sus expectativas. La filmografía anticlerical ha sido un sello distintivo de México. Tan sólo en los setenta, en el periodo de Luis Echeve-

rría, se produjeron una serie de cintas en donde se denostaba fieramente la religión¹⁹. Acaso *El evangelio de las maravillas* (Ripstein, 1998) aún sea parte de ese discurso anticlerical del echeverriato. Carrera intentó una complejidad verista contextuante — narco, prensa y poder público —, sin gran sustento dramático, mientras que Ripstein concibió un mural pantagruélico en donde la identidad popular es mostrada y manipulada por la religión.

Minorías entonces maltratadas dentro de la comedia o dentro de un discurso exacerbado como el de Ripstein, pero no puestas en escena de una política tensionante tipo 68.

Políticamente el cine mexicano ha sido *correcto* y tiene que pasar el tiempo para admitir la asfixia reductora del contexto de poder (*Rojo amanecer*), la atemporalidad acusante diluida en broma (*La ley de Herodes* y *El bulto*) o la denuncia tibia ante el desamparo y desesperación sociales (*Todo el poder*). Por ello hablar de apertura como tal, pues como que no, como que el 68 no sirvió de mucho al cine mexicano más que, en un ánimo onanista, comerse a los curas o para que adefesios como los de Pérez Gavilán y de De Anda se jacten de haber sido enlataados porque, ajá, seguramente agrietaban al sistema.

5. Conclusiones

Todo este cambio podría leerse en el fondo como un cambio en el modelo de comunicación de la sociedad. Digamos que en el modelo de la sociedad de masas, de principios de siglo pasado hasta finales de la década de los ochenta, la relación del poder a través de la esfera mediática se quedaba a nivel informativo. Se trataba de una comunicación autoritaria en donde poco se reflejaba de los perceptores, concebidos durante mucho tiempo como receptores.

Fue con el surgimiento de las nuevas tecnologías, cuando se da otro modelo de comunicación llamado sociedad red a partir de la década de los noventa. Este modelo permite de alguna forma, o más bien de varias formas, un diálogo entre los perceptores — los públicos, pues —, con los distintos poderes.

Esto modifica sustancialmente el estadio de cosas. Y las cambia porque una antaño masa de receptores pasiva hoy se erige como una diversidad cultural que interpela activamente las diferentes acciones de poder.

Para nosotros el poder sufre un acotamiento mayúsculo, pues para empezar los ciudadanos que antes permanecían inactivos en la etapa contemporánea,

19 Tenemos como ejemplos emblemáticos las cintas *Fe, esperanza y caridad* (Fons, 1972), *La viuda negra* (Ripstein, 1977), *El castillo de la pureza* (Ripstein, 1972) o *La venida del rey Olmos* (Pastor, 1974).

permanecen en constante interpelación de cualquier acción de la autoridad. Además, concretamente con esta democratización de las nuevas tecnologías, se exige una mayor transparencia de la información. Esto trajo consigo, a nuestra manera de ver el mundo, menos poder, menos procesos autoritarios y a favor tenemos mayor participación y diálogo para la toma de decisiones.

De ahí que en este contexto, las revelaciones de una película documental como *Presunto culpable* sean como la primera catarsis de un público ávido para que le cuenten secretos a voces. Así es como debiera entenderse el documental: una prueba más de cómo los nuevos sujetos sociales salen del clóset con todo un puñado de mediadores armados de valor con la esfera mediática tan amplia y anónima que casi nadie los puede parar y, mucho menos, normar. Por ello la importancia de que los estudiosos del derecho conozcan de estas novedades que nos depara la tecnología con su respectivo empoderamiento de la diversidad cultural.

Bibliografía

- ÁLVARO Martínez, Daniel, "WikiLeaks como desafío epistemológico", en http://www.cetr.net/es/articulos/sociedad_en_cambio/wikileaks_como_desafio_epistemologico, 2011.
- ANDERSON, Benedict, *Imagined communities: reflections on the origins and spread of nationalism*, Verso, Londres, 1983.
- BARTRA, Roger, *Las redes imaginarias del poder político*, Océano, México, 1996.
- BECK, U., *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Paidós, Barcelona, 1997.
- CASTELLS, Manuel, *La era de la información. Economía, sociedad y cultura (vol. 2 El poder de la identidad)*, Alianza, Madrid, 1997.
- DE RIVERA, Javier, "Los Social Media en las Revoluciones de los Países Árabes: Facebook en Túnez", en <http://www.sociologiayredessociales.com/2011/04/social-media-revoluciones-arabes-facebook-en-tunez-redes-sociales/>, 2011.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, ILSA, Ediciones Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1998.
- DIETZ, Gunther, "Etnicidad y cultura en movimiento: desafíos teóricos para el estudio de los movimientos étnicos", *Revista Nueva Antropología*, México, 1999.
- EL UNIVERSAL, "Suben íntegro a Presunto Culpable en YouTube", en: <http://www.eluniversal.com.mx/notas/749820.html>
- ESTULIN, Daniel, *Desmontando a WikiLeaks*, Planeta, Barcelona, 2011.
- GARCÍA CANCLINI, Néstor, *La globalización imaginada*, Paidós, México, 1999.
- GIDDENS, Anthony, *La tercera vía: la renovación de la socialdemocracia*, Taurus, Madrid, 1999.
- GIDDENS, Anthony, *La transformación de la intimidad. Sexualidad, amor y erotismo en las sociedades modernas*, Cátedra, Madrid, 1995.
- GILLMORE, Dan, *Mediactive*, en <http://mediactive.com/book/>, Estados Unidos, 2011.
- GRANADOS Martínez, Antolín, "La construcción de la realidad de la inmigración: el inmigrante extranjero en la prensa de Andalucía", en VV.AA.: *I Jornades per a la integració, la convivència i la ciutadania*; Ajuntament de Terrasa, Terrasa, 2001.
- MARTÍN-BARBERO, Jesús, *Proceso de comunicación y matrices de cultura. Itinerario para salir de la razón dualista*, México, Felafacs-Gustavo Pili, 1989.
- MATTELART, Armand y MATTELART, Michele, *Historias de las teorías de la comunicación*, Paidós, Barcelona, 1997.

- MCKIM, Robert y MCMAHAN, Jeff (comps.), 2003. *La moral del nacionalismo. Volumen II. Autodeterminación, intervención internacional y tolerancia entre las naciones*. Barcelona, Gedisa.
- ORAIÓN, Mercedes (coord.), CORBO, Daniel J., GALLO, Sívlio y VON ZUBEN, Newton Aquiles, *La construcción de la ciudadanía en el Siglo XXI*, OEI, Organización de Estados Iberoamericanos y Octaedro, 2005.
- PÁRAMO, Arturo, "Diputados prevén más interés en la cinta Presunto culpable". en El Excelsior, en : http://www.excelsior.com.mx/index.php?m=nota&id_notas=719186
- PONCE, Armando, "Gana Presunto culpable un Emmy", en *Proceso*, en: <http://www.proceso.com.mx/?p=282500>
- PRIETO CASTILLO, Daniel, *Discurso autoritario y comunicación alternativa*, Edicol, México, 1981.
- PUJADES, Joan J., "Mestizaje, cosmopolitismo y nuevas formas de racismo", en: *La interculturalidad que viene: el diálogo necesario*, Icaria, Barcelona, 1998.
- SARTORI, Giovanni, *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Taurus, Madrid, 2001.
- TERRA, "Cinépolis seguirá proyectando el documental Presunto culpable", en: <http://www.terra.com.mx/cine/articulo/1058389/Cinapolis+seguira+proyectando+el+documental+Presunto+Culpable.htm>
- UBIETA Gómez, Enrique, *WikiLeaks: sobre la libertad de información y la descontextualización de la historia*, en: <http://la-isla-desconocida.blogspot.com/2011/01/wiki-leaks-sobre-la-libertad-de.html>, 2011.
- WOLA, "Gael García Bernal, Ambulante y CEDECO recibirán El Premio de Derechos Humanos de WOLA de 2011". En http://www.wola.org/es/noticias/gael_garcia_bernal_ambulante_y_cedeco_recibiran_el_premio_de_derechos_humanos_de_wola
- ZIZEK, Slavoj, "Multiculturalismo o la lógica cultural del capitalismo multinacional", en Jameson, Frederic: *Estudios culturales. Reflexiones sobre el multiculturalismo*, Paidós, Barcelona, 1998.

Omnisciencia y trandisciplinarietà. Los enredos del idealismo en la reforma penal mexicana 2007-2008*

Salvador Martínez y Martínez**

RESUMEN: *La reforma penal no triunfó sobre la política criminal. El estudio muestra la necesidad de un conjunto de axiomas comunes para diversas ciencias. No es el conocimiento de todas las cosas reales y posibles; es la posibilidad de que el descubrimiento de un dato nuevo o ignorado hasta el momento una vez más sea un problema. La finalidad es atender a las víctimas. Es decir, todas las personas que sufren, por cualquier motivo. No sólo víctimas de delitos o de abuso de poder.*

Palabras clave: *ciencia, derecho penal y criminología.*

ABSTRACT: *Penal reform not triumphed over the criminal politics. The study shows the need for a set of common axioms for various Sciences. It is not the knowledge of all things real and potential; It is the possibility that the discovery of a new or unknown fact far once more is a problem. The purpose is to deal with the victims: all persons who suffer, for any reason. Not only victims of crimes or abuse of power.*

Key words: *science, criminal law and criminology.*

SUMARIO: Introducción. 1. El estado de terror. 2. La justicia victimal. 3. La herencia de la criminología crítica. 4. Últimas consideraciones. Bibliografía.

Introducción

El presente estudio tiene como objetivo mostrar los enredos del idealismo en la reforma penal mexicana 2007-2008, ya que éstos se presentan tantas veces como los idealistas se doblegan ante el poder de castigar. No se tocará un solo aspecto aislado de la reforma, sino que se intenta una visión de conjunto de la misma, esto es, el asunto que ocupará la atención es la *política criminal* que orientó dicha reforma. El camino para alcanzar aquella meta general supone lograr previamente los siguientes objetivos específicos:

* Artículo recibido el 9 de enero de 2012 y aceptado para su publicación el 26 de febrero de 2012.

** Maestro en Ciencias Penales y actualmente ocupa el cargo de Secretario Técnico del Consejo Consultivo para la implementación del Sistema de Justicia Penal en Veracruz.

- a) Describir el estado de terror (la bestia);
- b) Distinguir los hitos históricos del derecho penal en México; y,
- c) Explicar que la transdisciplinariedad no es omnisciencia sino sabiduría.

En México es necesario terminar con dos racionalizaciones que surgen a partir de la reforma penal 2007-2008: la primera se refiere a la idea de que en la ley mexicana se ha construido un sistema de justicia penal con orientación democrática, que concilia derechos y garantías de los ciudadanos con protección de la sociedad. Aunque con cierta desfachatez se acepte que la práctica ande por otros caminos. La segunda consiste en afirmar que la reforma constitucional al sistema de justicia penal (2007-2008) incorpora dos sistemas: uno de carácter supuestamente ordinario, con amplios derechos y garantías; y otro de naturaleza supuestamente excepcional, con derechos y garantías recortados, aplicable a la delincuencia organizada.

En la ley y en la práctica es necesario reconstruir el único sistema penal que existe y ha existido en México, el cual está centrado en el *delincuente* (ni siquiera en la persona acusada de delito) y que carece de novedad alguna, pues se trata de una reproducción de la consigna "*primero fusilo, luego 'viriguo'*"; la que puede rastrearse desde el siglo XVIII y con el *Tribunal de la Acordada* en México¹ Todo lo que ocurre es que aún coexisten el derecho penal primitivo y el derecho penal tradicional con su impronta vindicativa: causar el mal por el mal causado.

Octavio Paz pone el dedo en la llaga cuando afirma que no tenemos desde hace 50 años ninguna gran filosofía política universal. En el siglo XXI se necesitará de la imaginación política. La imaginación de Aristóteles, de Tomás de Aquino, de Maquiavelo, de Hobbes, de Marx tendrá que recrearse en nuevos modelos políticos.

Hay tres elementos de la tradición política moderna que deben reintegrarse en una futura filosofía política: la tradición liberal, que nace de la Enciclopedia; la tradición democrática, de convivencia política, entre una mayoría y diversas minorías, donde hay respeto a los derechos humanos, y la tercera, la herencia socialista, cuyas raíces están en la aspiración ética hacia la igualdad y la justicia. Todas ellas deben ser recreadas, reinterpretadas, repensadas, recogidas por una nueva filosofía política. Es esto o la barbarie: destrucción del medio ambiente o el suicidio nuclear.²

Ante ese panorama, no sorprende que el principio de la «razón de estado» (*ragione di stato*) exija que se ponga en práctica todo lo que sirva al poder punitivo. Por el contrario, una investigación encaminada hacia la justicia victimal, tiene

1 MACLAFLAN, Colin M., *La justicia criminal en el siglo XVII. Un estudio sobre el Tribunal de la Acordada*. SEP-Setentas, 1976.

2 ARRIOLA, J.F., *La filosofía política en el pensamiento de Octavio Paz*, UNAM, México 2008.

por exigencia poner en práctica todo lo que esté al servicio del poder de la inteligencia. Este principio, con la terminología de Antonio Beristain Ipiña, se enuncia del siguiente modo: “Castigar nunca”.³ La tensa alternativa es evidente: o la exigencia es poner en práctica lo que sirva al poder de castigar; o el principio es poner práctica todo lo que sirva al poder de la inteligencia y nunca castigar. Si la primera proposición simple enunciada es verdadera, entonces la segunda es falsa. Por el contrario, si ésta es la proposición verdadera, entonces aquella es falsa. No existe la posibilidad de transigir, ya que se está ante una oposición contradictoria.⁴

La perspectiva inicial del escrito es jurídica, pero la intención no es que se cierre sobre sí misma, sino que manifieste apertura hacia otros saberes. Por lo expuesto, es preciso intentar aclarar el asunto:⁵

- a) La actividad interdisciplinaria consiste en la yuxtaposición de disciplinas que se suponen más o menos relacionadas.
- b) La tarea pluridisciplinaria es la interacción existente entre dos o más disciplinas diferentes. Tal interacción puede ir de la simple comunicación de ideas hasta la integración mutua de *conceptos* directivos, metodología, procedimientos, epistemología, terminología, datos y la organización de la investigación y la enseñanza en un campo más bien grande.
- c) En cuanto a la transdisciplina, el quehacer indagatorio aspira al establecimiento de una axiomática común para un conjunto de disciplinas, pero se reconoce que es solamente una pretensión.

El problema que se aborda es la negación de la relación derecho penal y política. El planteamiento pertenece a Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar: es tan obvio que el derecho penal no puede permanecer separado de la política que, para evitar el escándalo de semejante negación, se inventó un sustituto que da la impresión de mantener la interdisciplinariedad.⁶

El problema planteado impone un comentario. La política criminal se define como la política estatal de lucha contra el crimen, cuando – en la realidad –, ha pasado a ser la ideología que orienta el control social punitivo. Todo comienza con la creencia de que la criminología es el estudio de las causas del delito y, en-

3 BERISTAIN, A., *La dignidad de las macrovíctimas transforma la justicia y la convivencia (In tenebris lux)*, Editorial Dykinson S. L., Madrid, España 2010, pp. 135 y ss.

4 “La alternativa $X \# Y$ (léase ‘o X o Y) designa la proposición que sólo es verdadera en el caso en que X sea verdadera e Y falsa, o en el caso de que X sea falsa e Y verdadera.”

5 APOSTEL, L. Berger, G. y otros. *Interdisciplinariedad. Problemas de la enseñanza y de la investigación en las universidades*, tr. F. J. González Ortiz, ANUIES, México, 1979.

6 ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A., SLOKAR, A., *Manual de Derecho Penal, Parte General*, EDIAR, Buenos Aires, Argentina, 2005.

tonces, se piensa que la política criminal es el estudio de los medios para combatir esas causas. Todo esto ya pasó a la historia del pensamiento, pero pareciera que en algunos estados nacionales llegó para quedarse en las políticas de seguridad pública.

Se considera que Manuel Atienza está de parte del poder de la inteligencia cuando afirma que los órganos públicos no pueden limitarse a tomar decisiones; tienen que dar, en relación con las mismas, razones de una cierta calidad⁷. Este asunto no es del agrado de los políticos y buscan evadirse de tales controles, así sea a costa de trastocar (trastornar, revolver) la constitución de un país. Sin embargo, antes de dar cuenta de ello, se juzga necesaria una descripción del estado de terror para, por lo menos, vislumbrar a dónde pueden llevar el consentimiento a tales evasiones o la complicidad con ellas.

1. El estado de terror

Durante una conferencia dictada el 16 de junio de 1961 en la Dirección de Investigaciones de la Policía Federal, Luis Jiménez de Asúa ofrecía la razón por la cual él, en vez de hablar en singular y decir *ciencia criminal*, prefería expresarse en plural y decir: ciencias penales o ciencias criminales. Las siguientes son sus palabras: “Mientras que las dudas y las diversas orientaciones persistan, debemos reconocer que la criminología es un conjunto de ramas, tal vez científicas por ellas mismas, pero que no llegan a formar una verdadera ciencia única y menos todavía una ciencia homogénea:...”⁸.

El hecho es que en México se le sigue otorgando preferencia a la expresión “ciencias penales” en lugar de *ciencia penal*⁹ y se sigue adelante con la pretensión (o aspiración) de llegar una verdadera ciencia única que algunos idealistas conciben como omnisciencia, es decir, ellos aspiran a tener — atributo exclusivo de Dios? un conocimiento de todas las cosas reales y posibles. Luis Rodríguez Manzanera le llama: “super-ciencia”¹⁰.

La pretensión de omnisciencia trajo a la memoria uno de esos extraños personajes bíblicos: el arcángel Miguel. Este nombre quiere decir “*Quién es como Dios*” y, entre otros textos, aparece en el Apocalipsis: “*Entonces se desató una ba-*

7 ATIENZA, M., “Constitucionalismo, Globalización y Derecho”, en *Interpretación y Razonamiento Jurídico*, Manuel Atienza y otros, Ara Editores, Lima, Perú 2009, pp. 19-39.

8 JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Derecho Penal, Criminología y otros temas penales. Relaciones de la ciencia criminal y el derecho penal comparado*, Vol. 2, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2005, pp.19-34.

9 CONTRERAS LÓPEZ, R., *Derecho Penal: Parte General*, Universidad Veracruzana, Xalapa, Veracruz, México, 2009, p. 23.

10 RODRÍGUEZ MANZANERA, L., *Criminología*, Editorial Porrúa S. A., México, 1979, p. 13.

talla en el cielo: Miguel y sus ángeles combatieron contra el dragón. Lucharon el dragón y sus ángeles, pero no pudieron vencer, y ya no hubo lugar para ellos en el cielo. El dragón grande, la antigua serpiente, conocida como el Demonio o Satanás, fue expulsado: el seductor del mundo entero fue arrojado a la tierra y sus ángeles con él." (12, 7-9). La escena apocalíptica guarda una curiosa relación con México, pues se trata de un aspecto de la lucha de la mujer con el dragón. Esta mujer está identificada por algunos como María de Guadalupe, ya que el Apocalipsis la describe del siguiente modo: "Apareció en el cielo una señal grandiosa: una mujer vestida del sol, con la luna bajo sus pies y una corona de doce estrellas sobre su cabeza. Está embarazada y grita de dolor, porque le ha llegado la hora de dar a luz." (Ap. 12, 1-2).

Sin embargo, los intérpretes ven también en esa mujer el símbolo de la humanidad y su historia dolorosa en lucha contra la bestia. Se considera que la remembranza es de suma importancia porque la descripción del estado de terror no tiene como finalidad *satanizar* al estado (el estado no tiene su origen en satanás) sino advertir con toda seriedad que el estado puede degenerar en un poder bestial y, por lo tanto, feroz. El estado, obra naturalmente humana, históricamente ha abusado del poder político para ejercer el terror.

*El estado de terror*¹¹. Un rodeo permite echar un vistazo a esa realidad. Se le dio entrada a dos términos ingleses *politics* (política) y *policy* (políticas públicas), términos útiles para confundir y confundirse. Así que para distinguir y unir tales términos, conviene seguir a Ernesto Garzón Valdez en su libro *Calamidades*¹². En su obra este autor se refiere a seis calamidades: intervenciones humanitarias armadas, la pretendida relevancia moral de la diversidad cultural, el terrorismo de Estado, el terrorismo no institucional, la corrupción y siempre la guerra. El terrorismo de estado será el objeto de la descripción.

Hablar del estado de terror exige tener presente que se trata de una calamidad y que quiere pasar ante la gente como una catástrofe. Ernesto Garzón Valdés considera que la calamidad es un desastre que resulta de acciones humanas intencionales y dentro del cual cabe hablar de responsabilidad normativa (moral o jurídica). En tanto que la catástrofe considera que es una desgracia provocada por causas naturales que escapan al control humano y en la que no cabe hablar de responsabilidad normativa (moral o jurídica).

11 El fenómeno que se describe a continuación no se refiere a México ni a algún país en particular. Se trata de plantear un problema de mero conocimiento.

12 GARZÓN VALDÉS, E., *Calamidades*, Gedisa, México, 2004.

Se ha dicho que no existe la intención de satanizar al estado, pero el embuste de la política criminal alcanza tintes demoniacos¹³:

1. El terrorismo de estado principia con la afirmación de una «guerra vertical» con un enemigo infiltrado en todos los niveles de la sociedad, que suele actuar como agente de una confabulación internacional cuya finalidad es la eliminación de valores aceptados como absolutos por quienes detentan el poder.
2. Continúa con la delimitación imprecisa de los hechos punibles y eliminación del proceso judicial para determinar la comisión de un delito.
3. Después, le sucede la imposición clandestina de medidas de sanción estatal prohibidas por el orden jurídico oficialmente proclamado (torturas y homicidios).
4. Más tarde se presenta la aplicación difusa de medidas violentas de privación de la libertad, la propiedad o la vida, con prescindencia, en muchos casos, de la identidad del o de los destinatarios de las mismas y de los actos u omisiones de los que puedan ser responsables. Y,
5. No se hace esperar la acción de infundir en la población el temor fundado de que, en principio, nadie está a salvo de la coacción arbitraria por parte de los órganos gubernamentales.

Después de esto, Garzón Valdés expone una noción del terrorismo de estado:

El terrorismo de estado es una forma del ejercicio del poder estatal cuya regla de reconocimiento permite y/o impone, con miras a crear el terror generalizado, la aplicación clandestina, impredecible y difusa, también a personas manifiestamente inocentes, de medidas coactivas prohibidas por el ordenamiento jurídico proclamado, obstaculizando o anulando la actividad judicial y convirtiendo al gobierno en agente activo de la lucha por el poder.¹⁴

El mismo pensador explica que los autores de calamidades, como el terrorismo de estado, adoptan siempre alguna estrategia de justificación. La necesidad de eludir la condena moral o jurídica está presente en todo ser humano y es tanto mayor cuanto mayor es la responsabilidad imputada¹⁵. Tratándose del terrorismo de estado, la estrategia de justificación comprende los siguientes argumentos, los cuales, parafraseando a Garzón Valdés¹⁶, se presentan aplicados a la delincuencia:

13 *Ídem*, pp. 141-158.

14 *Ibidem*, p. 155.

15 *Ibidem*, p. 12.

16 *Ibidem*, pp. 158-163.

- 1) El argumento de la eficacia: la imposición del terror estatal es la forma más eficaz de combatir la delincuencia. Es notable como se alega sobre la ineficacia de las instituciones judiciales.
- 2) El argumento de la imposibilidad de identificar al delincuente: ello exige la aplicación difusa de medidas coactivas.
- 3) El argumento de la simetría de medios de lucha: la respuesta cabal a la delincuencia es el reforzamiento del monopolio de la violencia estatal a través de medios equivalentes a los utilizados por los delincuentes.
- 4) El argumento de la distinción entre ética pública y ética privada: en el campo de la política, desde el punto de vista ético, a diferencia de lo que sucede en el ámbito de las acciones privadas, lo decisivo para juzgar el comportamiento de quienes detentan el poder es el resultado alcanzado. Si el resultado logrado por la vía del terrorismo de estado es la paz, se obtiene así el fundamento necesario para una verdadera sociedad democrática.
- 5) El argumento de la inevitabilidad de consecuencias secundarias negativas: el fin que persigue la imposición de medidas difusas y clandestinas de represión es la paz y la seguridad. Que como efecto secundario ello implique la destrucción de vidas humanas, es algo perfectamente justificable.
- 6) El argumento de las «elecciones trágicas»: la delincuencia coloca al estado frente a una situación que podría ser calificada como de «elección trágica»: si no se da respuesta a la delincuencia, se pone en peligro la existencia misma del estado.
- 7) El argumento de la primacía de valores absolutos: existen valores político-sociales que valen absoluta e incondicionalmente. Quienes se oponen a ellos, sea dudando acerca de su incuestionabilidad, sea dificultando en la práctica su realización, se convierten en enemigos irreconciliables del orden social y, por lo tanto, su eliminación está justificada.

Los argumentos identificados con los números 1), 3) y 6) son falsos porque no toman en cuenta que una respuesta eficaz a la delincuencia tiene que dar satisfacción simultánea a una doble exigencia: el afianzamiento de la legitimidad del sistema y la deslegitimación del desafío criminal. Esta doble exigencia vale tanto con respecto a la posible superación de las causas de la criminalidad cuanto con respecto a los medios utilizados para combatirla. El argumento marcado con el número 2) es falso porque se trata de una «represión preventiva». Bajo el argumento señalado con el número 4) subyace la llamada razón de estado y una concepción de la legitimidad que tiende a identificarla con la estabilidad y la le-

gitimación de los sistemas políticos; también es falso. La doctrina del doble efecto, que se encuentra en el trasfondo del argumento identificado con el número 5), es éticamente inadmisibles porque, al permitir justificar cualquier acción, equivale a una norma de comportamiento que deja en manos de sus destinatarios la exclusiva decisión acerca de cuándo ha sido violada, algo que contradice, por lo demás, el concepto mismo de norma. La falsedad del argumento 7), se pone en evidencia con las expresiones mismas de que sus partidarios son absolutistas y fanáticos, esto es, no soportan la tolerancia.

¿En todo está la política? La dogmática jurídica se presenta a la sociedad bajo la apariencia de una ciencia, que cumple una función técnica, pero hay quien considera que la dogmática cumple una función política de primer orden, ya que reproduce la visión de mundo hegemónica en la sociedad. En esta reflexión habrá que partir del problema de fondo y éste es que vivimos en un mundo de injusticias y la dogmática jurídica puede estar contribuyendo a mantener y reproducir esa injusticia. La finalidad de un martillo es la construcción de artefactos al servicio del ser humano, pero es indudable que puede ser utilizado para romperle la crisma a alguien. Otro tanto pasa con la dogmática jurídico-penal su finalidad es construir un sistema de decisiones coherentes, congruentes y estéticas para el servicio de la jurisprudencia y, en última instancia, para construir el estado constitucional de derecho. Habrá que ser políticos, ya que habrá que ser creativos.

Al respecto se deberá tener presente que existe una imagen dominante del poder de castigar.¹⁷ a) En primer lugar los legisladores que hacen la ley; b) Luego los jueces, que la aplican; c) En último lugar las agencias ejecutivas (policías), que cumplen las órdenes de los jueces.

En este contexto, Zaffaroni considera la imagen dominante del poder de castigar. No se negará lo expuesto, pero se afirma que en México es más que una imagen y no es tampoco una simple idea, se trata de una *creencia cuasi-religiosa*. Aunque, en efecto, el punto de arranque es una imagen, la de "Jesús-Juez". A este respecto se torna paradigmática la comunidad de San Juan Chamula, el pueblo principal de los Tzotsiles. El aspecto más sobresaliente de esta comunidad es la atmósfera mágica que se guarda en el interior de la Iglesia principal; en ella los chamulas participan en los rituales sincréticos con una devoción y solemnidad únicas en el país, introducidas por los evangelizadores del siglo XVI, y adaptadas a las tradiciones religiosas más antiguas.

En México no basta proponer una imagen diferente para caer en la cuenta de la realidad del poder de castigar, es necesaria *una conversión*, pero ¿En nombre

17 ZAFFARONI, E. R., *Estructura Básica del Derecho Penal*, EDIAR, Buenos Aires, Argentina, 2009, p. 19.

de qué? Antonio Beristain propuso: «*En nombre de las víctimas, es decir, todas las personas que sufren, por cualquier motivo, sin limitarse a las producidas por los delitos y los abusos de poder*»¹⁸. Si a la voz *convertir* se le quita el énfasis religioso, se podría afirmar que es necesaria aquella conversión para comprender que las penas están perdidas y que las teorías idealistas de la pena no la legitiman.

2. La justicia victimal

El *Movimiento Ciudadano por la Paz con Justicia y Dignidad* en México, uno de cuyos líderes es el poeta Javier Sicilia, pero cuya fundación se descubre en las miles de víctimas de la *política criminal*, es un ejemplo de lo que están haciendo los ciudadanos de a pie para cambiar el actual estado de cosas. Pero, si se observa con atención el abanico de posibilidades en ámbito del derecho, una de las implicaciones transdisciplinares de la reforma penal en México, quizás la principal, es la necesidad de transformar el derecho penal.

Se pueden tomar prestadas las palabras de Antonio Beristain Ipiña para expresar dicha necesidad:

Aparentemente comentaré esto: la evolución que mejora la Dogmática penal; pero, realmente no pretendo *mejorar* la Dogmática penal, pretendo *transformarla* (en clave metaracional). Espero lograr algo *distinto* que la Dogmática penal. Procuró que entre todos, legisladores, juristas, sociólogos, filósofos, Universidad, teólogos de religión exotérica (no esotérica)... pensemos, sintamos y creemos una Dogmática *nueva*, centrada en las víctimas, macrovíctimas, protagonistas axiológicas. Una Dogmática *victimal* que dista de la actual como el oriente dista del occidente.¹⁹

Las palabras clave del párrafo transcrito son *pensar, sentir, crear*. De cara a la realidad, en el caso (frente a las víctimas de una política criminal), *sentir* es lo primero, ya que el *sentir* nos ubica en el tiempo presente. Si se quiere profundizar en el asunto, cabe decir que también se le está buscando algún *sentido* a la reforma penal.

Si se le observa a la luz de las categorías del jesuita, jurista, victimólogo y teólogo español el sentimiento que lleva en sí la reforma penal mexicana es pesadumbre. Esto es, se siente molestia, desazón, padecimiento físico o moral al contemplar en la Constitución mexicana reformada los principios de “la dogmática penal de ayer”. No produce ningún consuelo leer en el texto de Beristain que: “El axioma *in dubio pro reo* significó un avance importante en la historia de la Dogmática penal y ciencias afines, pues cercenó la violencia, la agresividad, la venganza... del Dere-

18 BERISTAIN, A., *Op. Cit.*, pp. 18-33.

19 BERISTAIN, A., *La dignidad de las macrovíctimas transforma la justicia y la convivencia (In tenebris lux)*, Editorial Dykinson S. L., Madrid, España 2010, p. 139.

cho penal primitivo. Abrió la puerta a la aportación ‘humanista’ de la ley del talión:...”²⁰. No produce ningún alivio porque si se atiende a los datos con que operan las ciencias sociales, entonces todo parece indicar que en México no se logró siquiera superar (vencer) la fase del derecho penal primitivo.²¹

No obstante, si se piensa sobre lo sentido, o mejor aún, sobre el *sentido* de las cosas, la adversidad sospechada es un reto. No se puede convertir este mundo en el muro de las lamentaciones. El desafío se origina en el guante lanzado por Antonio Beristain, quien habla en nombre de las víctimas cuya dignidad transforma la justicia y la convivencia.

Antonio Beristain no aclara en su escrito qué entiende por «Dogmática penal», pero el contexto permite inferir que utiliza la expresión como sinónimo de *saber jurídico*. La única dificultad es que en esta ocasión le otorga un significado amplísimo que abarca al saber sobre derecho procesal penal. Conviene la precisión, pero por el momento esa amplitud carece de importancia, pues la reforma penal mexicana indebidamente suele observarse como una reforma meramente procesal, lo cual es inexacto según se mostró en otro lugar²².

Antonio Beristain explica que:

Este axioma tradicional *in dubio pro reo* figura entre las grandes conquistas pretéritas de los juristas en general y de los penalistas en particular: Propugna una cosmovisión de calidad humana superior a la de culturas anteriores. De él ha brotado y derivado, por ejemplo, el axioma de la opción preferencial en favor de los débiles, que tanto proclaman los autores de la Carta de la Tierra, reconocidos juristas y teólogos de la liberación.

Después de tantos siglos de vigencia (como todo evoluciona, todo fluye, en formulación de Heráclito), este principio *prograsa*, de manera que se presiente algo nuevo... “el despliegue de lo otro”. Este futuro “lo otro” es, según los victimólogos, el axioma *in dubio pro víctima* (ante la duda, a favor de la víctima). Lo pide, con serios argumentos, la moderna Victimología.²³

Por todo lo expuesto, es posible establecer o descubrir dos hitos históricos del derecho penal mexicano, tomando como referencia inicial la independencia de

20 *Ídem*, p. 140.

21 Se pretendió acudir a los datos del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) y se renunció a ello, pues al hablar de los delitos utilizan las categorías de “presuntos responsables”, sin percatarse de que en un estado de derecho: toda persona acusada de delito se presume inocente hasta que no se pruebe su culpabilidad. Éste es un problema en las estadísticas y en la realidad.

22 MARTÍNEZ Y MARTÍNEZ, S., “El abogado de los presos y la reforma penal 2007-2008 en México” en *Themis. Nueva generación*, M.F. Casarín León y M. Luna Leal (Coord.), Vol. 2, Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana, Xalapa, Veracruz, México, 2010, pp. 155-174.

23 BERISTAIN A. *La dignidad de las macrovíctimas... Op. Cit.*, p. 141.

México: 1) el periodo de una evolución legislativa; y, 2) la fase de un precario desarrollo de la explicación dogmática y de la interpretación jurídica.

Se acepta la idea de una evolución legislativa penal, pero no la de una evolución mecánica que transita por la periodización tradicional de la historia de este país: México prehispánico, México Colonial, México Independiente y México postrevolucionario. En esta evolución se forja el objeto de estudio del derecho penal. Dicha evolución se aprecia bien en la obra colectiva *Cinco ordenamientos penales del siglo XIX*.²⁴ Durante el siglo XX continúa el desenvolvimiento legislativo, pero aparecen también las explicaciones dogmáticas y las obras de interpretación jurídica. Todo bajo la férrea impronta del derecho penal tradicional al que se aludió más arriba.

En pocas palabras, Beristain comenta que

...la Dogmática penal hodierna pretende, desde diversos puntos de vista, superar la Dogmática penal, el Derecho penal y la Criminología tradicionales, para colocar, preferencialmente, en el centro a las víctimas, a la sanción reparadora y dignificadora de las víctimas (sin merma — al contrario, con aumento — de las garantías del delincuente; éste puede ejercer sus derechos en el nuevo sistema procesal de mediación-conciliación); no al delito, ni al interés jurídico protegido por el poder..., ni al delincuente, ni al castigo expiación.²⁵

Lo que Beristain propone en lugar del *indubio pro reo* es el *indubio pro víctima*. Sin embargo, al derecho penal mexicano le ocurre lo que al gatito que al contemplarse en el espejo se mira como un león. La imaginación suele hacer jugarretas: se podría llegar a considerar al derecho y su poder como un héroe de fantasía (algo así como el papel que tiene en la imaginación de los niños supermán o el hombre araña) al leer que quienes ejercen el poder de castigar realizan matanzas y genocidios cuando se pierde la contención del poder jurídico.

En lo expuesto, tal vez se recuerda alguno de los efectos que producía aquel retruécano expuesto por Edgar Bodenheimer en su *Teoría del derecho*: «Del derecho de la fuerza a la fuerza del derecho»²⁶. A lo cual Zaffaroni respondería: “Pero el poder jurídico de contención y reducción no tiene fuerza suficiente para suprimir al poder punitivo. Se halla en la misma situación de la Cruz Roja Internacional respecto de la guerra. Por ende, debe dejar pasar cierta cantidad de poder punitivo, operando como un filtro o sistema de filtros. La programa-

24 BARRÓN CRUZ, M. G., *Cinco ordenamientos penales del siglo XIX*, INACIPE, México 2010.

25 BERISTAIN A. *La dignidad de las macrovíctimas...* Op. Cit., p. 143.

26 BODENHEIMER, E., *Teoría del Derecho*, Editorial del Fondo de Cultura Económica, México 1974.

ción de ese sistema de filtración es, justamente, la función más importante del derecho o doctrina penal.”²⁷

Se advirtió que Zaffaroni identifica el poder jurídico con el poder de la razón. También se notó que para él las agencias jurídicas por antonomasia son las agencias judiciales. Entonces, el profesor argentino prácticamente identifica el poder judicial con el poder jurídico y, por tanto, con el poder de la razón. Pero, Zaffaroni no exagera el papel de la razón con detrimento del de la experiencia empírica, por el contrario, el lector atento habrá visto la importancia que en su enfoque tienen los datos de realidad proporcionados por la sociología y la ciencia política. Este autor no se permite soñar con tigres porque tiene los pies bien plantados sobre la tierra.

Sin embargo, el autor multicitado, al afirmar que el poder jurídico es al poder punitivo lo que la Cruz Roja Internacional a la guerra, presenta una situación con claros tintes pesimistas. Esta manifestación también podría llevar a una trastada de la imaginación y considerar al poder jurídico como aquel lejano personaje del cine mexicano: “Malasuerte” (Un sujeto al que siempre le va mal). Es verdad que *no está el comal para pepitas*: la situación real latinoamericana impide descripciones optimistas. No obstante, Zaffaroni está convencido de la posible realización del estado constitucional de derecho, mediante el ejercicio del poder jurídico. El estado constitucional de derecho se presenta como un tipo ideal que se opone al tipo ideal del estado de policía (“de terror”, habría que decir en este escrito), pero se reconocen estados históricos (reales) que en cierta medida, mayor o menor, están conteniendo el poder de castigar.

Por lo tanto, el poder jurídico debe dejar pasar cierta cantidad de poder punitivo, operando como un filtro o sistema de filtros. La programación de ese sistema de filtración es, justamente, la función más importante del derecho o doctrina penal.

Si en el apartado anterior se habló de política, y en particular de una política criminal, procede decir algo sobre las políticas públicas. Éstas son actividades que los gobiernos, ante un problema determinado de orden público, deciden realizar (y cómo realizarlas) o no realizar. La seguridad pública puede entenderse como un servicio cuyo objetivo es el orden público, con tres finalidades incluidas: la paz pública, la pública moralidad y el aseguramiento al pueblo de lo que le es debido (sus derechos, personales y sociales).

27 ZAFFARONI E. R., *Estructura...Op. Cit.*, p. 32.

Desde la perspectiva adoptada, se pone en la balanza los pros y los contras de las políticas públicas en México. Eugenio Raúl Zaffaroni muestra lo que él llama *la fórmula de extensión del poder punitivo* y explica que: más tipos penales es igual a más habilitación del poder de castigar y que esto es igual a más arbitrio selectivo de las agencias ejecutivas. El profesor argentino agrega que respecto al estado de derecho: más arbitrio selectivo es igual a más arbitrariedad, lo cual es igual a más riesgo de persecución ideológica y más espacio de corrupción; correlativamente, esto se traduce en menos seguridad jurídica y menos seguridad pública contra el delito.²⁸

Elías Neuman pareciera compartir el criterio expuesto, pero lo afirma desde otra perspectiva:

Si el mundo hubiese mejorado, el decálogo de Moisés tendría nueve u ocho mandamientos. Contrariamente, se calcula que se han puesto en vigencia, hasta la fecha, doscientos millones de leyes para adjetivarlo y de ese modo reglar la conducta de los hombres. Los resultados están a la vista. El hombre no se intimida ni disuade y los rebrotes delictivos son cada vez de mayor violencia. Las leyes por sí mismas, no pueden cambiar un ápice la realidad social.²⁹

La fórmula de extensión del poder de castigar se podría expresar en una apretada síntesis diciendo que más tipos penales llevan en sí más arbitrio selectivo y las consecuencias serían que más arbitrio selectivo trae consigo menos seguridad pública.

3. La herencia de la criminología crítica

¿Y la criminología? Elena Larrauri, a principio de los noventas del siglo pasado, en su libro *La herencia de la criminología crítica*³⁰, presenta una historia detallada de los senderos recorridos por la criminología crítica y, por contraste, muestra también el destino de la criminología etiológica. La meta del presente apartado se reduce a reseñar el desenlace de este libro para tratar de comprender el desenredo necesario del problema planteado.

Larrauri explica que todas las oposiciones al positivismo eran morigeradas [templadas, moderadas]. Se empezaba por dudar qué era el positivismo, y se decía que esta palabra había sido utilizada para designar todo aquello que quería rechazarse, pero que en realidad faltaba una comprensión clara de la crimi-

28 Ídem, p. 73.

29 NEUMAN, E., *Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*, Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina 2001.

30 LARRAURI, E., *La herencia de la criminología crítica*, Siglo XXI editores, México 2006.

nología positivista. Se afirmaba que quizás las preguntas que ésta enfocaba eran correctas y lo único que se necesitaba eran otras respuestas. Se proseguía señalando que si el delito era un problema quizás la tarea de la criminología era efectivamente combatirlo. La descalificación del derecho penal quizás había sido también excesiva, no era sólo un instrumento del Estado sino susceptible de ser utilizado por sectores progresistas.

En definitiva — dice esta autora —, parecía que había llegado la hora de asumir el discurso de la derecha, referente al tema del delito, pero dándole una respuesta de izquierdas. Indudablemente, asegura Elena Larrauri, influyó la propia confusión política³¹. Un parecer sesgado es al otorgar una gran relevancia a la perspectiva de género en criminología, pero en nada daña su estudio, por el contrario, lo beneficia.

La criminología feminista es el concepto en el cual se ha enmarcado una serie de corrientes críticas de la criminología y de la política criminal que consideran que la criminalidad de la mujer y el rol del género en la criminalidad han sido desatendidos por las criminologías clásicas y modernas. Pero, conviene cederle la palabra a Elena Larrauri:

De todos estos factores el dato más relevante para la criminología crítica, fue, en mi opinión, la presencia del movimiento feminista. La irrupción de mujeres en el mundo de hombres criminólogos contribuyó a ampliar el objeto de estudio de la criminología crítica.³²

Pero, afirma nuestra autora, la irrupción de las mujeres no sólo amplió el objeto de estudio sino que lo modificó. Muchas consignas de la criminología crítica parecían inadmisibles desde una perspectiva feminista. Larrauri sustenta que ésta no era la única inquietud que tenía la criminología crítica. A un nivel práctico parecía que el único fruto del *labelling approach*, la no intervención, había degenerado en una intervención menos estigmatizadora. Pero esta intervención menos estigmatizadora, que podía leerse como el resultado de la política criminal impulsada por los criminólogos críticos, había resultado desastrosa. Proliferaron los programas destinados a constituir alternativas al sistema penal, pero el entusiasmo con el cual ello se propulsó desde las propias esferas gubernamentales era ya de por sí sospechoso y las primeras evaluaciones confirmaron estas sospechas.

Es necesario recordar de modo elemental que se entendió por “nueva criminología” para la cabal comprensión del párrafo anterior. Con este nombre se co-

31 *Ídem*, p. 194.

32 *Ibídem*.

noce el amplio movimiento de izquierda que se ha caracterizado por romper con la primera etapa de la criminología, es decir, con la casi toda positivista, con aquella que se sustenta en que el hombre que delinque es una persona diferente, con el contenido patológico del delito y con el paradigma etiológico.³³

Elena Larrauri más que discurrir se lamenta:

A un nivel teórico existía también un cierto estancamiento. Partiendo de la perspectiva del etiquetamiento, la nueva criminología se había planteado desarrollar un programa que una década posterior seguía aun sin elaborar. Ello no significa, lógicamente que no se realizasen multitud de artículos, investigaciones, congresos, pero lo que no había conseguido la criminología crítica era producir un «cambio de paradigma». Y ello producía desazón. Seguíamos anclados en la perspectiva del etiquetamiento con unas notas de materialismo.³⁴

Resulta pertinente notar hasta dónde podría remontarse la política criminal mexicana. Sin embargo, lo que resultaría una impertinencia sería interrumpir el discurso de la criminóloga española:

Pero esta sustitución no había sido fruto de los ataques críticos al positivismo, sino que había surgido de las propias filas de la criminología oficial, dispuesta a abandonar políticas sociales reformistas en aras de un planteamiento técnico y eficaz de control del delito. El surgimiento de esta criminología administrativa no solo nos había dejado sin enemigo, sino además con un cierto desasosiego; por caminos distintos se había producido un excesivo acercamiento a la criminología tradicional en el olvido de ciertas cuestiones teóricas como la cuestión causal. Incluso la pesimista conclusión «nada funciona» podía ser esgrimida para justificar un discurso de derechas y de izquierdas.³⁵

Nuestra autora sigue adelante en su explicación de la crisis de la criminología crítica y nos dice que a este malestar se le unía una desorientación. Sin duda, todo lo anterior es de suma importancia para comprender la crisis de la criminología crítica, pero lo que Elena Larrauri dice a continuación es de gran interés para el desenvolvimiento de este trabajo o, dicho coloquialmente, se llevará agua al molino de nuestra tesis: “En este estado de cosas no resulta sorprendente que a inicios de la década de los ochenta se produjese la división de la criminología crítica. La aparición en 1984 del libro *What is to be done about law and*

33 PÉREZ PINZÓN, A. O. y PÉREZ CASTRO B.J., *Curso de Criminología*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2006.

34 LARRAURI, E., *Op. Cit.*, p. 196.

35 *Ídem.*

order? Crisis in the eighties, de Lea y Young, marcó el inicio y confirmó la existencia de divisiones.”³⁶

Esta corriente predominante en Inglaterra fue rápidamente denominada «*nuevos realistas*» o «*realistas de izquierda*».

Y ésta era en breve su presentación: el delito es un problema para las clases sociales más débiles de la sociedad; desconocer este hecho supone dejar el terreno abonado para que los sectores más conservadores se presenten como paladines de la «ley y el orden»; la tarea de la criminología es por consiguiente luchar contra el delito y para este combate debe recuperarse a la policía, utilizar el sistema penal y elaborar un programa de control del delito mínimo, democrático y multi-institucional.³⁷

Comenta la profesora española que frente a esta tendencia no tardó en alzarse una corriente, la cual, si bien con excepciones, no había tenido una presencia predominante en el nuevo surgimiento de la nueva criminología en Inglaterra. Estaba compuesta por numerosos criminólogos críticos los cuales veían con desagrado el rumbo emprendido por sus antiguos compañeros del «Grupo europeo».

Esta corriente se agrupó en torno a planteamientos *abolicionistas*, los cuales gozaban de una antigua tradición en los países escandinavos y Holanda, siendo sus representantes más destacados Christie, Mathiesen, Bianchi y Hulsman. Para un sector de criminólogos críticos el abolicionismo parecía conectar mejor con el espíritu de la década de los sesenta y de ahí que se extendiese rápidamente especialmente en Alemania, como alternativa a los planteamientos realistas.

Y ésta era en breve su respuesta: el delito no tiene una realidad ontológica, lo que denominamos delito son conflictos sociales, problemas, catástrofes, riesgos, casualidades. Como diría gráficamente Steiner «Los problemas son reales, el “delito” es un mito». Pretender tratarlos con el derecho penal significa incrementar el problema en vez de solucionarlo; el derecho penal no evita los delitos, no ayuda al delincuente, no atiende a las necesidades de la víctima. Por consiguiente, la mejor respuesta pasa por una política orientada a solucionar los conflictos mediante la negociación de todas las partes involucradas en el problema.³⁸

Finalmente, dice la criminóloga, si bien parece difícil catalogarla de corriente, surgió un planteamiento intermedio defendido por Baratta, el cual intentó sugerir un derecho penal mínimo, *minimalismo*. Baratta influyente criminólogo crítico en Italia y en el mundo de habla hispana, compartía la crítica al derecho penal realizada desde la óptica abolicionista, pero entendía que era necesario una política intermedia capaz de ser defendida en la actualidad. Para ello abo-

36 *Ibidem*, p. 197.

37 *Ibidem*.

38 *Ibidem*, p. 198.

gaba por un derecho penal mínimo y limitado por principios legales (tipicidad, irretroactividad, legalidad), funcionales (subsidiariedad, proporcionalidad) y personales (responsabilidad por el hecho). Este derecho penal mínimo y limitado tenía como misión la defensa de los derechos humanos.

4. Últimas consideraciones

La voz *transdisciplinariedad* evoca nostalgia por un saber que no es un saber cualquiera, sino un saber que versa sobre lo esencial. Al respecto Rebeca Contreras en su libro *La tutela de bienes jurídicos* es categórica: “En mi opinión — dice esta autora —, todo objeto de investigación requiere un planteamiento totalizador que permita descubrir sus diferentes interpretaciones, aunque al realizar una investigación científica tenemos que ubicar el análisis jurídico en un punto específico.”³⁹

Se comparte la exigencia del planteamiento totalizador. Sin embargo, se considera que la forma científica no es esencial a dicho saber, pero sí lo es la conformidad del obrar y el saber. No se puede seguir menospreciando la inteligencia en homenaje a la razón pura, se torna necesario aplicar con profunda atención el pensamiento a la consideración de las cosas, o discurrir sobre los medios de conocerlas. En este caso, la reflexión debe ser sobre las cosas del sistema penal. Más concreto aún, *aquí y ahora*, es menester pesar los pros y los contras de la reforma penal 2007-2008 en México.

El punto de referencia en esta labor — actual y primera — es que

Para verificar el nivel de irracionalidad del poder punitivo, para conocer la funcionalidad de poder de los conceptos del derecho penal y el grado de selectividad criminalizante, victimizante y policizante, como también para elevar el nivel de invulnerabilidad de la población prisionada, es necesario valerse de las ciencias sociales y de la ciencias de la conducta. Al conjunto de conocimientos del mundo del ser que informan acerca de esta realidad se lo llama criminología.⁴⁰

Y todo esto se debe hacer por las víctimas. Es decir, todas las personas que sufren, por cualquier motivo. No sólo víctimas de delitos o de abuso de poder.

Se omitió advertir que el contenido del presente artículo es un reporte parcial de una investigación más amplia. Por lo tanto, no admite reflexiones finales ni acepta aun propuestas. No obstante, si se atiende a sus objetivos podrían plantearse las siguientes reflexiones:

39 CONTRERAS LÓPEZ, R. E., *La tutela de los bienes jurídicos*, Universidad Veracruzana, Xalapa, Veracruz, México., 2006, p. 17.

40 ZAFFARONI, E. R., *Estructura...Op. Cit.*, p. 36.

Se comienza por afirmar que en tanto que son muchos que se esfuerzan en observar cómo están las cosas, solamente unos cuantos vuelven la mirada hacia cómo *deben ser* esas cosas. Los primeros contemplan un cuadro tan triste que suelen creer que así es la realidad y se conforman, lo cual quiere decir que suelen reducirse, sujetarse voluntariamente a hacer o sufrir algo por lo cual se siente alguna repugnancia. En cambio, los otros propenden a representarse las cosas de una manera idealista y, entonces, el *deber ser* — tal como la religión se le presentaba a Carlos Marx — “*Es el opio del pueblo*”.

En ese orden de ideas, unos, la mayoría, observa el *Sistema de Justicia Penal* como una realidad que es necesario *mejorar*. Esto parece loable, pero no es verdad, pues por este camino se quiere *perfeccionar* el *Sistema de Justicia Penal* con inspiración en la práctica judicial, lo cual no es una fuente de inspiración aconsejable, ya que, por regla general, la práctica judicial es resultado de vicios burocráticos. En la acera de enfrente, los otros consideran que el adelanto de la reforma constitucional en materia de justicia penal (2008) reside en que las tareas inquisitivas que actualmente efectúan los agentes del Ministerio Público, las realicen también los jueces. En este grupo caben aquellos que han endiosado el juicio oral y adversarial:

De este modo, el panorama no puede ser más terrible: el poder judicial pasa a ser el encargado de completar la tarea condenatoria iniciada por el poder ejecutivo, no es ya siquiera su control, sino directamente el que cubre sus omisiones; las facultades inquisitorias no pasan de un órgano ejecutivo a uno judicial, sino que ya las tienen ambos, para que si no tritura el primero en secreto, lo haga el segundo en público. Ideológicamente esto es mucho peor, pues ya no representa la usurpación a un poder republicano, sino la degradación del poder judicial republicano a mero auxiliar del poder ejecutivo.⁴¹

De cara a este horizonte, se recoge una expresión profética de nuestros tiempos. Ésta pertenece a Antonio Beristain Ipiña y éstas son sus palabras: “Aparentemente comentaré esto: la evolución que mejorará la dogmática penal; pero, realmente no pretendo mejorar la dogmática penal, pretendo transformarla...”⁴² Entonces, conviene reconocer que esta doctrina es la fuente de inspiración y el motivo conductor de la presente exposición y, consecuentemente como única propuesta, se recomienda a los estudiantes y estudiosos del derecho penal y procesal penal que le presten singular atención.

41 ZAFFARONI, E. R., “Los Derechos Humanos y Sistemas Penales en América Latina. Informe Final septiembre de 1985” *Revista Mexicana de Justicia*, Órgano de difusión de la Procuraduría General de la República: IV, Número 2, México, 1985, pp. 190-191.

42 BERISTAIN, A., *Op. Cit.* p. 139.

Bibliografía

- APOSTEL, L. Berger, G. y otros. *Interdisciplinarietà. Problemas de la enseñanza y de la investigación en las universidades*, tr. F. J. González Ortiz, ANUIES, México, 1979.
- ARRIOLA, J.F., *La filosofía política en el pensamiento de Octavio Paz*, UNAM, México 2008.
- ATIENZA, M., "Constitucionalismo, Globalización y Derecho", en *Interpretación y Razonomiento Jurídico*, Manuel Atienza y otros, Ara Editores, Lima, Perú 2009.
- BARRÓN CRUZ, M. G., *Cinco ordenamientos penales del siglo XIX*, INACIPE, México 2010.
- BERISTAIN, A., "La nueva técnica indispensable en los creadores de la nueva paz", en *Cultura Democrática. Revista Diversa*, Número 9, Instituto Electoral Veracruzano, Xalapa, Veracruz, México 2003.
- _____, *La dignidad de las macrovíctimas transforma la justicia y la convivencia (In tenebris lux)*, Editorial Dykinson S. L., Madrid, España 2010.
- BODENHEIMER, E., *Teoría del Derecho*, Editorial del Fondo de Cultura Económica, México 1974.
- CONTRERAS LÓPEZ, R. E., *La tutela de los bienes jurídicos*, Universidad Veracruzana, Xalapa, Veracruz, México, 2006.
- _____, *Derecho Penal: Parte General*, Universidad Veracruzana, Xalapa, Veracruz, México, 2009.
- GARZÓN VALDÉS, E., *Calamidades*, Gedisa, México, 2004.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Derecho Penal, Criminología y otros temas penales. Relaciones de la ciencia criminal y el derecho penal comparado*, Vol. 2, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2005.
- LARRAURI, E., *La herencia de la criminología crítica*, Siglo XXI editores, México 2006.
- MACLAFLAN, Colin M., *La justicia criminal en el siglo XVII. Un estudio sobre el Tribunal de la Acordada*. SEP-Setentas, 1976.
- MARTÍNEZ Y MARTÍNEZ, S., "El abogado de los presos y la reforma penal 2007-2008 en México" en *Themis. Nueva generación*, M.F. Casarín León y M. Luna Leal (Coord.), Vol. 2, Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana, Xalapa, Veracruz, México, 2010.
- NEUMAN, E., *Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*, Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina 2001.
- PÉREZ PINZÓN, A. O. y PÉREZ CASTRO B.J., *Curso de Criminología*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2006.
- RODRÍGUEZ MANZANERA, L., *Criminología*, Editorial Porrúa S. A., México, 1979.

- ZAFFARONI, E. R., *Estructura Básica del Derecho Penal*, EDIAR, Buenos Aires, Argentina, 2009.
- ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A., SLOKAR, A., *Manual de Derecho Penal, Parte General*, EDIAR, Buenos Aires, Argentina, 2005.
- ZAFFARONI, E. R., "Los Derechos Humanos y Sistemas Penales en América Latina. Informe Final septiembre de 1985" *Revista Mexicana de Justicia*, Órgano de difusión de la Procuraduría General de la República: IV, Número 2, México, 1985.

Los indígenas ante el sistema de justicia penal en México*

María Victoria Chenaut**

RESUMEN: En este artículo se examina la situación que enfrentan las y los indígenas que son acusados, procesados y sentenciados en el sistema de justicia penal en Veracruz, destacando que el ámbito de la procuración y administración de justicia es uno de los más sensibles a la cuestión de la violación de los derechos humanos de los indígenas, debido al conflicto de lógicas culturales que tiene lugar en el procedimiento judicial. Se analiza la situación de las mujeres indígenas en prisión, quienes presentan mayor desprotección y vulnerabilidad, dado que poseen los índices más altos de analfabetismo y monolingüismo.

Palabras clave: indígenas, justicia penal, prisión, mujeres.

ABSTRACT: This article examines the situation of indigenous men and women who are accused, tried and sentenced by the criminal justice system in Veracruz. It points out that the field of prosecution and administration of justice is one of the most sensitive to the issue of violations of human rights of indigenous peoples, due to the conflict of cultural logics that takes place in the legal proceedings. The article analyzes the situation of imprisoned indigenous women, who are more defenseless and vulnerable, given that they have the highest illiteracy and monolingualism rates.

Key words: indigenous people, criminal justice, prison, women.

SUMARIO: Introducción. 1. Las cárceles, espacios de la exclusión. 2. Derechos indígenas y derechos humanos. 3. La situación de las mujeres indígenas. 4. Reflexión final. Bibliografía.

Introducción

En el marco del proceso de reforma judicial en materia penal que se está llevando a cabo en México, considero pertinente comenzar este artículo con una cita de César Rodríguez Garavito y Rodrigo Uprimny quienes realizan un análisis del impacto del neoliberalismo y la reforma judicial en Colombia. Los autores

* Artículo recibido el 1 de diciembre de 2012 y aceptado para su publicación el 17 de febrero de 2012.

** Doctora en Ciencias Sociales, profesora-investigadora del Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS), miembro del Sistema Nacional de Investigadores y de la Academia Mexicana de Ciencias.

se preguntan acerca de cuales son los actores o grupos sociales que tienen acceso a la justicia, y que por consiguiente pueden aprovechar las ventajas de una justicia que funcione en forma más eficiente, y luego agregan: “la preocupación principal (en los análisis) debe ser si las reformas a la justicia están creando las condiciones para la protección de los derechos de las mayorías marginadas (por ejemplo, las clases populares, los grupos indígenas o las mujeres)”.¹ Haciéndome eco de esta preocupación, me interesa aquí desarrollar algunas consideraciones sobre la problemática de los indígenas ante el sistema de justicia penal en México, que provienen tanto de mi experiencia de investigación entre los totonasacas del distrito judicial de Papantla, como de mi involucramiento en diversas temáticas del campo de investigación de la antropología jurídica.

Para plantear este tema, considero necesario partir del reconocimiento de la situación de pobreza, exclusión, marginalidad y violencia que viven los integrantes de los pueblos indígenas de México, y en forma particular las mujeres, lo que se convierte en campo propicio para la violación de sus derechos humanos, colectivos y de género. No está de más recordar, aunque sea someramente, que en los últimos 20 años las políticas neoliberales y la globalización han impactado profundamente en el campo mexicano, afectando a campesinos e indígenas, erosionando su tejido social, acentuando la pobreza y generando una intensificación de la migración hacia las áreas urbanas y los Estados Unidos², lo que sin duda impacta en el ámbito de la justicia por el aumento de la conflictividad social y la violencia.

1. Las cárceles, espacios de la exclusión

En lo que concierne al funcionamiento del sistema de justicia penal en México, Marcelo Bergman y Elena Azaola han planteado que desde el año 1996 se ha producido un incremento acelerado de la población que se encuentra en prisión, que en el año 2006 era de unos 250,000 internos.³ Para estos autores, las causas del aumento en la población carcelaria se deben al incremento en el número de delitos denunciados, a las reformas que se realizaron a los códigos pe-

1 RODRÍGUEZ GARAVITO, César y UPRIMNY, Rodrigo “¿Justicia para todos o seguridad para el mercado? El neoliberalismo y la reforma judicial en Colombia”, en Rodrigo Uprimny, César Rodríguez G. y Mauricio García, *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Grupo Editorial Norma, Bogotá, 2006, pp. 109-146.

2 LACKWELL, Maylei *et al*, “Cruces de fronteras, identidades indígenas, género y justicia en las Américas”, en *Desacatos*, CIESAS, núm. 31, septiembre-diciembre, 2009, pp. 13-34.

3 BERGMAN, Marcelo y AZAOLA, Elena, “Cárceles en México: cuadros de una crisis”, en *Urvio*, No. 1, mayo, FLACSO-Ecuador, 2007, pp. 74-87.

nales desde 1994 provocando un endurecimiento de las penas, y a las medidas administrativas que alargan el otorgamiento de los beneficios de la preliberación. Utilizando fuentes oficiales y encuestas a internos, llevaron a cabo el análisis de los tipos de delitos que éstos cometieron (entre ellos robo, robo con violencia y delitos contra la salud, que tienen una fuerte incidencia), y mostraron que quienes se encuentran en las cárceles son “aquellos cuya detención ofrece menos dificultades”.⁴ Es decir, los delincuentes peligrosos y profesionales han logrado sortear al sistema de justicia penal, y en las prisiones se encuentra la población que ha cometido delitos menores.

Esto es lo que Elena Azaola denomina el “reclutamiento preferencial de los pobres por parte de los sistemas de procuración de justicia”,⁵ aludiendo al hecho del gran número de personas de escasos recursos se encuentran internadas en las cárceles de México. Entre ellas, cabe mencionar la existencia de numerosos presos indígenas, ya que en el año 2007 una estadística de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) informaba que en el país existían 7,964 indígenas presos, de los cuales 1,221 fueron acusados por delitos federales. En Veracruz había 1,311 indígenas presos, siendo el estado con mayor cantidad de internos indígenas.⁶

El ámbito de la procuración y administración de justicia es uno de los más sensibles a la cuestión de la violación de los derechos humanos de los indígenas, debido al conflicto de lógicas culturales que tiene lugar en el procedimiento judicial. Los indígenas suelen desconocer normas y procesos de la justicia estatal, al mismo tiempo que sus prácticas se inscriben en un entramado de relaciones sociales y culturales que están enraizadas en su cosmovisión y cultura. Un ejemplo de este conflicto cultural concierne al uso ritual del peyote entre los huicholes del norte de México, para quienes el consumo y traslado de un lugar a otro de esta sustancia no es un delito, dado que se inscribe como parte medular en su vida ritual.

Esta cuestión de la diferencia cultural que subyace a la problemática de la justicia en relación con los pueblos indígenas, se manifiesta en el planteamiento realizado por Magdalena Gómez, quien sostiene que desde el inicio del procedimiento judicial a indígenas comienza a manifestarse la distancia entre el contexto social y cultural de los hechos que motivaron la denuncia, y las

4 BERGMAN, Marcelo y AZAOLA, Elena, *Op. Cit.*, pp. 81, 82.

5 AZAOLA, Elena, *Crimen, castigo y violencias en México*, CIESAS/FLACSO-Ecuador, México, 2009.

6 PÉREZ, U., MATILDE, “En la indefensión, 8,000 indígenas presos: legisladora”, diario *La Jornada*, 23 de abril 2007.

formulaciones que se van elaborando en las instituciones de justicia desde la primera declaración realizada por el acusado. De esta manera, a medida que el caso judicial asciende en la escala de los niveles de impartición de justicia, se hace evidente la distancia entre ambos tipos de discursos. Para atenuar en parte las carencias y limitaciones que tienen los indígenas a lo largo del procedimiento judicial, en el año 1984 el Instituto Nacional Indigenista (INI) comenzó un Programa de Defensoría de Presos Indígenas que ha desarrollado tareas de apoyo y defensa a indígenas presos, además del pago de multas, de fianzas o reparación del daño de los procesados para su liberación.⁷

La cuestión del lenguaje es interesante para mostrar cómo el hecho de haber aprendido el español como una segunda lengua puede tener consecuencias sobre la vida y libertad de una persona, que en una declaración judicial puede terminar incriminándose a sí misma por no entender bien el idioma y no contar con traductores. No es suficiente con que los indígenas hablen y entiendan medianamente el español. Los lingüistas que han estudiado estos temas consideran que existe una relación desigual entre el español y las lenguas indígenas, debido al proceso de colonización que ha tenido lugar como parte de las dinámicas históricas del país. Por lo general, el español es aprendido como segunda lengua, por lo que los indígenas poseen un “bilingüismo circunstancial”, que se refiere sólo a esferas limitadas de la vida social, como suelen ser las actividades relacionadas con el comercio entre los indígenas de Chiapas,⁸ o aspectos de la vida cotidiana como ocurre entre los totonacas de Veracruz. Esta es una cuestión que tiene serias implicaciones en el procedimiento judicial por las dificultades que tienen los indígenas para dar seguimiento a la interacción verbal que ocurre durante el mismo, el desconocimiento del lenguaje jurídico, así como de las leyes y los trámites legales.

En una encuesta realizada a indígenas bilingües que se encuentran presos en el estado de Oaxaca, se detectó que 84% de ellos no contaron con la presencia de traductor o intérprete a lo largo del procedimiento judicial, lo que resaltó como una carencia que tiene consecuencias violatorias a sus derechos a tener acceso a

7 GÓMEZ, Magdalena, “La defensoría jurídica de presos indígenas”, en Rodolfo Stavenhagen y Diego Iturralde (Coords.), *Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*, Instituto Indigenista Interamericano/Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México, 1990, pp. 371-388.

8 GÓMEZ, Magdalena, “La defensoría jurídica de presos indígenas”, en Rodolfo Stavenhagen y Diego Iturralde (Coords.), *Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*, Instituto Indigenista Interamericano/Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México, 1990, pp. 371-388.

un juicio justo.⁹ Ante el derecho estatal los indígenas monolingües presentan la situación más extrema de indefensión, dependiendo de la veracidad de los traductores, lo que los coloca en una situación desventajosa en el procedimiento judicial.¹⁰ En suma, lo concerniente al idioma se relaciona con el hecho de que el conflicto lingüístico es una expresión del conflicto cultural que se manifiesta en la problemática de la procuración y administración de justicia a indígenas. Sin embargo, cabe mencionar el caso de un indígena otomí que fue sentenciado a 60 años de prisión por secuestro, sin haber comprendido cabalmente las acusaciones que se le formularon en español. Un juez federal reconoció los derechos de dicho indígena a un juicio justo, y basado en el derecho internacional ordenó reponer el procedimiento, para que cuente con un traductor y pueda efectuar sus declaraciones en forma adecuada.¹¹

Este caso excepcional muestra que existen mecanismos en el sistema de justicia penal, que pueden hacer valer el derecho a un traductor o intérprete, que es uno de los derechos derivados del reconocimiento de la diversidad cultural que se ha efectuado en el orden jurídico a nivel nacional e internacional.¹² Estos derechos que se derivan del reconocimiento de la diversidad cultural son el derecho a la jurisdicción indígena, el derecho a que sean tomados en cuenta sus usos y costumbres para el conocimiento del contexto social y cultural en que tuvieron lugar los hechos, y el derecho a contar con traductor o intérprete, así como el derecho a la defensa.¹³

Otro factor que tiene una fuerte incidencia para que una sentencia judicial se resuelva en contra del indígena acusado, y que se relaciona con lo expresado en

9 Consultar la obra OFICINA EN MÉXICO DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Informe del diagnóstico sobre el acceso a la justicia para los indígenas de México*, México, 2007, p. 116, 117.

10 Debido a estas carencias, la Academia Veracruzana de las Lenguas Indígenas en coordinación con la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (CDI) han promovido la realización de cursos y diplomados para capacitar a intérpretes y traductores en lenguas indígenas. Pero los presos indígenas carecen de medios económicos para remunerarlos, por lo que les resulta difícil contar con este apoyo. CARMONA, Fernando, "Indígenas encarcelados carecen de intérpretes en procesos legales", diario *La Jornada Veracruz*, 17 mayo 2011.

11 El juez federal se apoyó en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). MÉNDEZ, Alfredo, "Con 2 pactos internacionales revocan sentencia a indígena", diario *La Jornada*, 30 de junio 2008 y MÉNDEZ, Alfredo, "Eventual sanción contra juez que privó a otomí del derecho a contar con traductor", diario *La Jornada*, 1 de julio 2008.

12 OFICINA EN MÉXICO DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Op. Cit.*, pp. 41-42. Estos derechos se encuentran formulados en el art. 2º, fracciones II y VIII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo a las reformas que se publicaron en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 2001.

13 *Ídem.*

el párrafo anterior, es el hecho de que por limitaciones de índole económica, los indígenas no pueden pagar una defensa adecuada, y la defensoría de oficio presenta serias carencias. Para mencionar algunas cifras: el 67 % de los indígenas entrevistados en Oaxaca manifestaron que no tuvieron abogado al realizar su declaración en la AMP, al igual que el 95% de ellos no realizó declaración alguna ante el juez¹⁴, quien emitió la sentencia basado en el expediente judicial.

Cuando los indígenas son reclusos en la cárcel su situación presenta serias desventajas. No tienen dinero para pagar la fianza, por lo general sus familiares se encuentran lejos y tienen dificultades para visitarlos y proveerles lo necesario, el monolingüismo les ocasiona un aislamiento de los demás presos, aunque con el paso de los años en la vida carcelaria la mayoría de ellos terminan por aprender el español. La observación general que se extrae de las pláticas que realicé a fines de los 90's con indígenas presos en el reclusorio de Papantla, es que tienen un gran desconocimiento del procedimiento judicial, de los derechos y garantías que les corresponden durante el juicio, se sienten carentes de protección y de medios económicos para solucionar sus problemas legales. Sus testimonios indican que varios fueron detenidos sin orden de aprehensión y otras carencias procesales. Algunos de los que fueron acusados de homicidio prefirieron entregarse voluntariamente cuando la policía los fue a buscar a su casa, para proteger a sus familiares ante las amenazas e insultos de que fueron objeto. La mayoría de estos presos indígenas tenían baja escolaridad, provenían de comunidades campesinas de la región, y su nivel de ingresos económicos era bajo, por lo que carecían de capacidad para contratar abogados y pagar fianzas.¹⁵

2. Derechos indígenas y derechos humanos

Entre los integrantes de los pueblos indígenas se han levantado voces que reclaman contra la violación de derechos que implican las situaciones arriba descritas. Por esto no llama la atención que los indígenas veracruzanos se propongan, no sólo la resolución interna de sus conflictos, sino que también expresan la necesidad de conocer las leyes estatales y de proponer nuevas leyes que los afectan en su desarrollo en su condición de pueblos indígenas. A esto se debe sumar

14 *Ibidem*, pp. 101, 109.

15 CHENAUT, María Victoria, *Honor, disputas y usos del derecho entre los totonacas en el Distrito Judicial de Papantla, Ver.* Tesis de Doctorado en Ciencias Sociales, El Colegio de Michoacán, Zamora, 1999. La institución que ha sucedido al INI, la Comisión para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (CDI) en la actualidad paga fianzas y brinda asesorías a los internos, pero los recursos y el personal son limitados. Fuente: Diario de Xalapa, 10 de septiembre 2008.

el reclamo de que existan abogados bilingües que los atiendan, para evitar violaciones de los derechos humanos por parte de autoridades administrativas y judiciales,¹⁶ que se formulen programas para difundir los derechos humanos en las comunidades indígenas, que se difundan en las lenguas indígenas las leyes civiles, penales y agrarias para conocer los derechos y cuáles son las conductas que el estado tipifica como delitos, que los jueces y funcionarios judiciales sean indígenas o hablen el idioma, etc. De esta manera, cuando hablan de los principales problemas que enfrentan en la impartición de justicia expresan que no se castiga a los delincuentes, que las autoridades son prepotentes, que hay corrupción, favoritismo y represión, que no se hace justicia, y en general consideran que hay discriminación en la impartición de justicia.¹⁷ Resaltan aquí dos cuestiones que me parece necesario destacar: por un lado, el hecho de que los indígenas reconocen la relevancia de estar informados sobre las diferentes leyes promulgadas por el estado, y que buscan un conocimiento de las mismas, a partir de reconocer la situación de interlegalidad (articulación de sistemas normativos y prácticas de la justicia) en la que viven, como rasgo principal de las dinámicas socio-jurídicas que tienen lugar en las regiones indígenas. Por otro lado, se destaca la expansión que ha tenido el tema de los derechos humanos, y los reclamos que los indígenas hacen de que es necesario conocerlos para poder defenderlos.

3. La situación de las mujeres indígenas

En el caso particular de las mujeres indígenas, ellas presentan mayor desprotección y vulnerabilidad, dado que poseen los índices más altos de analfabetismo y monolingüismo, como lo muestran las estadísticas. El porcentaje de mujeres analfabetas se incrementa en aquellas mayores de 30 años, mientras que las más jóvenes tienen en la actualidad mejores condiciones para acceder a la educación. En un análisis sobre los factores que inciden en la diferencia por género y edad para asistir a las instituciones educativas, Paloma Bonfil señala que el analfabetismo en las regiones indígenas de México es cuatro veces más alto que el promedio nacional, y que las niñas son las más afectadas, porque las mujeres tienen mayores desventajas, ya que las familias eligen invertir en la educación de los hijos varones, quienes tendrán a su vez la obligación de sostener a sus

16 Consultar la obra *CONSEJO ESTATAL DE LA CONSULTA PÚBLICA PARA LA REFORMA DEMOCRÁTICA*, Memoria. *Consulta pública sobre derechos de las comunidades indígenas*, Xalapa, Ver., 1997.

17 GRIEGO CEBALLOS, Daniela Guadalupe *et al*, *Memoria de Encuentros Indígenas en Veracruz, 1995-2001*, Maíz, Xalapa, 2003.

propias familias.¹⁸ Pero el incremento en la infraestructura en caminos y escuelas, y un cambio en la mentalidad de los padres, que están reconociendo y aceptando la importancia de que sus hijas asistan a la escuela, permite que en la actualidad las jóvenes tengan mayor acceso a la educación que sus madres o abuelas.

En el campo de las ciencias sociales se ha enfatizado además las diversas formas de violencia que sufren las mujeres indígenas, como es el caso de la violencia social derivada de la pobreza y la marginación, así como la violencia física, psicológica y sexual que ejercen sobre ellas diversos tipos de actores, desde miembros de la familia y comunidad, hasta fuerzas militares y paramilitares.¹⁹ La situación de violencia de género que las afecta en forma cotidiana, como es el caso de la violencia conyugal, motiva numerosas denuncias femeninas en las instituciones de procuración y administración de justicia, ya sea con las autoridades de las comunidades o municipales, y forma parte del tejido de relaciones de poder y jerarquías de género que se expresan en el interior de la vida familiar y comunitaria. Las historias que han sido recabadas de mujeres indígenas en cárceles de Oaxaca, Papantla y Cuernavaca, muestran en toda su crudeza, la situación de violencia que ha signado la vida de estas mujeres.²⁰

Las mujeres que han sido acusadas de delitos son estigmatizadas por la sociedad, además de que, cuando están en prisión, sus familiares suelen abandonarlas y los hijos quedan en el desamparo o con los abuelos, quienes tienen que hacerse cargo de su crianza y manutención. A lo largo del procedimiento judicial que las conduce a la cárcel, y en este mismo espacio, sufren múltiples abusos y vejaciones que son una expresión del estado de vulnerabilidad en que se encuentran. Algunos casos de mujeres indígenas ante el sistema de justicia penal han cobrado notoriedad en los medios de comunicación en los últimos años, como el de Ernestina Asencio, mujer nahua de Zongolica, ya que en el procedimiento judicial para esclarecer las causas de su muerte hubo numerosas viola-

18 BONFIL, Paloma, "Niñas e indígenas: Desigualdad en los sistemas de educación en México", en Inge Sichra (Comp.), *Género, etnicidad y educación en América Latina*, Ediciones Morata/PROEIB/InWent, España/Bolivia/Alemania, 2004.

19 SIEDER, Rachel y SIERRA, María Teresa, *Acceso a la justicia para las mujeres indígenas en América Latina*, CMI Chr. Michelsen Institute, Working Paper 2, Bergen, Noruega, 2011.

20 NÚÑEZ MIRANDA, Concepción, "Mujeres en prisión: ¿transgresión u opresión?", en *Acervos*, No. 27, 2004, pp. 65-72; CHENAUT, Victoria, "Las mujeres indígenas y el derecho: la prisión como experiencia de género", en Helga Baitenmann, Victoria Chenaut y Ann Varley (Coords), *Los códigos del género. Prácticas del derecho en el México contemporáneo*, PUEG-UNAM/UNIFEM, México, 2010, pp. 201-223; HERNÁNDEZ CASTILLO, Rosalva Aída (Coord.), *Bajo la sombra del guamúchil. Historias de vida de mujeres indígenas y campesinas en prisión*, CIESAS/IWGIA/Ore-Media, México, 2010a.

ciones a los derechos humanos;²¹ Valentina Rosendo Cantú, que no recibió justicia por el ataque sexual de que fue objeto por parte de militares,²² o Jacinta Francisco Marcial, la mujer otomí de Querétaro quien sufrió injustamente tres años de prisión acusada de secuestro.²³ Estos casos, con sus diferentes aristas, muestran un sistema de justicia que ha sido puesto en cuestión por vulnerar derechos humanos y de género, afectando de una manera particular a las y los indígenas.

En las últimas décadas el aumento de los delitos contra la salud entre la población femenina en México ha sido notable. Las mujeres indígenas acusadas de este delito, se caracterizan por ser pobres, desempleadas y madres solteras, por lo que al aceptar el traslado de una pequeña carga están buscando obtener recursos económicos para mantener a su familia, de acuerdo al análisis realizado por diversas autoras.²⁴ Por consiguiente, estas mujeres constituyen el último eslabón de una cadena que se inicia en las condiciones de pobreza y marginalidad en la que viven. Una vez en prisión, ingresan a una institución carcelaria que ha sido pensada para los hombres, por lo cual la vida en prisión se constituye, para todas las mujeres aquí recluidas, en una experiencia de género, dado que aquí se reproducen los roles de género que las subordinan, y las mujeres tienen menos oportunidades de trabajo y educación que los hombres, siendo relegadas a las tareas domésticas.²⁵

4. Reflexión final

A pesar del desalentador panorama que expuse en este documento, considero que en los últimos años hubo en México algunos avances en el terreno legal, ya que se produjo el reconocimiento de la diversidad cultural del país en las reformas que se realizaron a la constitución en el año 2001, por las cuales se otorgan

21 COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, "Recomendación 34/2007 de la CNDH sobre el caso de la señora Ernestina Ascencio Rosaria", en *Boletín Informativo*, Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE), No. 30, 14 septiembre 2007.

22 TEJEDA G., Armando, "Mexicanas violadas por militares buscan justicia desde fuera del país", diario *La Jornada*, 3 junio 2011.

23 ARRIAGA VALENZUELA, S. J., Luis, "Jacinta y la procuración de justicia en México", Centro de Derechos Humanos "Miguel Agustín Pro Juárez, A.C." (Centro Prodh), México, s/f.

24 AZAOLA, Elena, *Op. Cit.*, 2009, p. 193; HERNÁNDEZ CASTILLO, Rosalva Aída, "Las mujeres indígenas, rehenes en la guerra contra el narco". En *Memoria*, agosto, 2010b, pp. 11-13; NÚÑEZ MIRANDA, Concepción, *Op. Cit.*

25 AZAOLA, Elena, *Op. Cit.*, pp. 154, 155; BODELÓN GONZÁLEZ, Encarna, "Género y sistema penal: los derechos de las mujeres en el sistema penal", en Roberto Bergalli (Coord y colaborador), *Sistema penal y problemas sociales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 451-486; CHENAUT, Victoria, *Op. Cit.*, 2010, p. 201.

derechos a los pueblos indígenas,²⁶ y en el caso del estado de Veracruz, la recientemente promulgada Ley de Derechos y Culturas Indígenas.²⁷ Aún con las críticas y cuestionamientos que han recibido estas reformas, es de considerar que se han establecido modificaciones legales que ponen en el centro del debate la cuestión de la diversidad cultural de México, y la necesidad de revisar los textos legales para adecuarlos a las nuevas formulaciones. Pero es necesario reflexionar acerca de la distancia que existe entre las normas legales y las prácticas judiciales y sociales, pues no existe un verdadero cambio en la impartición de justicia, si las reformas legales no se acompañan con una labor de educación, información y concientización de los funcionarios implicados en el procedimiento judicial; si no se generan mecanismos para articular el reconocimiento del derecho indígena con el derecho estatal; si no se forman intérpretes o traductores conocedores de las formas de vida de los indígenas, pero también de las prácticas y conceptos del sistema de justicia estatal; si no se fortalecen los peritajes antropológicos, así como la función y formación de los abogados de oficio, para que puedan desempeñar su tarea con rigor y eficiencia. La oralidad de los juicios que se establece en la reforma constitucional penal de 2008, hace necesario profesionalizar la figura del intérprete-traductor, para que puedan asistir en todo momento a los indígenas que se vean involucrados en un proceso penal, y formar abogados bilingües a través de los cuales se lleve a cabo una defensa sustentada en el diálogo intercultural que es necesario establecer a lo largo del procedimiento judicial.

La reforma penal que está en camino de implementarse en el estado de Veracruz, aún teniendo en cuenta sus claroscuros, es una ocasión para imaginar y poner en práctica medidas que permitan y faciliten el acceso al sistema de justicia penal para los integrantes de los pueblos indígenas y las mujeres, adoptando medidas que permitan mayor equidad en la procuración e impartición de justicia.

26 Estas reformas legales han sido ampliamente comentadas y cuestionadas por diversos autores. Véase, entre otros, LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco, *Legislación y derechos indígenas en México*, Centro de Orientación y Asesoría a Pueblos Indígenas A.C.-Ediciones Casa Vieja/La Guillotina, México, 2002.

27 Ley número 879 de Derechos y Culturas Indígenas para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, publicada en la Gaceta Oficial del estado de Veracruz, 3 de noviembre 2010. El proyecto de esta ley ha sido criticado por miembros de organizaciones indígenas y ONGs, porque no recoge las necesidades y aspiraciones de los pueblos indígenas, por su carácter burocrático y paternalista, y porque limita el concepto de autonomía sólo al ámbito de la comunidad, y no otorga personalidad jurídica a los pueblos indígenas, entre otros argumentos. Véase "Pronunciamiento sobre la convocatoria hecha por el Congreso del estado de Veracruz a la llamada consulta pública sobre la ley estatal en materia de derechos y cultura indígenas", 5 de agosto 2010. Disponible en Internet, <http://centroprodh.org.mx/prodh/index.php>.

Bibliografía

- ARRIAGA VALENZUELA, S. J., Luis, "Jacinta y la procuración de justicia en México", Centro de Derechos Humanos "Miguel Agustín Pro Juárez, A.C." (Centro Prodh), México, s/f.
- AZAOLA, Elena, *Crimen, castigo y violencias en México*, CIESAS/FLACSO-Ecuador, México, 2009.
- BERGMAN, Marcelo y AZAOLA, Elena, "Cárceles en México: cuadros de una crisis", en *Urvio*, No. 1, mayo, FLACSO-Ecuador, 2007.
- BLACKWELL, Maylei *et al*, "Cruces de fronteras, identidades indígenas, género y justicia en las Américas", en *Desacatos*, CIESAS, núm. 31, septiembre-diciembre, 2009.
- BODELÓN GONZÁLEZ, Encarna, "Género y sistema penal: los derechos de las mujeres en el sistema penal", en Roberto Bergalli (Coord y colaborador), *Sistema penal y problemas sociales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.
- BONFIL, Paloma, "Niñas e indígenas: Desigualdad en los sistemas de educación en México", en Inge Sichra (Comp.), *Género, etnicidad y educación en América Latina*, Ediciones Morata/PROEIB/InWent, España/Bolivia/Alemania, 2004.
- CARMONA, Fernando, "Indígenas encarcelados carecen de intérpretes en procesos legales", diario *La Jornada Veracruz*, 17 mayo 2011.
- COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, "Recomendación 34/2007 de la CNDH sobre el caso de la señora Ernestina Ascencio Rosaria", en *Boletín Informativo*, Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE), No. 30, 14 septiembre 2007.
- CONSEJO ESTATAL DE LA CONSULTA PÚBLICA PARA LA REFORMA DEMOCRÁTICA, *Memoria. Consulta pública sobre derechos de las comunidades indígenas*, Xalapa, Ver., 1997.
- CHENAUT, María Victoria, *Honor, disputas y usos del derecho entre los totonacas en el Distrito Judicial de Papantla, Ver.*, Tesis de Doctorado en Ciencias Sociales, El Colegio de Michoacán, Zamora, 1999.
- _____, "Las mujeres indígenas y el derecho: la prisión como experiencia de género", en Helga Baitenmann, Victoria Chenaut y Ann Varley (Coords), *Los códigos del género. Prácticas del derecho en el México contemporáneo*, PUEG-UNAM/UNIFEM, México, 2010.
- DE LEÓN PASQUEL, Lourdes, "Lenguas minorizadas, justicia y legislación en México y en Estados Unidos", en Lourdes de León Pasquel (Coord.), *Costumbres, leyes y movimiento indio en Oaxaca y Chiapas*, CIESAS/Miguel Ángel Porrúa, México, 2001.
- GÓMEZ, Magdalena, "La defensoría jurídica de presos indígenas", en Rodolfo Stavenhagen y Diego Iturralde (Coords.), *Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudini-*

- nario indígena en América Latina, Instituto Indigenista Interamericano/Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México, 1990.
- GRIEGO CEBALLOS, Daniela Guadalupe *et al*, *Memoria de Encuentros Indígenas en Veracruz, 1995-2001*, Maíz, Xalapa, 2003.
- HERNÁNDEZ CASTILLO, Rosalva Aída (Coord.), *Bajo la sombra del guamúchil. Historias de vida de mujeres indígenas y campesinas en prisión*, CIESAS/IWGIA/Ore-Media, México, 2010a.
- _____, “Las mujeres indígenas, rehenes en la guerra contra el narco”. En *Memoria*, agosto, 2010b.
- <http://centroprodh.org.mx/prodh/index.php>
- Ley número 879 de Derechos y Culturas Indígenas para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave.
- LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco, *Legislación y derechos indígenas en México*, Centro de Orientación y Asesoría a Pueblos Indígenas A.C.-Ediciones Casa Vieja/La Guillotina, México, 2002.
- MÉNDEZ, Alfredo, “Con 2 pactos internacionales revocan sentencia a indígena”, diario *La Jornada*, 30 de junio 2008.
- _____, “Eventual sanción contra juez que privó a otomí del derecho a contar con traductor”, diario *La Jornada*, 1 de julio 2008.
- NÚÑEZ MIRANDA, Concepción, “Mujeres en prisión: ¿transgresión u opresión?”, en *Acervos*, No. 27, 2004.
- OFICINA EN MÉXICO DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Informe del diagnóstico sobre el acceso a la justicia para los indígenas de México*, México, 2007.
- PÉREZ, U., MATILDE, “En la indefensión, 8,000 indígenas presos: legisladora”, diario *La Jornada*, 23 de abril 2007.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César y UPRIMNY, Rodrigo “¿Justicia para todos o seguridad para el mercado? El neoliberalismo y la reforma judicial en Colombia”, en Rodrigo Uprimny, César Rodríguez G. y Mauricio García, *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Grupo Editorial Norma, Bogotá, 2006.
- SIEDER, Rachel y SIERRA, María Teresa, *Acceso a la justicia para las mujeres indígenas en América Latina*, CMI Chr. Michelsen Institute, Working Paper 2, Bergen, Noruega, 2011.
- TEJEDA G., Armando, “Mexicanas violadas por militares buscan justicia desde fuera del país”, diario *La Jornada*, 3 junio 2011.

El voluntariado en México, realidades y perspectivas con un enfoque universitario*

Yuri Imanol De la Flor Patiño**

Hay hombres y mujeres que pretenden salir del universo utilitario y construir su morada en la cultura de la gratuidad, que testifican a diario que la última palabra no es el intercambio, sino el reconocimiento del otro y de sus exigencias. En lugar del interés celebran la gratuidad, y en lugar del mérito, celebran el don libre de la generosidad.

Joaquín García Roca

RESUMEN: En México el Voluntariado necesita de un nuevo impulso; por tal motivo resulta fundamental verlo como un factor para la creación de Políticas Públicas, cuya práctica, tendente al empoderamiento y a la consecución del desarrollo humano, resultaría benéfica para el país. El impulso comenzaría con la creación de un cuerpo normativo que regule su implementación y operatividad; luego vendría la creación de órganos públicos cuya función sea la de lograr lo anterior y por último con la implementación de programas estatales donde se vincule al gobierno con la sociedad civil, la Universidad y la juventud para lograr que en México la práctica del Voluntariado sea una realidad.

Palabras clave: Voluntariado, Desarrollo, Universidad, Política Pública.

ABSTRACT: Volunteering in Mexico needs a new impulse, and for this reason it is essential to view it as a factor in the creation of Public Policy, whose practice, aiming to empowering people and to the achievement of human development, would be beneficial for our country. The momentum would begin with the creation of a law to regulate its implementation and operation, then would come the creation of public agencies whose role it is to achieve what was said above; and finally with the implementation of state programs which link the government with civil society the University and youth to ensure that in Mexico the practice of volunteering become a reality.

Key words: Volunteering, Development, University, Public Policy.

* Artículo recibido el 2 de diciembre de 2011 y aceptado para su publicación el 30 de enero de 2012. Ensayo finalista en el Certamen de Delegados Juveniles ONU 2010 organizado por la Secretaría de Relaciones Exteriores de México.

** Licenciado en Derecho con Mención Honorífica por la Universidad Veracruzana y Agente Consular en el Consulado de México en Santa Ana California.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La propuesta. 3. El Voluntariado Universitario en México. 4. Conclusiones. Bibliografía.

1. Introducción

Partamos de una afirmación: En México el voluntariado necesita de un nuevo impulso para darse. Lo anterior en virtud de que si bien existe en el país desde hace algunos años, sin embargo opera en forma aislada mediante pequeñas células que en la mayoría de los casos no cuentan con los medios económicos o de gestión suficientes para acceder a mayores apoyos, viendo limitados su espectro de acción y evolución respectivamente. Asimismo, para gran parte de la sociedad mexicana resulta desconocido o bien confundido con esfuerzos de otra naturaleza, como la beneficencia o la filantropía.

Sin embargo, algunos miembros de la comunidad internacional nos muestran que el espíritu del voluntariado convertido en un principio rector de Políticas Públicas en Estados de Derecho, es un factor trascendental para lograr el bienestar basado en la solidaridad, unión y participación sociales. Tal es el caso de España con la Asociación Española de Cooperación para el Desarrollo¹ (AECID) o Japón con la JICA²; e incluso, si bien es un esfuerzo con implicaciones distintas a los antes mencionados, en el ámbito de las Naciones Unidas hay muestra tangible de que un pequeño grupo de voluntarios puede lograr, mediante acciones ciudadanas, el comienzo de la paz en diversas Naciones³.

2. La propuesta

Cambiamos pues su concepto: el voluntariado debe ser visto en México como un eje rector de políticas públicas, así como un mecanismo efectivo para la su-

1 Según su estatuto, su objeto es el fomento, gestión y ejecución de políticas públicas de cooperación internacional para el desarrollo, dirigidas a la lucha contra la pobreza y el logro de un desarrollo humano sostenible en los países en desarrollo. Su obra en el continente americano funciona desde los noventas: remodela viviendas, construye escuelas y brinda becas y apoyo para la consecución de proyectos con el fin de crear capital social. Disponible en: www.aecid.es AECID › Estatuto de la AECID (fecha de consulta 5 de mayo 2010).

2 La *Japan International Cooperation Agency*, JICA por sus siglas en inglés, se basa en los pilares de seguridad humana así como de la efectividad, eficiencia y eficacia donde se incluye el desarrollo, reducción de la pobreza así como la preservación y mejoras del Medio Ambiente como sus fines esenciales. Disponible en: www.jica.go.jp/english/about/mission/#vision (consulta: 29 de mayo 2010)

3 UNITED NATIONS, VOLUNTARIOS DE NACIONES UNIDAS, *Informe anual 2007, Inspiración en Acción*, (en línea), United Nations Office, New York, 2008, disponible en: www.unv.org/fileadmin/docdb/pdf/2008/annual/Spanish_report_WEB pp. 24 y ss, fecha de consulta 13 de mayo 2010.

peración de las desigualdades y la lucha contra la pobreza⁴, ya que mediante el empoderamiento de su población se dan las condiciones necesarias para lograr el desarrollo; no tan sólo como una consecuencia económica sino como un derecho humano, dejando que lo anterior permitiera, v. gr: un verdadero disfrute de la democracia como régimen político y forma de vida, así como la disminución en los índices delincuenciales⁵, de discriminación e incluso de flujos migratorios irregulares. Ahora, cambiemos el contexto dentro del cual debe desarrollarse, en primer lugar urge un marco legal conducente, que vaya más allá del plano discursivo y aterrice los aspectos operativos necesarios para llevarlo a la práctica. En este sentido, resulta fundamental la creación de programas estatales para fomentar su incidencia y desarrollo en el país; incardinada con una política pública de tipo educativo que permita la implementación del voluntariado dentro de las universidades del país, tomando en cuenta la importancia que la educación tiene en su desarrollo y porque además su práctica haría la educación profesional en México de tipo integral.

Ahora pues, es necesario desarrollar cada uno de los puntos mencionados. Por cuanto hace a la necesidad de un marco legal, no podemos olvidar que el Plan Nacional del Desarrollo 2007-2012 considera a "la persona, sus derechos y la ampliación de sus capacidades, como la columna vertebral [que permite] la toma de decisiones y la definición de Políticas Públicas"⁶; lo anterior abre un abanico de posibilidades fácticas para que se apruebe y promulgue, respectivamente, una ley que regule la actividad voluntaria en México⁷; en cuyo *corpus* se encuentren derechos y obligaciones de los voluntarios, fines y objetivos del voluntariado en México, medios de obtención de recursos o apoyos para desarrollarse, así como una nómina de instituciones y órganos públicos competentes, encargados de llevar a cabo los programas idóneos, mencionados en líneas anteriores, para fomentarle en el país.

Esta norma jurídica, sin lugar a dudas, sentaría una base para la creación y desarrollo de programas encaminados a la consolidación del voluntariado; se-

4 MÉNDEZ LANDA, María Teresa. *Voluntariado Universitario, Participación Ciudadana y Desarrollo VII Conferencia Regional ISTR América Latina y el Caribe* (en línea), ISTR, Perú, 2006, disponible en: www.lasociedadcivil.org/docs/ciberteca/Ponencia_Maria_Teresa_Mendez_Landa.pdf, p.4, fecha de consulta 20 de abril de 2010.

5 Esto ha sucedido en Ecuador por ejemplo, donde grupos de mujeres empoderadas, elegidas para llegar a puestos de decisión en su país, han logrado bajar los niveles de Violencia en sus comunidades.

UNITED NATIONS, *Executive Board of the United Nations Development Programme/United Nations Population Fund*, United Nations Office, New York, 2004, disponible en: <http://www.undp.org/execbrd/pdf/e04-35e.pdf>, fecha de consulta 18 de abril 2010.

6 PLAN NACIONAL DE DESARROLLO 2007-2012.

7 Existió en el año 2005 una intención que no fue más que una propuesta de Ley.

gundo punto a tratar. Conviene decir para el desarrollo de este punto, que en España, por ejemplo; su Ley de Voluntariado crea programas públicos donde el Estado cumple con un rol específico de promoción, reconocimiento y facilitación de la labor Voluntaria y de las organizaciones que la desarrollan⁸ a través de instancias gubernamentales. Esto último también sucede en Perú⁹ donde, mediante una ley general en la materia, se creó un organismo desconcentrado denominado Comisión Nacional de Voluntariado dependiente del Ministerio de la Mujer, cuyo objetivo es colaborar y fomentar la organización de grupos voluntarios a nivel nacional apoyando sus iniciativas y proyectos, así como su organización; a este respecto, cabe anotar que la función del Estado, en su vinculación con el voluntariado, no es la de limitar su espectro de acción, sino por el contrario, la de otorgarle las herramientas necesarias para lograr que se convierta en una política pública eficaz. En este sentido, Naciones Unidas en diversas resoluciones¹⁰ ha enarbolado este papel de patrocinador y fomentador, que los gobiernos del mundo deben observar para con el desarrollo del voluntariado.

Sobre este último punto, obsérvese que en México el modelo puede ser similar; aunque aquí serían varias Secretarías de Estado las encargadas de llevar a cabo dicha función como son: Relaciones Exteriores, Desarrollo Social y Educación; la propia ley crearía una Comisión Intersecretarial permanente responsable de establecer mecanismos para su promoción y difusión respetando y colaborando con los voluntariados sin perder de vista que con su actuar no deben limitar su desempeño.¹¹ De la citada comisión dependería un Sistema Nacional de Voluntariados, regulado de igual modo en la Ley anterior, donde pudieran inscribirse los voluntariados existentes en el país con miras a obtener mediante los programas públicos formados: beneficios económicos, de divulgación, de vinculación con organizaciones y organismos internacionales e incluso incentivos y reconocimientos a su labor.¹² Aunado a esto, el sistema daría seguimiento a los proyectos voluntarios y al desarrollo de sus integrantes solucionando entonces las problemáticas de falta de acceso a recursos y medios, así como la cuestión del aislamiento mencionada con anterioridad; creándose por

8 LEY DEL VOLUNTARIADO EN ESPAÑA 6/1996.

9 Para el año 2000 Perú se encuentra por encima del promedio de países de América Latina que practican Voluntariado en alguna de sus modalidades (social, cultural, educativo etc.) PORTOCARRERO *cit. pos.* MÉNDEZ LANDA, María Teresa, *Op. Cit.*, p. 5.

10 Resoluciones de la Asamblea General De Naciones Unidas 40/212 y 39/135 respectivamente.

11 Esto lo estatuye la LEY GENERAL DEL VOLUNTARIADO NÚM. 28238 de Perú en su artículo 16 fracción b.

12 Artículo 14 de la LEY DEL VOLUNTARIADO EN ESPAÑA 6/1996.

tanto una red de vínculos entre voluntariados; entre éstos, el gobierno y la sociedad civil.

3. El Voluntariado Universitario en México

Lo anterior nos lleva a la discusión del tercer punto relativo a volver parte de la política pública educativa en México al voluntariado. Partamos nuevamente de una afirmación: es innegable que para el logro y operación del voluntariado el proceso educativo formal resulta fundamental sobre todo, por su incidencia en el desarrollo de la formación de la juventud mexicana. En este sentido aquí se plantea la inclusión de una materia formativa en los programas educativos de las universidades junto con práctica voluntaria; las cuales partirán del conocimiento sobre las necesidades comunes entre las comunidades universitaria y local, creando proyectos que las vinculen entre sí permitiendo una mayor cohesión social así como la satisfacción de necesidades generales.¹³ Dicha materia se basaría en la enseñanza de las éticas ciudadana¹⁴ y universitaria¹⁵ con cuyo aprendizaje se fomentaría la responsabilidad de los ciudadanos sobre el ejercicio de un papel más activo en la solución de los problemas que les afecten colectivamente, promoviendo la formación de un capital social pensante, crítico, propositivo y autónomo comprometido a brindar servicio a su sociedad para que sea más libre y justa. Tendría carácter obligatorio en la matrícula situada en los primeros bloques de los estudios ofertados en las universidades, en tanto que la actividad voluntaria sólo sería realizada por aquellos convencidos de su práctica pudiendo prolongarse hasta el fin de sus estudios e inclusive, ya egresados, podrían seguir participando en la consecución de proyectos.

13 *Vid.*

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME 2008 (traducido), *Informe Anual 2008: Gobernanza Democrática 2008*, United Nations Office, New York, 2005, disponible en: http://www.undp.org/spanish/publicaciones/annualreport2008/pdf/SP_IARforweb_Ch3b_emocratic_Gov0608.pdf, pp. 21-22, fecha de consulta 2 de mayo 2010.

14 Se basaría en el principio "*fac homini aliis, ut vis, fac tibi*" cuya traducción sería: *haz a los demás lo que quisieras que te hagan a ti*, afirmación solidaria cuya aplicación permite al ciudadano ayudar. *cfr.* ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Tomo XI, Driskill S.A., Argentina, 1979, pp. 263 y 264.

15 *Vid.* DE LA ISLA, Carlos, *Responsabilidad Social y Universidad*, en *de la Perplejidad a la Utopía*, México, Ediciones Coyoacán-ITAM, 1998, *in totum*. Como una acotación, en la BUAP (Benemérita Universidad Autónoma de Puebla) ya existe una materia formativa basada en esta Ética denominada "Cultura y ética Universitaria", se oferta en el tronco común obligatorio para todos los estudiantes y tiene como fines la valoración de la Justicia, el reconocimiento de los grupos minoritarios y la identificación de la democracia como tarea ciudadana.

Por cuanto hace a éstos últimos, tienen que ser planteados siguiendo la vocación regional¹⁶ del voluntariado donde surjan y sustentarse en los principios de solidaridad, altruismo y gratuidad. Estos voluntariados universitarios se inscribirán en el sistema para ingresar a los programas de promoción, vinculación, fomento y apoyo económico, pudiendo entonces crecer y diversificarse.

La propuesta se piensa en la universidad en razón de que es un baluarte de la responsabilidad social, así como motor de la ciudadanía activa y la participación social¹⁷, y además, porque en ella se encuentra gran parte de la juventud mexicana, próximos padres, maestros o funcionarios públicos quienes, formados en la práctica del voluntariado, tendrían una visión distinta de su sociedad convirtiéndose, en un momento dado, en “agentes de cambio que unidos logren el desarrollo de su comunidad, su región y su país ejerciendo el liderazgo social y político del mañana¹⁸” esto abre la posibilidad para afirmar que “con una educación integral puedan las nuevas generaciones vivir un mejor mundo”¹⁹.

La creación, conservación y promoción de voluntariados universitarios como parte de la política educativa del país, daría pie a una cultura del voluntariado de cuya mano México pudiera alcanzar el desarrollo, convirtiendo además a la juventud en articuladora del mismo. Esto, unido a la legislación respectiva y a la creación de programas estatales para fomentarlo, redondea la idea sobre la existencia de medios ciertos para lograr su aplicación en México.

4. Conclusiones

Para concluir el presente ensayo cabe decir que las propuestas aquí hechas no me corresponden en su totalidad, pues en todo el orbe despierta la idea de ver al voluntariado como parte de políticas públicas sociales, y como motor del desarrollo de la juventud y del mundo, en otras palabras... como una respuesta a las

16 Entiéndase que la *vocación regional* es aquella identidad que la región ha definido para sí, partiendo del reconocimiento de sus fortalezas y debilidades, mediante las cuales podrá incidir en la solución de sus problemas sociales, culturales, económicos, políticos y ambientales.

17 SOLER JVALOY, Patricia, *Factores Psicosociales explicativos del Voluntariado Universitario*, (en línea), Universitat de Alicante, España, 2008, disponible en: www.cervantesvirtual.com7servlet/Sirveobras, pp. 30 y ss., fecha de consulta 25 de abril 2010.

18 UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, INTERNATIONAL COOPERATION AT A CROSSROADS HUMAN DEVELOPMENT REPORT 2005, UNITED NATIONS OFFICE, NEW YORK, 2005, DISPONIBLE EN: [HTTP://WWW.UNDP.ORG/ANNUALREPORTS/2005/ESPA-NOL/IAR05-SPANISH.PDF](http://www.undp.org/annualreports/2005/ESPA-NOL/IAR05-SPANISH.PDF), PP. 138 Y SS., FECHA DE CONSULTA 20 DE MAYO 2010.

19 Este es el objetivo principal del Decenio de las Naciones Unidas de la Educación para el Desarrollo Sostenible (DEDS 2005-2014) que la UNESCO coordina. Este proyecto ve en el Voluntariado Juvenil un medio para lograr el fin mencionado en el texto.

demandas de la sociedad por lograr una mejor forma de vida. Sin embargo, en México resulta necesario implementarlo mediante la cooperación vinculada entre el gobierno, la sociedad civil, por supuesto la juventud²⁰ y la universidad para poder abonarlo y no sólo sustentarlo en pequeños esfuerzos que se diluyan a lo largo del tiempo. Aquí el hecho no es sólo ver como ejecutarlo sino tender al fin mediato del mismo, es decir al desarrollo y a la formación de una sociedad ética y responsable mediante la cooperación y la organización.

Lo anterior es tan cierto que la propia Organización de las Naciones Unidas ha decidido dedicar en el 2011²¹ un día internacional a los voluntarios, hagamos pues, que mediante su implementación y práctica, en México haya también motivo de festejo.

20 A este respecto consúltense las Resoluciones A/G 26/59 y 31/131. Donde la Asamblea General otorga una importancia fundamental al papel de los jóvenes respecto al avance del proyecto de Voluntariado en el mundo.

21 Resolución de la Asamblea General 63/153.

Bibliografía

- DE LA ISLA, Carlos, *Responsabilidad Social y Universidad*, en *de la Perplejidad a la Utopía*, México, Ediciones Coyoacán-ITAM, 1998.
- ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Tomo XI, Driskill S.A., Argentina, 1979.
- LEY DEL VOLUNTARIADO EN ESPAÑA, Ley 6/1996.
- LEY GENERAL DEL VOLUNTARIADO DE PERÚ NÚM. 28238.
- MÉNDEZ LANDA, María Teresa. *Voluntariado Universitario, Participación Ciudadana y Desarrollo VII Conferencia Regional ISTR América Latina y el Caribe* (en línea), ISTR, Perú, 2006, disponible en: www.lasociedadcivil.org/docs/ciberteca/Ponencia_Maria_Teresa_Mendez_Landa.pdf, p.4, fecha de consulta 20 de abril de 2010.
- PLAN NACIONAL DE DESARROLLO 2007-2012.
- SOLER JVALOY, Patricia, *Factores Psicosociales explicativos del Voluntariado Universitario*, (en línea), Universitat de Alicante, España, 2008, disponible en: www.cervantes-virtual.com/7servlet/Sirveobras, pp. 30 y ss., fecha de consulta 25 de abril 2010.
- UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME 2008 (traducido), *Informe Anual 2008: Gobernanza Democrática 2008*, United Nations Office, New York, 2005, disponible en: http://www.undp.org/spanish/publicaciones/annualreport2008/pdf/SP_IARforweb_Ch3b_emocratic_Gov0608.pdf, fecha de consulta 2 de mayo 2010.
- UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, *International Cooperation at a crossroads Human Development Report 2005*, United Nations Office, New York, 2005, disponible en: <http://www.undp.org/annualreports/2005/espanol/IAR05-Spanish.pdf>, fecha de consulta 20 de mayo 2010.
- UNITED NATIONS RESOLUCIÓN DE LA ASAMBLEA GENERAL 26/59.
- UNITED NATIONS, *Executive Board of the United Nations Development Programme/United Nations Population Fund*, United Nations Office, New York, 2004, disponible en: <http://www.undp.org/execbrd/pdf/e04-35e.pdf>, fecha de consulta 18 de abril 2010.
- UNITED NATIONS, VOLUNTARIOS DE NACIONES UNIDAS, *Informe anual 2007, Inspiración en Acción*, (en línea), United Nations Office, New York, 2008, disponible en: www.unv.org/fileadmin/docdb/pdf/2008/annual/Spanish_report_WEB pp. 24 y ss, fecha de consulta 13 de mayo 2010
- Resolución de la Asamblea General 31/131.
- _____ Resolución de la Asamblea General 63/153.
- _____ Resolución de la Asamblea General 40/212.
- _____ Resolución de la Asamblea General 39/135.
- www.aacid.es, fecha de consulta 5 de mayo de 2010.

RESEÑA

Reseña: los muertos. Única realidad de la criminología

María del Pilar Espinosa Torres*

ZAFFARONI, E. Raúl, *La cuestión criminal*, Planeta, Buenos Aires, 2011.

El Doctor E. Raúl Zaffaroni publicó, al finalizar el año 2011, un nuevo libro: *La cuestión Criminal*, editorial Planeta, Buenos Aires, acompañado de ilustraciones de Miguel REP. Se trata de 26 entregas semanales publicadas en el Diario Página/12 de ese país, entre mayo y diciembre, cuyo contenido corresponde a otro libro llamado *La palabra de los muertos*, editorial Ediar, mismo que vio la luz en marzo del mismo año y es una serie de conferencias impartidas en Colombia y México en 2010. Como se explica en la advertencia de la *Cuestión Criminal*, los artículos son un intento de hacer llegar al público no especializado el panorama actual de la criminología, en relación al problema de la violencia que padecen los estados contemporáneos, con mayor intensidad los países latinoamericanos como México. Por esta razón utiliza un lenguaje más accesible, con modismos de Argentina y con las mínimas notas bibliográficas. Se recalca el hecho de que “la violencia excede en mucho el marco académico, cuyo control es materia de la política en nuestros días, además de un imperativo de supervivencia humana”. Puntualiza que se trata de un problema globalizado.

Los dos libros son de criminología, aunque con imprescindibles referencias al derecho penal, explicando el objeto de estudio de dichas disciplinas o saberes, especificando su diferencia y relación que ejemplifica como una pareja mal avenida pero que no puede separarse. El derecho estudia las normas, la criminología la realidad. Hace importantes planteamientos sobre el poder punitivo, el sistema penal, así como de muchas disciplinas o ciencias, la filosofía, la historia, la economía, la sociología, la medicina, la antropología, las ciencias y por supuesto las ciencias políticas y las de la comunicación.

* Maestra en Ciencias Penales, con estudios de Doctorado en Derecho Público, investigadora jubilada, pero activa de la Universidad Veracruzana.

En ambos libros, la estructura del contenido es en tres partes: 1. La palabra de la academia. 2. La palabra mediática y 3. La palabra de los muertos. Esta última parte es la que da el título a los libros con la afirmación de que la única realidad es el número de muertos existentes en cada país, cuyo extremo son los genocidios y las masacres “por goteo”.

En la primera parte de la *Cuestión criminal*, encontramos un resumen muy claro desde los inicios de la criminología (disciplina respecto a la cual el autor prefiere no dar definición y ubica en el siglo XV, no en el XIX como la mayoría de especialistas en la materia), con un manual para el juicio a las brujas, el *Malleus Maleficarum o Martillo de las Brujas*, estudio que lleva hasta el presente, lo cual resulta a cual mas útil, ya que la enorme bibliografía existente confunde y desanima a quien intente penetrar en ese territorio, además de que no hay un único dialecto en la cuestión criminal, sino varios con criterios diferentes y muchas veces. Lo impresionante es que Zaffaroni nos demuestra que en nuestros días se repiten, en ocasiones en mezcla incongruente, argumentos provenientes de épocas pasadas, hasta medievales, a los cuales se les da valor a pesar de haber sido superados.

En el recorrido por cinco siglos, el autor muestra que la criminología académica, que para efectos de esta reseña entiendo como disciplina que estudia el fenómeno de la violencia, ha tenido muchas variantes atendiendo al lugar y al grupo de expertos encargados de desarrollarla (algunas veces los filósofos, otras los médicos, otras los juristas) y ha ampliado su objeto de estudio desde el sujeto inculpa hasta el grupo que detenta el poder punitivo. Explica las diferentes etapas por las que ha transitado: a) la etiológica (causas del delito) y b) crítica o radical, con subdivisiones en cada fase. Por cuanto a sus relaciones con el derecho penal, nos expone Zaffaroni los conflictos entre los expositores de cada una por el dominio, traducidos en subordinación de una u otra disciplina.

En la segunda parte insiste en la importancia de salir del ámbito académico y entrar al mundo actual, que es eminentemente tecnológico y comunicacional, de donde se deriva la relevancia de entender las implicaciones que, sobre todo la televisión, tienen en la percepción de la violencia, precisando: “Si el sistema penal tiene por función canalizar la venganza y la violencia difusa de la sociedad, es menester que las personas crean que el poder punitivo está neutralizando al causante de todos sus males.” Igualmente hace hincapié en la presión ejercida por los medios sobre las agencias del sistema penal en su actuación, no tan solo ministerios públicos, sino jueces, ministros y por supuesto también sobre los políticos. Toca muchos más puntos de interés en esta parte como el rela-

tivo a que la criminología mediática “construye un concepto de seguridad bastante difuso, de la cual también los juristas deducen un derecho a la seguridad y una falsa opción entre seguridad y libertad en una máxima abstracción”, aclarando que lo que existe es un concreto derecho a la vida, a la libertad física o sexual, etc., Igualmente esta criminología adopta términos imprecisos como *gente* y así expresa en sus mensajes: “la gente tiene miedo, la gente pide mayor represión, la gente...” en lugar de referirse a personas e instala un mundo paranoide centrado en el chivo expiatorio en turno que infunde pánico moral, promoviendo una distinción en la sociedad entre nosotros los buenos y ellos los malos. Muchos programas y noticieros, afirma citando a Sartori disminuyen la capacidad de pensar convirtiéndonos en *homo videns*.

En la tercera parte, nos impresiona con los datos sobre el número de muertos provocados por el poder punitivo en el mundo globalizado, el mismo que supuestamente es el encargado de administrar justicia, prefiriendo referirse a masacres y no genocidios, ya que esta denominación legal excluye muchos casos concretos. Cita en varias ocasiones los mas de 40 mil muertos por “masacre por goteo” de México (según estadísticas oficiales ya llegan a los 50 mil) en su lucha contra la delincuencia organizada.

Siguiendo la línea de anteriores libros, Zaffaroni reitera la deslegitimación de cualquier discurso sobre la pena y de la función del derecho penal como impartidor de justicia, pero ahora va mas allá al afirmar: “El poder punitivo se apoya en un elemento por completo irracional, que es la venganza. Y la masacre se vale de su manipulación”, y lo mas impactante: “todo poder punitivo es una masacre en potencia”. Recalca que el poder punitivo se ejerce a través de la policía, con muy poco margen de actuación de las agencias judiciales y que el sistema penitenciario es un encierro sin sentido resocializador alguno. Sin embargo, reitera que la abolición del derecho penal, como proponen algunas vertientes de la criminología radical, solo ocasionaría mayor arbitrariedad por parte del poder, al igual que otras propuestas que requieren cambios drásticos y utópicos en la estructura de la sociedad.

Como propuesta, el doctor Zaffaroni postula una “criminología cautelar” que a similitud de la elaborada por el jesuita Friedrich Spee en respuesta al *Malleus Maleficarum*, logre contrarrestar y limitar la violencia del poder punitivo, para lo cual es imprescindible establecer nexos con la teoría política, con la sociología, con la psicología, la psiquiatría, la antropología, la economía y con la historia (en una enumeración ejemplificativa, no taxativa) y por supuesto aceptar sus aportes, pero los actualizados. La criminología cautelar que propone

debe ser militante, advirtiendo que quien acepte ser criminólogo será un experto molesto. Aclara que su propuesta no es original sino que se apoya en expertos de esos diferentes campos.

Señala tres principales frentes en los que debe actuar una criminología cautelar: a) el de la auscultación de las condiciones sociales para crear mediaticamente un mundo paranoide; b) el de confrontación permanente con la realidad de los daños y riesgos sociales, y c) el de individualización de los medios adecuados para la neutralización de estos últimos. Estos puntos constituyen la parte teórica, que debe aplicarse a través de la política criminológica para llegar a las personas y modificar sus actitudes. Propone la creación de un centro de observación autárquico, como un órgano técnico que cuide del control de la violencia, imprescindible para la instalación de una criminología cautelar en los estados.

Además enuncia varias tareas en relación al sistema jurídico penal, entre ellas la observación criminológica de las agencias jurídicas y académicas para propugnar por: a) el perfeccionamiento institucional del poder jurídico (grado de burocratización, selección y entrenamiento de los juristas, pluralismo ideológico en las agencias, independencia interna y externa) y b) análisis crítico de los discursos jurídicos para detectar los elementos que pueden neutralizar la función contentora.

Reitera que el análisis de la estructura de los poderes judiciales es tarea que incumbe a la ciencia política en su vertiente de ingeniería institucional, lamentando que no existan historias de nuestros poderes judiciales, lo que responde claramente, dice, a la imagen de aislamiento aséptico del marco político general en el que cada etapa ha operado, e insistiendo en que las ciencias sociales también deben investigar a los poderes judiciales.

La última parte de los libros se refieren al crimen organizado, término que critica debido a su imprecisión, "es una bolsa a la cual se le puede echar todo" y que en realidad el fenómeno corresponde a una criminalidad de mercado. Con el pretexto de su combate, el poder punitivo amplía su margen de actuación en detrimento de las garantías de toda la población, la cual admite dicha situación en aras de una seguridad manipulada frecuentemente por los medios de comunicación.

Como expone el autor, en todas partes del mundo se habla de la cuestión criminal, casi es de lo único de lo que se habla y todos creen tener la solución o por lo menos emiten opiniones. Por ello, resulta imprescindible leer las 359 páginas de *La cuestión criminal*, no tienen desperdicio, y tratando de superar el pesimis-

mo respecto de nuestro futuro planetario, intentar convertirse en “criminólogos molestos”, como propone el doctor Zaffaroni. Al alcance nuestro está de momento la difusión de estos libros que ojala lleguen a ojos de muchos interesados militantes.

Pueden acceder a internet para la lectura del libro y hasta descargarlo. El índice del libro muestra en el título de los artículos la riqueza de su contenido: “La academia, los medios y los muertos; El poder y la verticalización social; La estructura inquisitorial; Siempre hubo rebeldes y transgresores; Los contractualismos; No todos son gente como la gente; Comienza el apartheid criminológico; Los crímenes de la ciencia racionista, campos de exterminio y eugenesia; El parto sociológico; Desorganización, asociación diferencial y control; ¿Se cayó la estantería; La vertiente radical de la criminología crítica; ¿De la criminología crítica se pasó al desbande?; Los homicidios estatales o crímenes de masa; ¿Somos todos neuróticos?; La criminología mediática; La criminología mediática y la víctima héroe; La criminología mediática y los políticos; El fin de la criminología negacionista: qué, cómo, dónde; Cuando se cometen las masacres; Por qué; El aparato canalizador de venganza; El resultado: la prisionización reproductiva; La criminología cautelar preventiva de masacres; No se puede prevenir lo que no se conoce y Criminología cautelar y contención jurídica.”

Soy estudiosa de la obra del doctor Raul E. Zaffaroni desde hace años, gracias a sus libros logré poner un poco de orden en las diferentes teorías y corrientes en el derecho penal, admirando su habilidad para abrirse al abanico de “saberes” (la criminología principalmente) como él los denomina, así como su capacidad de síntesis para rescatar el pensamiento de multitud de autores y en ocasiones, reconocer sus errores ante los planteamientos de colegas para modificar los suyos, para lo cual expresa “en algún momento sostuve...”. Sus últimos libros me impactan por lo que exponen, así sucedió con su “teoría agnóstica de la pena” al sostener que dicha sanción no tiene sentido, que es un dolor perdido, inútil y ahora al llevarnos a la deslegitimación total del poder punitivo y del sistema penal, a la demostración de la irracionalidad de cualquier intento de tener alguna teoría racional para la pena de prisión. Y mas aun, cuando nos advierte de la amenaza existente en todos los países de llegar a una masacre.

No obstante, intentaremos contagiarnos con su enfoque optimista, “hay que hacer algo”. Él lo hace con su propuesta de criminología cautelar.

NOTICIAS RELEVANTES

***Honoris Causa* a los Doctores Diego Valadés Ríos y Sergio García Ramírez**

En un acto solemne del H. Consejo Universitario General, el pasado 4 de mayo, la Universidad Veracruzana otorgó dos Doctorados *Honoris Causa* a los juristas Diego Valadés Ríos y Sergio García Ramírez, como un homenaje a su relevante labor académica y profesional, así como por su destacado servicio público.

El presídium estuvo integrado por el Dr. Raúl Arias Lovillo, Rector de la Universidad Veracruzana; Lic. Nemesio Domínguez Domínguez, en representación del Gobernador Dr. Javier Duarte de Ochoa; Dr. Porfirio Carrillo Casillas, Secretario Académico de la Universidad; Mtr. Víctor Aguilar Pizarro, Secretario de Administración y Finanzas; Mtra. Leticia Rodríguez Audirac, Secretaria de la Rectoría; además del Dr. Emilio Gidi Villarreal, Defensor de los Derechos Universitarios y el Dr. Jorge Medina Viedas, asesor de Rectoría. Estos últimos fueron los encargados de leer la semblanza del Dr. Sergio García Ramírez y del Dr. Diego Valadés Ríos, respectivamente.

El Dr. Gidi Villarreal calificó a Sergio García Ramírez como un destacado jurista que rebasa los requisitos que la norma establece para ser acreedor de tan alta distinción. Por su parte el Dr. Medina Viedas, afirmó que Valadés Ríos es un extraordinario constitucionalista mexicano. De esta forma los destacados ju-



Noticias relevantes



ristas agradecieron a la comunidad universitaria por su entusiasta recibimiento y por otorgarles tan honrosa distinción.

El Dr. Sergio García Ramírez fue propuesto por la Junta Académica del Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad y el Dr. Diego Valadés Ríos por la Junta Académica de la Facultad de Derecho, ambas instituciones de la Universidad Veracruzana.

Palabras del Doctor Diego Valadés en la ceremonia de recepción del Doctorado *Honoris Causa* en la Universidad Veracruzana

Señor rector Raúl Arias Lovillo

Señores consejeros

Distinguido público.

Grande es el honor que hoy recibo, y no menor el compromiso de hacerme digno de esta insigne institución. Esta universidad es uno de los más sólidos pilares del conocimiento y de las artes en México; su intenso quehacer está acompañado por la ejemplar tradición cultural de Veracruz y tiene como objetivo la búsqueda de un mejor futuro para el país. Soy un universitario que se siente orgulloso de incorporarse a esta casa, a la que tanto admiro. Agradezco el elevado honor que hoy se me confiere, que tengo el privilegio de recibir al lado de don Sergio García Ramírez, uno de los grandes mexicanos de nuestro tiempo.

Mi gratitud para todas las autoridades de la Universidad Veracruzana, encabezadas por el señor rector Raúl Arias Lovillo, y para el doctor Jorge Medina Viedas, ex rector de la Universidad de Sinaloa, por sus expresiones inspiradas por la generosidad.

A la trayectoria cultural y académica de Veracruz se añade la fecunda participación que los veracruzanos han tenido en la forja de las instituciones nacionales. El personaje a quien el Estado honra llevando su nombre, Ignacio de la Llave, fue protagonista de la Revolución de Ayutla, y prócer de la Reforma. De esta ilustre tierra fue José María Mata, uno de los diputados descollantes en el Congreso de 1857. Orador elocuente y culto, abogó por la tolerancia religiosa y figura entre los más denodados constructores del Estado secular en México. Fernando de Jesús Corona, también constituyente, fue un prolífico legislador entre cuyas aportaciones destacaron los célebres “Códigos Corona”, uno de los cuales fue precursor en la supresión de la pena de muerte y en la prohibición de la tortura. Reformadores liberales fueron asimismo Miguel y Sebastián Lerdo de Tejada. A la iniciativa del presidente Lerdo se debió la incorporación de las Leyes de Reforma a la Constitución. En 1917 Alberto Román fue el redactor del

artículo 3º, junto con Francisco J. Múgica, Enrique Recio y Enrique Colunga, y Heriberto Jara escribió muchas de las más luminosas páginas del constitucionalismo social mexicano.

Por lo que Veracruz representa para las libertades públicas y para los derechos sociales en el país, y por lo que esta Universidad significa en cuanto a la acción académica comprometida con un saber al servicio del desarrollo social, de la justicia y de la equidad, es este el lugar propicio para formular algunas reflexiones sobre nuestro presente y nuestro porvenir constitucional. Para hacerlo, tengo muy presentes el lema de esta institución: “Arte, Ciencia, Luz”, y las elocuentes palabras del rector Raúl Arias Lovillo, cuando hace tiempo dijo: “Desde las instituciones públicas de educación superior, hemos querido demostrar que es posible incidir directamente en el bienestar de nuestra comunidad. No tenemos todos los elementos para resolver los problemas ni es nuestro papel, por cierto. No somos gobierno. Pero tenemos herramientas educativas.”¹

México vive en condiciones aflictivas. La lista de agobios es muy extensa. Incluye pobreza, desigualdad, violencia, corrupción y muchos otros síntomas que constatamos a diario y que denotan anomia.

Según la perspectiva que se adopte, se apuntan como soluciones de los problemas nacionales cambiar el modelo económico, modificar la fiscalidad, mejorar la educación, recuperar los valores éticos, atender la cuestión social, reafirmar la secularidad, reprimir la delincuencia o reformar el régimen político. El orden de prelación es afín al de las capacidades o inclinaciones profesionales.

Empero, la sociedad es un todo y si bien es posible jerarquizar los programas conforme a los recursos disponibles y a los apremios dominantes en un momento determinado, es precisa la suma de todas las acciones para alcanzar un bienestar razonable. La visión angular solía ser la de los dirigentes que alcanzaban el nivel de estadistas, pero esta es una especie diezmada. Hoy el político se ha vuelto un especialista más, que enuncia las soluciones mediante mensajes simplificados, muy por debajo de las expectativas de una sociedad compleja.

Estamos urgidos de una nueva esperanza, de una causa en la cual creer, de un proyecto que el colectivo nacional pueda abrazar y hacer suyo. Pero no aparece ni hay indicios de que esté próximo. La dinámica impuesta por una retórica erosiva se parece mucho al fenómeno desencadenado por los indignados. Criticar la política, las instituciones, la ineficacia de la norma, cosecha aplausos. Es un discurso comprensible cuando las cosas están mal y van a peor, pero no es

1 “Universidad y compromiso social”, julio 12, 2010.

una opción remediadora; por el contrario, contribuye a que la anomia deje de ser un accidente y se convierta en una constante.

Es muy sintomático que en este panorama sólo queden algunas ínsulas de credibilidad. Las más destacadas son las universidades. Los exámenes democráticos muestran que el mayor nivel de confianza subsistente en el país está depositado en las instituciones académicas de alto nivel. Se las ve ajenas a los trajines del poder político y de los intereses económicos, y se acierta. Por eso mismo las universidades tienen una responsabilidad tan elevada en la búsqueda de opciones para nuestros graves problemas de inequidad, de violencia, de incompetencia y de corrupción.

Las instituciones políticas por sí solas no bastan para resolver esos problemas, pero sin ellas es imposible que los demás instrumentos del Estado funcionen. Si no existen mecanismos que garanticen la fluidez de las decisiones y que permitan evaluar, controlar y responsabilizar a quienes las toman, se corre el riesgo de que prevalezca el voluntarismo, se acreciente la ineptitud y se expanda la corrupción.

Las definiciones políticas corresponden al capítulo adjetivo de las soluciones, y no sustituyen a otros instrumentos del Estado para cumplir sus funciones de distribuir la renta, administrar justicia, prestar servicios públicos y satisfacer demandas y derechos sociales.

La base de toda política democrática está en la idoneidad de las instituciones políticas mediante las que se organiza la deliberación, se alcanzan los acuerdos, se construyen los mecanismos de evaluación y se practican las acciones de control que, en conjunto, caracterizan al Estado constitucional.

El Estado suele fracasar en la solución de los problemas cuando la forma de procesar las soluciones es defectuosa. Definir esta forma es lo que conocemos como sistema político. Es evidente que la seguridad, por ejemplo, es alcanzable, pero lo que cuenta es decidir si la lograremos preservando o sacrificando las libertades; la cuestión social es un desafío superable, lo que interesa es saber si la conduciremos bajo apremios desbordados o mediante acciones constructivas; el desarrollo es un propósito asequible, lo que importa es definir si beneficiará a la sociedad o lo acaparará un sector, si seguimos aplicando el paliativo de la filantropía pública combinada con intenciones clientelares o si emprendemos cambios profundos. Las respuestas en uno u otro sentido dependen del tipo de instituciones políticas.

Por eso se acerca el momento en el que tendremos que responder a la pregunta ¿qué hacer con la Constitución? ¿Reformarla, reescribirla, sustituirla?

La Constitución de 1917 obedeció a un plan maestro. Sin embargo, incluso entonces hubo discrepancias significativas entre la concepción del proyecto carrancista y las modificaciones que los constituyentes, sobre todo los afines al obregonismo, le introdujeron. La propuesta de una Constitución convencional se transformó, al calor del debate, en una auténtica Constitución revolucionaria. Antes de la nuestra, sólo la Constitución de la 3ª república francesa, de 1848, había incorporado normas de contenido social. A diferencia de la francesa, de vigencia efímera, la Carta de Querétaro se tradujo en un compromiso social duradero y fructífero. Lo que esa Carta no incluyó fue el compromiso democrático.

En la actualidad el proyecto constitucional social está a medio destruir y el proyecto constitucional democrático está a medio construir. En este caso dos mitades no conforman una unidad; apenas configuran lo que debe ser un nuevo proyecto: rescatar lo que hemos perdido y completar lo que no hemos terminado.

Dos centenares de decretos han reformado la Constitución. Nuestro problema no son esas 201 reformas, sino que nuestra ruta ha sido zigzagueante y el punto de arribada se tornó evanescente. En otras palabras, carecemos de un proyecto nacional de Estado y por ende de Constitución.

Existen varios índices para mensurar la democracia. Uno de ellos, elaborado por la *Economist Intelligence Unit*, evalúa las libertades públicas y los sistemas electorales, la transparencia, la eficacia gubernamental, la participación y la cultura políticas. Combinando esos elementos, en 2011 la democracia mexicana figuraba entre las calificadas como *débiles*, en el lugar 50 de los 167 países considerados, y por debajo Uruguay (17), Costa Rica (20), Chile (35), Brasil (45) y Panamá (47), en América Latina.

Es necesario advertir que nos hemos detenido. A partir del tercer decenio del siglo anterior, no hubo década sin que la Constitución experimentara reformas relevantes. En su mayoría contribuyeron a ensanchar el horizonte del bienestar social, de las libertades públicas, de la administración de justicia, de la descentralización política y de los derechos humanos. También las hubo coyunturales, por ende inocuas desde la perspectiva de la evolución institucional, e incluso regresivas, como la mediatización del sistema representativo al prohibir la reelección sucesiva de los legisladores.

Con todo, la estrategia política de concesiones restringidas y la estrategia social de avances progresivos se fueron combinando y produciendo acomodos más o menos favorables. Los ritmos fueron parsimoniosos: unas veces anticiparon demandas y otras respondieron a tensiones que hacían crisis o a expectativas cuya atención no podía ser aplazada sine día. Así, en la década de los años

30 fue adoptada la fórmula que prohíbe de manera tajante la reelección presidencial; en los 40 se le dio el voto a la mujer en el nivel municipal, y una nueva interpretación del artículo 36 produjo un drástico cambio para desmontar el poder electoral caciquil, y el sistema electoral dejó de ser competencia de los municipios y de los estados para pasar a serlo de la Federación; en la década de los 50 se duplicó el número de electores federales con el sufragio femenino; en los 60 fueron creadas las diputaciones de partido para franquear la entrada de la oposición a la Cámara de Diputados; en los 70 se produjo la mayor reforma política que hasta entonces habíamos tenido, introduciendo la representación proporcional en la Cámara baja y en los municipios más poblados, además de facilitar la formación de partidos; en los 80 se profundizó la reforma precedente y en los 90 se autonomizaron los órganos de gestión electoral.

Siete décadas consecutivas de avances de diversa magnitud terminaron en 2000. Con el cambio de siglo, cambió asimismo el ciclo. Las reformas en materia de acceso a la información se convirtieron en el sucedáneo de las que se requerían para consolidar la democracia en México. Se nos confirió un derecho que tiene relevancia en el marco de las convenciones comerciales, para ejercer cierto control en la adjudicación de contratos, pero que en el orden político sus efectos han sido menores. Las decisiones de gobierno no se documentan ni se preservan en archivos públicos, por lo que en esta materia seguimos como hemos estado siempre: en la obscuridad.

Al encallar la evolución constitucional se truncó la estrategia gradualista; podía no ser la ideal desde una perspectiva democratizadora radical, pero al menos mantenía latentes las perspectivas de nuevas adecuaciones.

Cuando hacia finales de la última década del siglo XX se formularon las propuestas de una nueva Constitución, muchos preferimos hablar de una nueva constitucionalidad. Hicimos ejercicios de cotejo y pudimos ver que lo planteado como contenido de una nueva norma suprema cabía en la vigente, actualizándola para racionalizar la estructura y el ejercicio del poder. Sin embargo, acabó por no hacerse nada: ni Constitución nueva ni Constitución reformada.

Eso tiene una explicación: rozábamos los límites de lo que el poder estaba dispuesto a ceder. Sucesivas generaciones habían conquistado el circuito exterior del poder; lo que seguía —lo que sigue— es el núcleo del poder. Ya elegimos con libertad y tenemos órganos que reflejan la pluralidad política del país; esto forma parte de un cambio democrático acumulativo, construido a lo largo de décadas en las que fueron vencidas muchas reticencias y resistencias; décadas en las que persecución y violencia alternaron con negociación y racionalidad.

Hoy, la exigencia de una nueva Constitución no está presente pero sí está latente. En el último lustro México ha padecido una violencia desusada y desmesurada. También sufrimos el flagelo de la pobreza en una dimensión sin precedentes. Es comprensible que esta situación impida ver la cuestión política como una prioridad, aunque sin resolverla será imposible construir el instrumento que nos permita salir de la vorágine.

En algún momento tendremos que volver a hablar de la Constitución, si es que queremos seguir hablando de democracia. Lo alcanzado no subsistirá si no damos más pasos adelante. Hoy tenemos un pluralismo innocuo, que se limita a expresar su voz en el ámbito congresual, pero que carece de efectos en el gubernamental. Este es el tramo que sigue en nuestra evolución necesaria y por eso ha sido eludido. Las contradicciones constitucionales continúan ahí, y se hacen ostensibles todos los días, lo mismo en el ejercicio de la política que en la vida social del país. Un congreso democrático y un gobierno monárquico son incompatibles.

Nuestro pluralismo se detuvo cuando amenazó al núcleo del poder. Nuestros órganos representativos reflejan las preferencias electorales de los ciudadanos y pueden negociar las decisiones legislativas que le interesan al gobierno, pero no intervienen en la definición de las políticas del Estado. El presupuesto es un instrumento de habilitación de gasto cuyas partidas el gobierno reacomoda e incluso deja de ejercer; el plan nacional es la decisión vertical de una sola secretaría de Estado; los titulares de los máximos órganos de gobierno gozan de indemnidad política y su selección concierne a los afectos privados y no a los efectos públicos; las decisiones de interés colectivo se toman en el sigilo y sus razones no se documentan. Cada legislatura toma centenares de “puntos de acuerdo” que ni siquiera reciben respuesta gubernamental.

Por mucho tiempo consideré que elaborar una nueva Constitución implicaría abrir a la deliberación temas que podían resultar divisivos, y que sería difícil construir un nuevo consenso en una sociedad fracturada y expuesta a los dictados de las poderosas hegemonías empresarial y financiera. Pero el argumento de que una nueva norma suprema implicaría riesgos de retroceso político y social, está siendo controvertido por la realidad imperante. De seguir como vamos, los riesgos mayores consisten en no hacer nada. Si se retomara el ritmo de la gradualidad, ya resultaría insuficiente.

La disyuntiva de nuestro tiempo consiste en racionalizar o no el sistema presidencial; pero si esta tarea se aplaza y subsisten los rasgos monárquicos del sis-

tema presidencial mexicano creado en 1917, la presión democratizadora tenderá a llevarnos más lejos de lo que hoy es previsible.

Es probable que nuestro límite cronológico se ubique en 2017. Un lustro nos separa del momento en el que la nación debatirá acerca de la pertinencia de la Constitución. De mantener las contradicciones que la han hecho disfuncional, será inútil preservarla porque estará expuesta a un cuestionamiento extendido y fundado. Quienes subestiman la capacidad crítica de la sociedad mexicana no toman en cuenta el papel de las universidades, de los medios de comunicación, de la nueva ciudadanía que utiliza las redes sociales en una escala de crecimiento vertiginoso, ni de los partidos que se quieren significar como voceros del cambio.

Los cambios en el futuro cercano tendrán que tocar el núcleo del poder. Nuestros representantes políticos deberán ser sometidos, como ocurría antes de 1933, a la valoración de la ciudadanía; la integración del gobierno deberá corresponder a criterios de capacidad política y no de incondicionalidad personal; las decisiones gubernamentales deberán estar sujetas a la orientación de la mayoría congresual; los altos funcionarios tendrán que someterse al control político de nuestros representantes; la comunicación entre gobierno y congreso deberá ser continua, sistemática y efectiva.

Convendrá que los dirigentes políticos tengan presente que sus márgenes de tiempo están fijados por una fecha inamovible en la que nos espera algo más que una efeméride: nos aguarda una decisión inaplazable. 2017 será el año que preceda a una elección federal, y una nueva Constitución bien podría ser el gran tema de esos comicios si antes no se han removido los obstáculos que detuvieron nuestro andar democratizador, en el que la prudencia se traducía en lentitud, pero de cualquier manera se caminaba.

La política y la historia no son lineales ni cíclicas. La historia nunca se repite. En la historia hay avances y retrocesos que se intercalan en diferente proporción. La historia es una combinación de lo que fueron futuros cumplidos y fracasados. Sin embargo en el quehacer humano hay una sola constante lineal: el saber. El conocimiento es acumulativo, y cuando se produce en un ambiente de libertades influye en el progreso de las instituciones.

El Estado contemporáneo es tributario de los cambios producidos por el conocimiento ilustrado. Sin éste muchos de los prejuicios supersticiosos que dominaban a las sociedades no habrían sido superados, como tampoco lo habría sido la tradición milenaria que investía a los monarcas como emisarios de la divinidad. Aunque parezca inverosímil, todavía Luis XVI fue autor de milagros, al igual que sus antecesores desde la Edad Media. Marc Bloch, en un fascinante

trabajo de erudición histórica², ha mostrado a esos reyes taumaturgos que basaban el poder de mandar sobre los hombres, en el de mandar sobre la naturaleza.

El conocimiento científico y los avances tecnológicos despojaron a los monarcas de sus atributos sobrenaturales y auspició un giro radical en las concepciones políticas. Un ejemplo remoto pero no menor está en la secularización del tiempo, que acompañó a la del Estado. En esta secularización influyó la invención de los relojes mecánicos en el siglo XIII. A partir de entonces la autoridad civil pudo asumir la función de orientar las actividades cotidianas de la población que por siglos se basó en el tañer de las campanas eclesiales. En 1335 ya había reloj público en Milán, y sobreviven el instalado en 1405 en Berna (el *Zytglogge*) y los que poco después fueron colocados en la sede municipal de Praga y en la Plaza de San Marcos de Venecia (Torre del Reloj).

Me he alargado y debo concluir. A la generosidad de esta noble institución correspondo con mi gratitud sin límite. Soy un universitario que, como ustedes, tengo una responsabilidad social. Nosotros no somos actores políticos, pero tampoco somos testigos pasivos de lo que se hace con la nación a la que servimos desde el aula, el laboratorio y el cubículo.

Las universidades son entidades abiertas a la imaginación y son fuente de una esperanza representada por la juventud, por el saber y por la cultura. Con esta esperanza podremos contestar qué hacer con el Estado y con la Constitución. Creo que la respuesta es sencilla: tenemos que hacer por los mexicanos de mañana lo que los mexicanos de ayer hicieron por nosotros: vencer resistencias y superar obstáculos. Hay riesgos, sin duda; las tentaciones regresivas están presentes. Pero el temor que paraliza, destruye; los peligros existen para ser sorteados. Es deseable que cuando lleguemos al centenario de la Carta de Querétaro celebremos que ya se hayan producido los cambios tan necesarios y tan aplazados; de no ser así, deberemos prepararnos para rejuvenecer el orden constitucional e impedir que el Estado se siga degradando y con él nuestra vida colectiva e individual.

A los universitarios no nos toca hacer los cambios, pero sí nos corresponde orientarlos. En la división social del trabajo los universitarios tenemos que cumplir el papel de reformadores. Así fue antes, así es ahora y así será en el futuro. El estancamiento durará tanto como seamos capaces de consentirlo o como seamos incapaces de corregirlo.

2 *The royal touch. Monarchy and miracles in France and England*, N. York, Dorsett, 1961, pp. 223 y ss.

Palabras del Doctor Sergio García Ramírez al recibir Doctorado Honoris Causa en la Universidad Veracruzana

Instituciones de la Nación y la República

Meses atrás, en otro foro de esta misma institución hospitalaria, pudimos recordar el papel — es decir, la identidad y la trascendencia — de Veracruz y su insigne Universidad. Renuevo la invocación, el afecto y el respeto. Añado mi gratitud.

Vemos las cosas desde un balcón privilegiado. Lo brindan Veracruz y su Universidad. Desde siempre han ilustrado nuestra imaginación y atraído nuestro reconocimiento. Hablo en plural, porque sé que esto vale para muchos, pero no diluyo en ese universo mi sentimiento personal, que es profundo y constante por lo que he recibido — mexicano, ciudadano, jurista — de esta región y de esta institución.

Así lo afirmé en el foro de noviembre de 2011, cuando celebramos con el Consejo Universitario la autonomía de esta Casa. Nos solidarizamos con la libertad universitaria que tributa a la libertad general, y cuya razón jurídica, moral y política compartimos con absoluta convicción. Esa autonomía, prenda de la universidad pública, garantiza la constancia de la nación y de la república, aloja sus proyectos y asegura la soberanía del pueblo. Pone su propia muralla, opuesta a la tormenta, en el espacio histórico de los mexicanos. Traza, en lo que le compete, la frontera de México.

En el mayor puerto de Veracruz — que lo es de México —, asediado y liberado, testigo y actor de auroras y ocasos, se concentraron capítulos principales de la crónica republicana. Esto contribuye a la imagen y al acento de Veracruz. Nadie le negaría presencia propia y erguida en la galería nacional: estampa veracruzana, con brisa de mar, elevación de cordillera, opulencia de selva. Y además, vigorosa autoridad moral.

Aquí se abrieron los portales de nuevas eras. Los franquearon hombres universales que supieron ser, primero, mexicanos fieles a su condición primordial. Esta fidelidad fue su primera lección. Con ese título remontaron la adversidad y

llegaron a ser imbatibles. Más de una vez traspusimos esas puertas en momentos poblados de incertidumbre. Las etapas escrituradas en Veracruz valen por su eficacia, su prestigio y su razón. Tienen esa genealogía y esa virtud.

Interesa atraer estos hechos cuando se pretende recapitular sobre las etapas que aguardan en la construcción del Estado mexicano y de las instituciones que la nación y la república han establecido, y que a su turno las han dotado de la espada y el escudo — dicho con fórmula juarista — para resolver y sostener su futuro. En él debiera existir mucho más que despliegue material: profunda raíz e infinito horizonte moral.

Para compartir con mis amigos veracruzanos y universitarios una somera reflexión sobre las instituciones de la nación y de la república — dos círculos concéntricos de lo que llamamos patria mexicana —, debo recordar que cada tiempo tiene una suerte de específica encomienda, que le imprime cierto aire singular.

Las circunstancias que hoy concurren en la nación y en la república, los vientos que las incitan y la condición de las instituciones que son el fruto y el signo de aquéllas, disponen un tiempo propicio para recordar y prevenir; memorar y soñar; elegir y emprender. A esto se podrían aplicar nuestras fuerzas. Y a esto quiere servir la reflexión sobre las instituciones que son el producto y la garantía de nuestra vida colectiva, y pudieran serlo más todavía en las horas que se avecinan.

Nos hallamos — en el amplio sentido de la expresión — en horas de encrucijada; “parteaguas”, que se acostumbra decir. Aquí desembocan las fuerzas que disputaron y disputan la vida de la nación y nuestra propia vida. Ni son débiles, ni es menor su pretensión. Han mantenido vigor y proyecto a lo largo de dos siglos, aspirantes a perpetuidad. Su objetivo, explícito o implícito, se resume en una fórmula radical: cuerpo y espíritu de México. No menos; y por supuesto, más no hay.

Esto propone la naturaleza de nuestra tarea, convertida en misión. En una larga marcha, llegamos aquí. Y desde este punto seguiremos, con renovada inspiración. Por eso nuestras horas son tiempo de resolver y caminar. Tienen esa vocación característica y sirven a ese destino particular. Los comparten varias generaciones que transitan en algún lugar del camino.

El tema que nos solicita es cómo deberemos resolver y caminar, en qué dirección, hacia qué puertos de escala y arribo, con qué carta de viaje y con qué instrumentos de navegación. Bajo estos apremios reaparece y adquiere sentido

contemporáneo el tema de las instituciones nacionales y republicanas: naturaleza, continuidad y razón.

Voy a un punto de identidad. Cuando me refiero a las instituciones aludo a las fórmulas, los instrumentos, los conjuntos normativos o materiales que hallan razón de ser, encomienda y dirección en las decisiones que dan cimiento y sentido a una Constitución y a la organización política, social y económica —y también moral— que ésta fertiliza.

Por lo tanto, invoco a las instituciones como receptoras de valores, principios y programas. O bien, como figuras que asumen una idea política, la cumplen, desarrollan y enfilan hacia un destino que concilia el pasado, el presente y el futuro. De otra manera: congregan en armonía el México eterno y el México moderno, sin veleidad ni dispersión. Se asocian a lo que solemos llamar —aunque cada vez lo llamamos menos, quizás por olvido, tal vez por debilidad o temor— nuestro proyecto de nación, que adquiere su dimensión formal, su estructura visible y activa en un proyecto de república.

La herramienta carece de compromiso. Es neutra y fungible. Se aplica a una obra, pero no la encarna. Las instituciones que invoco no son apenas herramienta de un oficio que se resuelve en sí mismo, sin espíritu ni trascendencia. Implican una admisión moral y política. Son instituciones con calificativos, como la mejor versión de la democracia: para hombres concretos, en un tiempo y un espacio, ni utópica ni ucrónica. Así las instituciones, ni neutrales ni indiferentes. Son cuerpo en el que anida un alma que las define, arraiga, orienta y justifica.

Nuestras instituciones poseen acta de nacimiento y hoja de vida, al igual que suelo y cielo específicos. Hemos mirado —y debemos mirar— fronteras afuera, donde se hallan una historia y una circunstancia que compartimos. Así ha sido desde el alba nacional y republicana, aunque los paradigmas que entonces observamos con admiración pronto serían modelos de dominación, precisamente en la experiencia mexicana, donde confiadamente se les proclamaba.

Vemos, pues, por encima de las fronteras, pero no dejamos —y espero que no dejemos, a pesar de las incitaciones que abruma y de las rendiciones y deserciones que se multiplican— de mirar fronteras adentro y descifrar, con esta experta mirada, el programa de nuestra existencia y la identidad de nuestras instituciones. Esto acredita la oriunde y el rostro de la institucionalidad mexicana y abona su eficacia y persistencia. Corresponde a una nación y a su expresión política. En otros términos: a su genio y a su figura. Es el campo donde echan raíz y toman firmeza las instituciones nacionales, instaladas e identifica-

das bajo este calificativo -o mejor aún, este sustantivo-, que impide la confusión o el extravío.

La institucionalidad mexicana elegida y fortalecida en el fragor del siglo XIX y desarrollada en el XX se ha comprometido con esta nación y con esta república, no con otras. No forma parte de una patria ideal de almas sin patria, que rechazó Justo Sierra al ponderar la mexicanidad de la universidad nacional. Esa institucionalidad adquirió una orientación explícitamente nacionalista, o bien, si se prefiere, mexicanista. A ella afluyeron motivos y razones, que no han cesado y favorecen su vigencia.

Recordemos las Leyes de Reforma y las instituciones que las instalaron y acompañaron, en la disputa por la nación. En este proceso, Veracruz prestó su escenario, su brazo y su convicción. Esas leyes e instituciones concentraron una reforma del Estado que no se limitaba a revisar la relación entre los poderosos para el ejercicio del poder, frente a una muchedumbre silenciosa, que funge como testigo, no como actor de su propia vida: multitud que no asciende al escenario y apenas observa desde la galería, aunque la obra se desarrolla en su nombre. La reforma liberal del Estado mexicano reconstruyó la relación entre el ser humano, la sociedad y el Estado.

Esas normas y sus consiguientes instituciones se propusieron excarcelar el alma de México. Dicho de otra manera, depositaron en las manos de cada mexicano la clave y el poder de su íntima liberación, y afianzaron el Estado nacional. Éste no sería un gendarme de la conciencia, sino un garante sereno y respetuoso de la libertad.

¿Podría haber, para su hora, mayor reforma del Estado? ¿Podría haber mejor fragua para las instituciones de una república emergente y promisorias? Quienes participaron en esa batalla por abandonar el pasado y atreverse en el futuro conocieron el esfuerzo que reclama la abolición de una obstinada servidumbre. No podríamos ignorarlo, *so pena* de repetir la historia, que es el destino de quien la olvida.

Recordemos también las leyes que alentó el movimiento revolucionario más profundo de nuestra historia y anunciaron su obra culminante: la Constitución de 1917. Normas e instituciones de este signo aparecieron en el escenario de Veracruz.

Es verdad que una Constitución aloja decisiones políticas fundamentales, que atañen al pleno de la nación. Pero también es cierto que otros temas — inicialmente alejados de la preceptiva constitucional— fijan el rumbo de la sociedad y caracterizan la vida de sus integrantes. Ésta no es el tránsito menudo de

ciudadanos hipotéticos, confinados en las palabras de la ley, sino la vida real y posible de seres humanos, que cumplen su destino de la cuna a la tumba.

Estos temas ascendieron con la Revolución. Así se observó en el sistema agrario y las relaciones del trabajo, móvil del pueblo, más agraviado por el despojo de la tierra y el esclavismo fabril que por la burla al sufragio. También se advirtió en el régimen de la familia, eje de un nuevo Derecho privado social, y en el municipio libre, que revisa las relaciones del poder. De esta suerte, comenzó el establecimiento de las nuevas instituciones. ¿Podría haber mayor reforma del Estado?

Sigamos. La institucionalidad mexicana tiene un punto de partida y de llegada, en círculo inexorable: el individuo, el ser humano, el ciudadano, tres dimensiones de una sola definición. Las mejores instituciones que hubo en la instalación de la república y las que luego llegaron han girado en torno a ese valor de referencia. México surgió bajo las ideas fundacionales de la era moderna: la sociedad política se explica y justifica — señaló el Decreto de Apatzingán — en la protección de los derechos del ser humano. Otro tanto dijo la Constitución de 1857. Si así se explica y justifica la sociedad política, las instituciones que ésta construye — su producto y su baluarte — deben servir al mismo designio.

La Constitución de 1917 empleó términos diferentes, pero retuvo al ser humano en el centro de la norma suprema y de las instituciones republicanas. No desvió el rumbo del Estado ni auspició aventuras transpersonalistas. La institucionalidad siguió cimentada en el valor radical del hombre y en la misión servicial del Estado.

Ese reconocimiento, cultivado en la formulación constitucional de las instituciones, estableció su itinerario y fijó su destino. Hay una clara constancia en el artículo 3° de la ley suprema, a partir de 1946. Este precepto — la norma principal del conjunto, porque lo encauza y permea — traza el perfil de la sociedad, disciplina la conducta del Estado y propone la realización del ser humano. Ahí se establece el gran proyecto nacional. Ahí, la ética civil de las instituciones republicanas.

Las instituciones de México, que han debido sortear las corrientes del capricho y el autoritarismo, donde encallaron con frecuencia, están fincadas en un principio garantista que les da firmeza y nos da seguridad: legalidad. Ésta es una de las más difíciles conquistas, o acaso la más difícil de todas y que a todas abarca en su marco de poder, racionalidad y majestad. Son y deben ser instituciones de legalidad. En la ley radican su origen, su cauce, su movimiento, su compromiso. Recogen el ideal platónico del gobierno de la ley, mejor que de los

hombres, sin que por eso se olvide — porque caeríamos en la ilusión — que son los hombres quienes expiden y aplican la ley.

De ahí nuestra creciente confianza en la norma que se dice refleja la voluntad general, y nuestra motivada cautela — en vigilia instintiva — a la hora de disponer las manos que asumirán la formación y la ejecución de la ley, y en tal virtud orientarán nuestra existencia. En las cenizas de muchas hogueras se hallan las experiencias que nos mueven a procurar el imperio de la legalidad.

Armadas por la ley, como se armó a los caballeros, las instituciones formales son el lindero que la nación y la república oponen al desbordamiento del poder informal. No habría otra forma de domarlo, reducir su imperio y su arrogancia. Siempre hubo poderes de esta impetuosa condición. Pero han crecido y asumido nueva presencia, unas a la luz, otras en la sombra. Dondequiera ingresan y acechan. Con eficaces patrocinios, tienden las manos hacia el timón.

En el arduo trabajo de la institucionalidad, que emprendimos, mantuvimos y consolidamos con movimientos populares, en son de guerra o de paz, deslindamos las funciones civil y militar, con las que el pueblo pone el poder a su servicio. Este tema atravesó el siglo XIX. Quedó resuelto en el XX y lo sigue estando en el XXI. Gravita con serenidad — fuerza de la historia y fuerza de la razón — en la moderna institucionalidad de la nación y de la república.

La Revolución revisó las estructuras y las expresiones del poder, y dispuso, después de la tempestad, su cauce civil, natural y definitivo. Esta ha sido una decisión fundamental de la nación mexicana, ni súbita ni sencilla, y un elemento crucial en la operación de sus instituciones y en el régimen de los derechos y las garantías que aquéllas proveen. Maduró en México, con mayor profundidad y diligencia que en otras latitudes.

Casi en las mismas horas en que la nación y la república decidían esa institucionalidad civil, se deliberaba sobre la seguridad de las libertades en la conciencia de los ciudadanos. Se ha dicho que el derecho humano de más antigua fragua, que toca nuestra intimidad y exalta o cancela nuestro albedrío, es la libertad de creer o no creer, gobernar el pensamiento, ejercer la voluntad, elegir y consumir el destino personal. La nación y la república resolvieron sus dilemas en el marco de la constitucionalidad y la institucionalidad. Operaron en el filo de la navaja por el que corren la libertad humana y la soberanía popular.

El conflicto entre el poder civil y el clero, cuya simiente se puso en la Colonia y tuvo descendencia en la república atribulada, acompañó los avatares de la independencia y contribuyó a definir el destino y el camino. Los contendientes que disputaban el alma, sin olvidar los trofeos de la riqueza y los atractivos del

poder, adelantaron sus propias versiones de una posible institucionalidad. Veracruz no ignora en qué sentido se inclinó la balanza. La institucionalidad laica subió a la Constitución con las Leyes de Reforma, agentes de una redención republicana.

En la construcción del Estado que tiene cimiento en la segunda mitad del siglo XIX y desarrollo en la primera del XX, figura el orden laico. No es estrechez de la libertad —que correspondería al modelo contrario—, sino ampliación de su ejercicio. La historia describe, en páginas sombrías, el río revuelto que agitaron muchos pescadores, y narra el advenimiento de esa decisión política fundamental en el diseño y el desempeño del poder.

A partir de aquella decisión —es decir, de la paz, no de la guerra, de la libertad, no de la servidumbre, de la tolerancia, no de la opresión— se alza el Estado laico. Constituye una proclamación de libertad, anuncia la neutralidad del poder y garantiza el vuelo de la conciencia. Este es otro dato en el panorama de las instituciones nacionales y republicanas. Dificilmente habría peor inconsecuencia histórica que la provisión de brasas a una hoguera que hace tiempo se extinguió.

Los mayores movimientos desde 1810 —o desde antes, anidados y vigilantes—, han proclamado anhelos que fueron su insignia y su discurso. Digamos dos, que trazaron el rumbo: renovación política y renovación social, que generarían su propio sistema institucional. Podemos desplegar esta intención en los tiempos de la historia. Así recogemos la aspiración; llevamos el pulso; medimos —no sin sobresalto— los progresos y los retrocesos.

Quienes pusieron en marcha la Independencia y la Revolución, ambas inconclusas, elevaron esas proclamaciones con diversas palabras. No es fácil precisar qué fue primero en la exigencia, aunque deban ir juntas en el cumplimiento. En esa dirección se enderezaron nuestros movimientos, agitados por el instinto o ilustrados por la razón, y se plantearon las instituciones que aquéllos alumbrarían.

Desde los Sentimientos de la Nación, hemos querido moderar la indigencia y la opulencia. La construcción del Estado social mexicano, con el despliegue de sus instituciones características, sería la natural consecuencia de este compromiso establecido en la Constitución. La ley suprema no habló de Estado social, pero estableció el cimiento, diseñó la figura y desarrolló el proyecto. El Poder Revisor trabajó sobre la huella de 1917, incorporando en la estructura de un Estado diligente las piezas que corresponderían a ese compromiso. Lo hizo tan-

to en la función directa del Estado -central o descentralizado- como en su relación con los individuos, caracterizada por deberes de intervención y protección.

El Estado social, el control nacional de los recursos del pueblo — manifestación de probidad republicana y responsabilidad histórica — y el régimen tutelar de grupos e individuos vulnerables fueron fragua obligada de instituciones que hicieron posible el tránsito sin que hubiese nuevos incendios.

Las instituciones buscaron su origen ideológico y práctico en la Revolución y en los motivos y objetivos que la informaron, con errores y aciertos, grandezas y miserias. Las promesas del inicio y del trayecto, las exigencias de la marcha, las previsiones del destino, fueron recibidas en instituciones que hicieron su parte — muchas la siguen haciendo — en la construcción de una república con modalidades propias, que se mira en el doble espejo de la historia aleccionadora y del porvenir deseable y practicable.

Una revolución enfrenta los palacios — o los potros y las cárceles — de la justicia. En el siglo que sigue a la Revolución reconstruimos el aparato de justicia del antiguo régimen. Se ha dicho que el siglo XIX pertenece a los parlamentos, el XX al ejecutivo y el XXI a los tribunales. Moderemos la literalidad de esta afirmación, pero advirtamos que las instituciones de la justicia — sus órganos, su competencia, sus procedimientos — han ganado terreno, contra viento y marea. En la cuenta de la institucionalidad mexicana figuran los desarrollos del control judicial; y también, en esta hora, el ingreso a las jurisdicciones internacionales.

No puedo ir más lejos en este apunte, tan somero, sobre ciertos rasgos de las instituciones de nuestra nación y nuestra república. Las condiciones del país en los primeros años del siglo XXI no son las que existían en el alba del XX. Tampoco sus instituciones. Sin embargo, es preciso volver sobre su genio y recuperar sus objetivos. Ciertamente no deben ser de bronce; pero tampoco de arena.

Es indispensable esta relectura en horas de revisión, que traen consigo el desmantelamiento de instituciones públicas, en paralelo con la invalidación del Estado y la pérdida de derechos y expectativas de un gran número de ciudadanos. Esto tiene características diferentes en sociedades opulentas y en sociedades débiles, como la nuestra. No pienso, pues, en modelos universales, sino en condiciones nacionales que pueblan la vida cotidiana.

Conviene meditar sobre la idea — transformada en doctrina y política — de reasumir como empresas (entes del mundo mercantil) las instituciones del Estado (entes del mundo político), transformando la función pública en gerencia de bienes y servicios y retirando al poder los deberes que le conciernen con el pretexto de que hay operarios disponibles para gobernar con mano invisible.

Este abandono, que cobra sus primeras bajas en el mundo de las instituciones públicas, trae consigo la decadencia de derechos y garantías de un amplio sector de la población. Se puede agravar a los más débiles, abandonados por la defección del Estado social. Así sucede en el paso que lleva del Estado responsable al Estado incompetente.

Desatender o minar instituciones, cuya excelencia y fortaleza necesitamos, dejará desguarnecidos los espacios que codician quienes hoy las asedian. La indolencia o la inconsciencia facilitarán el asalto de esos territorios, con sus previsibles consecuencias. La nación y la república pagarán el precio.

Vuelvo al principio de mi intervención. He querido resumir convicciones y devociones. Para concluir, diré que entre éstas figuran, como he mencionado, la admiración, el respeto y el afecto por la aportación veracruzana a la obra de los mexicanos. Las instituciones del liberalismo y de la Revolución se alzaron en este magnífico escenario, que debe abastecer, con imaginación, vigor y patriotismo, a las instituciones mexicanas del porvenir. Apenas estamos emprendiendo su perfil y su papel.

La universidad gallarda y generosa que me ha conferido el inmerecido privilegio que ahora recibo — por eso es generosa — tiene un deber de avanzada en esa obra. Estoy seguro de que lo seguirá cumpliendo con grandeza.

Presentación del libro “Marco Jurídico de la Delincuencia Organizada en México: una Reflexión en el Contexto Global”

CONTRERAS LÓPEZ, Miriam Elsa, *Marco Jurídico de la Delincuencia Organizada en México: Una Reflexión en el Contexto Global*, Universidad Veracruzana, México 2012, ISBN: 9786075021393

El pasado 4 de mayo del año en curso se llevó a cabo dentro del marco de la Feria Internacional del Libro Universitario (FILU), la presentación de la más reciente obra de la Dra. Miriam Elsa Contreras López, investigadora nacional de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana.

El evento tuvo como sede las instalaciones del Auditorio de Artes Plásticas de la Facultad de Artes de la Universidad Veracruzana, lugar en que se dieron cita, investigadores, estudiantes y público conocedor de la materia, quienes escucharon con atención la participación de académicos de renombrado prestigio, tales como el Mtro. Salvador Martínez y Martínez, la Dra. Rebeca E. Contreras López y el Mtro. César A. García Soberano.



En su calidad de moderador del evento, el Mtro. César A. García Soberano reconoció la labor incansable al servicio de formación de jóvenes juristas de la Dra. Miriam Contreras, quien comparte sus conocimientos con alumnos de diversas instituciones a nivel superior.

Por su parte el Mtro. Salvador Martínez y Martínez avaló el hábil manejo

de los conceptos jurídicos, así como la sugestión constante que en su conjunto conforman el sello de las producciones literarias de la autora. Externó su complacencia con respecto a la forma crítica y puntual con que se aborda el delicado tema de la Delincuencia Organizada y el marco jurídico nacional e internacional que regula a esta clase de criminalidad, destacando así la pertinencia del estudio doctrinal que se enarboló en el afán de dilucidar la vinculación existente entre las medidas contempladas por la Ley Federal de Delincuencia Organizada y el Derecho Penal del Enemigo.

La Dra. Rebeca E. Contreras López, destacó la visión crítica con que la autora elaboró su estudio, ya que incorporó no sólo la perspectiva doctrinal que su labor de investigadora ofrece sino que además complementó sus argumentos con su experiencia como abogada litigante, hecho que le permitió estudiar el fenómeno de la delincuencia organizada basada en el plano real del sistema penal mexicano.

Por último, la Dra. Miriam Contreras, autora del libro presentado, agradeció el valioso apoyo recibido por sus compañeros del Cuerpo Académico “Transformaciones Jurídicas”, perteneciente al Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad de la Universidad Veracruzana. En forma de reflexión final, la autora presentó al público una composición de su autoría entorno a la impartición de justicia y su impacto en la vida de los gobernados.

PIEDAD Y JUSTICIA

Miriam Elsa Contreras López

Justicia ¡Señor Juez! al
inocente
y un poco de piedad
para el culpable.

Siente en el corazón
tu esencia humana
y mira alrededor
cuando condenas.

Sé bien que es la prisión,
en estos días,
un medio de castigo
inevitable.

El mundo degenera
y los humanos,
cual bestias de la selva
se comportan.

Todos quieren tener
más que los otros
y ambicionan poder
con desenfreno.

Por eso día con día
— unos a otros —
se roban o se matan
sin sentido.

Y quienes habitamos
esta jungla
clamamos por la pena
más monstruosa.

Decimos que el matar,
más que un delito,
es pecado mortal
y así, deseamos,
que el que mató
se muera sin clemencia.

O que aquél que ha robado,
en la miseria
camine por el mundo

Noticias relevantes

y no reciba
ni un mendrugo de pan
ni una limosna.

Y sin saber,
matamos al que mata
y al ladrón le quitamos
la esperanza.

Nadie quiere pensar
que a aquel que roba
tal vez le había cansado
su miseria;
o que el hombre que mata
a un semejante
se asesina a sí mismo
aunque respire.

Todos quieren juzgar
y sin embargo
nadie tiene el valor
de ser verdugo.
Y es un ser como todos
quien decide
si ha de ser condenado
un inocente
o tal vez liberado
algún culpable.

No es preciso ser Dios
en este mundo

para ser juzgador
de algún humano.

Y si quizá hasta Dios
de algún castigo
o una pena menor
se ha arrepentido
¿qué podemos pedirle
a un ser humano
cuando ha de decidir
algún destino?

No ha de ser perfección
ni omnipotencia,
tan solo reflexión,
jamás venganza.

La humildad es también
en estos casos,
ingrediente esencial
de la Justicia.

Nadie es Dios en la tierra
aunque parezca,
y es pecado mortal
el olvidarlo.

Castigar no es un don
ni una presea,
es penosa tarea
¡nada envidiable!

Sin embargo una pena,
cuando es terrible,
puede hacer que quien mata
desee más muerte;
pero si es con clemencia
como se impone,
quizá logre a la vida
darle presencia.

Si pecadores todos
ya lo hemos sido
y Dios ha perdonado
nuestras faltas;
por qué no dar la mano
a los que tratan
de enderezar el rumbo
de sus vidas.

Por qué no dar Justicia
al inocente
y un poco de Piedad
para el culpable.

Y por qué no aceptar
que en esta jungla
no todos somos bestias
ni culpables.

Presentación de los libros “Introducción al Estudio de la Persona y Familia” e “Introducción al Derecho”

CONTRERAS LÓPEZ, Miriam Elsa, *Introducción al Estudio de la Persona y Familia*, Universidad Veracruzana, México 2010, ISBN: 978-607-00-3322-3

JONGITUD ZAMORA, Jaqueline, *Introducción al Derecho*, Universidad Veracruzana, México 2010, ISBN: 978-607-00-3322-3

El auditorio del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana fue la sede de la presentación de las dos últimas obras de la Colección Derecho y Educación. El evento al cual se dieron cita investigadores, docentes, y alumnos de la Facultad de Derecho de la Máxima Casa de Estudios en Veracruz, fue celebrado el día 16 de mayo del año en curso, fungiendo como anfitriones: el Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad en conjunto con el Instituto de Investigaciones Jurídicas, ambos pertenecientes a la Universidad Veracruzana.

Entre los miembros del presidium se encontraban el Dr. Manlio Fabio Casarín León, Director de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana, la Dra. María del Carmen Valdés Martínez, Catedrática de misma Casa de Estudios, el Dr. José Lorenzo Álvarez Montero, Magistrado del Tribunal Electoral del Estado de Veracruz, el Dr. José Luís Cuevas Gayoso, Investigador Nacional y Catedrático de Facultad de Derecho de la Univer-



sidad Veracruzana, así como la Dra. Miriam E. Contreras López y la Dra. Jacqueline Jongitud Zamora, autoras de las obras en comentario.

En su carácter de moderador, el Dr. José Luís Cuevas Gayosso, expresó su admiración por las autoras, de quienes se refirió como jóvenes investigadoras con un interés loable en el desarrollo de la doctrina jurídica. La Dra. María del Carmen Valdés Martínez, se refirió al libro "Introducción al Estudio de la Persona y Familia", como una obra de apoyo para la docencia dirigida a estudiantes y académicos, bajo un estilo claro y sencillo que demuestra la habilidad de la autora para abordar todos los temas del programa de estudios de la experiencia educativa de Derecho Civil.

Por su parte, el Dr. José Lorenzo Álvarez Montero, aseveró que el libro "Introducción al Derecho" constituye una herramienta sumamente útil para la docencia y la investigación debido a la sencillez y calidad de su redacción, la cual se complementa con referencias bibliográficas y jurisprudenciales de suma actualidad.

El Dr. Manlio Fabio Casarín León, extendió una felicitación a las autoras de las obras, de quienes se refirió como académicas comprometidas con su labor para la docencia y la generación de textos universitarios que se incorporan a un marco jurídico confiable. Las autoras agradecieron el apoyo brindado por el Cuerpo Académico "Transformaciones Jurídicas" del cual son parte, y reafirmaron su intención de generar textos universitarios por y para los alumnos, bajo la premisa de lograr un desarrollo de competencias dentro y fuera del aula.

Presentación del libro “1000 Términos Jurídicos”

GAMBOA DE TREJO, Ana, *1000 Términos Jurídicos*, Universidad Veracruzana, México 2012, ISBN: 978-607-00-3554-8

El pasado 17 de mayo del año en curso, se llevó a cabo en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana, la presentación de la más reciente obra de la Dra. Ana Gamboa de Trejo. El evento fue organizado por el Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad; el Instituto de Investigaciones Jurídicas y la Facultad de Derecho, todos ellos pertenecientes a la Máxima Casa de Estudios en Veracruz.

Al evento asistieron académicos, alumnos e investigadores, quienes escucharon con atención las reflexiones de las personalidades que presentaron la obra en comento, entre las cuales se encuentran: la Dra. Socorro Moncayo Rodríguez, la Dra. Josefa Montalvo Romero, la Dra. Rebeca E. Contreras López, así como el alumno, Luis Eduardo Coronel Gamboa.

En su intervención la Dra. Socorro Moncayo Rodríguez, expresó su beneplácito al participar en dicho evento pues no sólo se presentó al público un libro sino el producto del esfuerzo conjunto de alumnos y docente. De igual forma, concluyó en que la obra constituye en sí misma, una herramienta valiosa para la investigación, debido a la sencillez y claridad de su lenguaje, y en especial, por la facilidad de su consulta.

Por su parte, la Dra. Josefa Montalvo Romero, felicitó a la autora por su incansable labor en la docencia y en la investigación jurídica, asimismo calificó a la obra como una herramienta básica que contempla conceptos de diversas ramas del derecho, como lo son: fiscal, internacional, laboral, mercantil, penal, procesal civil, procesal penal, romano y teoría política; las cuales convergen en una compilación de fácil consulta, dirigida no sólo a abogados sino al público en general.

El estudiante del 4º semestre de Derecho, Luis Eduardo Coronel Gamboa, agradeció a la Dra. Ana Gamboa, la oportunidad de presentar su libro, el cual sin lugar a dudas permite comprender de una manera fácil y sencilla diversos

términos jurídicos, alentando con ello el interés por conocer más de las diversas áreas que comprenden a la Ciencia Jurídica.

Finalmente, la Dra. Ana Gamboa, autora de la obra, expresó su agradecimiento a los alumnos de la Facultad de Derecho, a quienes impartió los cursos de Metodología Jurídica y Seminario de Tesis, por su dedicación y participación en la elaboración de ese trabajo, mismo que tenía como finalidad: iniciar a los jóvenes en la profesión de investigador y tener la posibilidad de ofrecer un producto final basado en el método y estudio.

Lineamientos para los autores

Las colaboraciones se recibirán y se turnarán a dos árbitros especializados. En el caso de haber sido aceptado el artículo o reseña, pero con observaciones o comentarios por parte de los lectores especializados, éstos se remitirán al autor, para que sean incorporados al texto a la brevedad posible. El comité editorial se reserva el derecho de realizar ajustes menores al texto, que no modifiquen su contenido, como resultado de la revisión de estilo en el desarrollo del proceso editorial para su publicación.

Las colaboraciones deberán enviarse únicamente al correo electrónico: letrasjuridicas@hotmail.com.

El autor entregará la versión electrónica al correo indicado, sirviéndose para ello del procesador de textos *word*. Se utilizará letra *Book antiqua* en 12 puntos, con hojas numeradas en la parte central, a un centímetro del margen inferior, a espacio sencillo, con márgenes (superior, izquierdo, derecho e inferior) de 3 cm, y con un total aproximado de 30 a 32 líneas.

Los artículos tendrán una extensión de 8 a 15 cuartillas, evitando las transcripciones textuales excesivas o demasiado largas. En la página inicial se dejará un margen superior de 6 espacios. El título del artículo se anotará al centro. Éste deberá escribirse con altas y bajas, en 14 puntos y negritas. A continuación se escribirá el nombre del autor en 12 puntos, sin negritas. Se indicará con un asterisco y nota de pie de página la identificación del autor. En el caso de los autores que participen por primera vez deberán anexar un *curriculum vitae* resumido.

Las reseñas bibliográficas no deberán exceder de 4 cuartillas y los comentarios legislativos o jurisprudenciales de 5. Incluirán un título, abajo nombre del autor y enseguida los datos de identificación del documento que se comenta (libro, artículo, sentencia, reforma de ley, etc.) Se evitará la transcripción excesiva e incluirá un comentario final del autor, para los demás aspectos seguirán los lineamientos de los artículos.

En el caso de los artículos, deberán comenzar con un **resumen** en español y un **abstract** en inglés de no más de 200 palabras, que sintetice el contenido del artículo, y deberá incluir además las palabras clave o *keys words* que permitan la clasificación del contenido de la colaboración.

El artículo incluirá un sumario de contenido con numeración decimal. Los encabezados de cada apartado se escribirán en altas y bajas, en negritas y 14 puntos.

Respecto a las citas, se deberá tener presente las indicaciones cuando sean de una extensión de hasta 40 palabras, en cuyo caso deberán ir dentro de cuerpo del texto, entrecomilladas o, si rebasan esta extensión, deberán ir separadas del texto, con margen de 5 espacios en el margen izquierdo, sin comillas, con letra 10 puntos.

Las notas a pie de página deberán presentarse de la siguiente manera: Las llamadas de nota deberán indicarse con números volados o en superíndices, con un carácter de 10 puntos y sin paréntesis.

No deben confundirse las notas a pie de página con las referencias bibliográficas. Dichas referencias deberán comenzar con el apellido del autor en mayúsculas o versales, seguido por su nombre, el título del libro o el nombre de la revista en cursivas, "título del artículo", editorial, colección, lugar y año de publicación, así como el número de la página de donde se extrae la cita o el número de páginas totales del libro en caso de que sólo se cite una idea general.

La bibliografía general se incluirá al final del artículo, sin omitirse en ningún caso, con la leyenda Bibliografía al centro y en la parte superior de la cuartilla en 14 puntos, y con un colgado de 3 cm. aproximadamente del resto del texto.

El apellido o los apellidos del autor se ordenan alfabéticamente y el nombre, en altas y bajas. Después de una coma (,) aparece el *título* (y el *subtítulo* en caso de que lo haya) en cursivas, o el nombre del artículo entrecomillado. Luego de una coma (,) se incluye la editorial, colección, lugar, año de edición y número total de páginas del libro.

En caso de ser aceptado el artículo, cada autor recibirá dos ejemplares si son extranjeros, tres para nacionales y cinco para locales.

La dirección del Centro de Estudios sobre Derechos, Globalización y Seguridad es Galeana y 7 de Noviembre, Zona Centro, Xalapa, Veracruz, México, C.P. 91000. Para mayor información dirigirse al correo letrasjuridicas@hotmail.com.

Esta revista se terminó de imprimir y encuadernar en el mes de junio de 2012. En CÓDICE-SERVICIOS EDITORIALES, Xalapa, Veracruz. El tiraje fue de 300 ejemplares. El cuidado de la edición estuvo a cargo de Rebeca Elizabeth Contreras López.

