

Revista Mexicana de Ciencias Penales

Año 1

Número 4

abril-junio de 2018

Los retos del Derecho Penal Internacional

- El Sistema de Justicia Penal Internacional y la Política de selección de la persecución
Kai Ambos
- Cooperación en materia de seguridad en América del Norte en la era de Trump
Athanasios Hristoulas
- Análisis de la competencia territorial y extraterritorial en México
Javier Dondé Matute
- Fake news: Implicaciones jurídicas, derechos humanos y acceso a la justicia
Ulrich Richter
- Nuevo sistema penal y la enseñanza de la Victimología
María de la Luz Lima Malvido



· INACIPE ·
INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES

REVISTA
MEXICANA
DE CIENCIAS
PENALES





REVISTA MEXICANA DE CIENCIAS PENALES



REVISTA MEXICANA DE CIENCIAS PENALES es una publicación del INACIPE, cuyo objetivo es dar a conocer investigaciones, análisis, reflexiones y opiniones acerca de las ciencias penales en México y en el mundo. En esta revista se dan cita los autores más reconocidos en estas disciplinas.

Año 1 • Número 4 • abril-junio de 2018
ISSN 0187-0416



· I N A C I P E ·
INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES

DIRECTORIO

H. JUNTA DE GOBIERNO

Alberto Elías Beltrán

Subprocurador Jurídico y de Asuntos Internacionales de la PGR y Secretario Técnico de la H. Junta de Gobierno del INACIPE

Alfonso Navarrete Prida

Secretario de Gobernación

José Antonio González Anaya

Secretario de Hacienda y Crédito Público

Otto Granados Roldán

Secretario de Educación Pública

Edmundo Porfirio Garrido Osorio

Procurador General de Justicia de la Ciudad de México

Enrique Luis Graue Wiechers

Rector de la Universidad Nacional Autónoma de México

Eduardo Abel Peñalosa Castro

Rector de la Universidad Autónoma Metropolitana

Victoria Adato Green

Presidenta de la Academia Mexicana de Ciencias Penales

Manuel Galán Jiménez

Comisario Público Propietario y Delegado ante el Sector Seguridad Nacional de la Secretaría de la Función Pública

INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES

Gerardo Laveaga

Director General

Rafael Ruiz Mena

Secretario General Académico

Pablo Berthely Araiza

Secretario General de Extensión

Alfonso Jesús Mostalac Cecilia

Director de Publicaciones y Biblioteca

COMITÉ EDITORIAL

Luis de la Barrera Solórzano

Martha Lamas Encabo

Gerardo Laveaga Rendón

Sergio López Ayllón

Elisa Speckman Guerra

DIRECTORA DE LA REVISTA MEXICANA DE CIENCIAS PENALES

Alejandra Silva Carreras

Instituto Nacional de Ciencias Penales

EDITORA EN JEFE

Karmen Thereza Silva Fajardo

Instituto Nacional de Ciencias Penales

Diseño editorial

Lizeth Violeta Méndez Guadarrama

Luis Ramiro Díaz Ruiz

Cuidado editorial

Leticia Escobar Lucrecio

Irene Bárcenas Jara

Jessica Thalia Fragozo Osorio

Traductor

Roberto Rivera Romero

REVISTA MEXICANA DE CIENCIAS PENALES, Año 1, No. 4, abril-junio 2018.

Es una publicación trimestral editada por el Instituto Nacional de Ciencias Penales, a través de la Dirección de Publicaciones. Calle Magisterio Nacional núm. 113, Col. Tlalpan, Del. Tlalpan, C. P. 14000, México, Ciudad de México, Tel. 5487 1571; www.inacipe.gob.mx; e-mail: publicaciones@inacipe.gob.mx. Editor responsable: Karmen Thereza Silva Fajardo. Reservas de Derechos al Uso Exclusivo No. 04-2017-080214584200-102, ISSN: 0187-0416, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor; Licitud de Título y contenido: 17106. Expediente: CCPRI/3/TC/18/21019 otorgado por la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas de la Secretaría de Gobernación.

Impresa por Ediciones Corunda, S.A. de C.V., Tlaxcala 19, Col. San Francisco, Del. Magdalena Contreras, C.P. 10810, Ciudad de México. Este número se terminó de imprimir en junio de 2018, con un tiraje de 1,000 ejemplares.

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura del editor de la publicación.

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



Instituto Nacional de Ciencias Penales



@INACIPE

www.inacipe.gob.mx

CONTENIDO

Carta editorial _____ VII

TENDENCIAS Y PERSPECTIVAS ACTUALES

Kai Ambos

● *El Sistema de Justicia Penal Internacional y la Política de selección de la persecución* _____ 3

Karlos A. Castilla Juárez

● *Asesinato de personas migrantes sine permissum en tránsito ¿un crimen de lesa humanidad competencia de la Corte Penal Internacional?* _____ 21

Javier Figueroa Castellanos y

Graciela Polanco Hernández

● *Inmigración y criminalidad en Norteamérica* _____ 49

Javier Dondé Matute

● *Análisis de la competencia territorial y extraterritorial en México* _____ 75

Pablo Gonzalo Ortiz Beltrán

● *Protocolo de Estambul: su debilidad probatoria en la acreditación jurídica de la tortura y la falacia de su certificación evaluativa* _____ 99

RETOS EN LA PROCURACIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Athanasios Hristoulas

● *Cooperación en materia de seguridad en América del Norte en la era de Trump* _____ 135

Ulrich Richter

● *Fake news: implicaciones jurídicas, derechos humanos y acceso a la justicia* _____ 155

María de la Luz Lima Malvido

● *Nuevo sistema penal y la enseñanza de la Victimología* _____ 175

Aura Itzel Ruiz Guarneros

● *La aplicación de la evaluación poligráfica al servicio profesional de carrera:
Ministerial, Policial y Pericial* _____ 197

VISIONES PARA EL FUTURO

César Esquinca Muñoa

● *Concursos de oposición: injustas generalizaciones* _____ 215

CARTA EDITORIAL

La segunda mitad del siglo XX se caracterizó por el nacimiento de una nueva sociedad global en la que los Estados se encuentran cada vez más interconectados en diversas materias como son la económica, la social, la política, la financiera y también, la seguridad.

Cada vez, se hace más perceptible la interdependencia entre los países y la necesidad de establecer mecanismos que permitan el desarrollo de relaciones internacionales. Ningún país puede actuar de manera aislada y menos aun cuando los fenómenos delictivos trascienden las fronteras.

Es por ello que la *Revista Mexicana de Ciencias Penales* se encuentra dedicada a reflexionar sobre las tareas pendientes en materia de seguridad y Derecho penal internacional. Ello, a fin de ofrecer respuestas a los grandes fenómenos a los que México y el mundo se enfrentan.

Es así que la presente publicación inicia con un artículo de Kai Ambos, quien ofrece una profunda reflexión sobre la Corte Penal Internacional y su trascendencia para la conformación de procesos relativos a los *core crimes*.

Por otro lado, si bien el *Protocolo de Estambul* es uno de los documentos internacionales más importantes para evaluar la tortura, el psicólogo forense Pablo Gonzalo Ortiz advierte en su artículo, que la acreditación jurídica de un acto de tortura no puede partir únicamente de una evaluación clínica, sino que se requiere de la conformación de principios más especializados que atiendan a distintas líneas científicas de la psicología.

Atendiendo a la seguridad en las fronteras y la cooperación internacional, el investigador Athanasios Hristoulas ahonda en un tema neurálgico de la agenda política mexicana en materia de relaciones internacionales: la cooperación entre los países de América del Norte en materia de seguridad.

Desde una visión actual, Hristoulas atiende a los desafíos en la política de seguridad tras la llegada del presidente Donald Trump.

Así mismo, y en torno a los fenómenos de delincuencia y criminalidad en Norteamérica, Javier Figueroa y Graciela Polanco Hernández reflexionan acerca de la criminalización de los migrantes y

estudian desde una visión criminológica la raíz de las aseveraciones del presidente Trump.

Karlos A. Castilla, atiende al fenómeno de los migrantes como grupo vulnerable. Advierte el delito de asesinato de los mismos y la pertinencia de la Corte Penal Internacional en la investigación.

Desde la era de la desinformación Ulrich Richter observa el fenómeno de las *fake news* y la posibilidad de acceder a la justicia mexicana cuando se demanda a una empresa

transnacional. A través de la exposición de caso, el abogado narra cómo se demandó a Google Inc.

Es así como el presente número aborda múltiples fenómenos de violencia, seguridad, política, marginación, vulnerabilidad y acceso a la justicia que se encuentran directa o indirectamente relacionados con la globalización, los marcos jurídicos internacionales y las instituciones.

Alejandra Silva Carreras
*Directora de la Revista Mexicana
de Ciencias Penales*

TENDENCIAS Y
PERSPECTIVAS
ACTUALES

EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL Y LA POLÍTICA DE SELECCIÓN DE LA PERSECUCIÓN

● Kai Ambos*

* Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional en la Georg-August Universität Göttingen. Juez del Tribunal Especial para Kosovo. Director General del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL).

** Traducción basada en el trabajo ‘The International Criminal Justice System and Prosecutorial Selection Policy’ (en ACKERMAN/AMBOS/SIKIRIĆ (eds.), *Visions of Justice, Liber Amicorum Mirjan Damaška*, Berlin: Duncker & Humblot, 2016) realizada por Gustavo Urquizo, LL.M., doctorando de la Georg-August Universität Göttingen y miembro de la Secretaría Ejecutiva del CEDPAL, a quien además se le agradece por su ayuda en la actualización del presente artículo.

PALABRAS CLAVE

KEYWORDS

- Corte Penal Internacional
- Justicia penal distributiva
- Justicia penal retributiva
- Crímenes

International Criminal Court

Distributive criminal justice

Retributive criminal justice

Crimes

Resumen. La Corte Penal Internacional (CPI) es un tribunal que tiene como función procesar y juzgar los denominados *core crimes*. En ese sentido, el presente artículo expone la importancia de esta figura jurídica la cual tiene grandes desafíos en la selección y priorización de casos los cuales deben ser tratados de un modo racional, justo y transparente ya que son elementos clave para el funcionamiento y legitimidad de este sistema penal internacional. El autor compara el sistema penal real con un planteamiento ideal, diferenciando la justicia retributiva de la justicia distributiva.

Abstract. The International Criminal Court (ICC) is a court whose function is to prosecute and judge the so-called core crimes. In this sense, this article exposes the importance of this legal figure which has great challenges in the selection and prioritization of cases which must be treated in a rational, fair and transparent manner since they are key elements for the operation and legitimacy of this international criminal system. The author compares the real criminal system with an ideal approach, differentiating retributive justice from distributive justice.

SUMARIO:

I. Introducción. II. El Sistema de Justicia Penal Internacional. III. Estrategia, política y selección de la persecución. IV. Fuentes de consulta.

I. INTRODUCCIÓN

El ‘sistema de justicia penal internacional’ es un sistema interrelacionado y dinámico compuesto por tres niveles, cuyo objetivo consiste en reducir la impunidad respecto a los denominados *core crimes* internacionales. La Corte Penal Internacional (‘CPI’) solo es un elemento de ese sistema. Debido a sus limitaciones ella debe utilizar sus escasos recursos de una forma altamente eficiente y racional. La aplicación selectiva constituye pues el principal desafío de la Corte y al mismo tiempo la esperanza para evitar la sobrecarga y el agotamiento. Sin embargo, esto conduce a un sistema de justicia distributiva antes que a un sistema de justicia retributiva, lo que podría socavar la legitimidad de la Corte si las decisiones de persecución no son explicadas ni justificadas adecuadamente para contrarrestar la impresión de que la CPI solo constituye una corte para individuos provenientes de Estados débiles (Damaska, 2008, p.261). Aunque es

difícil luchar contra esa impresión, la única vía posible es seguir desarrollando criterios justos, racionales y transparentes para la selección y priorización de las situaciones y de los casos y, además de ello, abrir investigaciones formales, lo antes posible, en casos no africanos.

II. EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL

La institucionalización del Derecho Penal Internacional (‘DPI’) por medio del establecimiento de la CPI implica la creación de un *sistema penal único de la comunidad internacional* (cfr. Paulus, 2009, pp.44-45).¹ Este nuevo sistema penal representa solo uno de los elementos —el transnacional— del ‘sistema internacional de justicia penal’. Él se halla incompleto sin el otro elemento del sistema de justicia penal internacional: los *sistemas nacionales de justicia penal*, los cuales funcionan en su primer y tercer nivel. La responsabilidad de investigar, perseguir e imputar crímenes internacionales le corresponde principalmente al estado territorial. Solo cuando este fracasa en la ejecución de ese deber, la CPI tiene el derecho y tal vez la posibilidad

¹ Aquí adhiero la distinción entre comunidad y sociedad internacional realizada por Paulus en el sentido de que la comunidad adicionaría al vínculo social entre sus miembros un elemento normativo.

de intervenir. Esto es una consecuencia del principio de complementariedad, que otorga primacía jurisdiccional al estado territorial. De hecho, concede primacía a cualquier Estado ‘que posea jurisdicción sobre ello’ (Art. 17 (1)(a) Estatuto de la CPI), es decir, que tenga jurisdicción sobre el respectivo *core crime* internacional.² Cuando ni el Estado ‘que posee jurisdicción sobre ello’ ni la CPI desean o cuando no pueden afrontar la situación criminal, entra en juego la intervención de terceros Estados con base en la jurisdicción universal para enfrentar la existencia de lagunas de punibilidad en el ámbito nacional.³

² La disposición no concierne a otros tribunales penales internacionales; en tal sentido, un eventual conflicto de jurisdicción tiene que resolverse en el ámbito procesal, por ejemplo, no abriendo una investigación formal de acuerdo con el Art. 53 (1)(c), (2)(c) ECPI.

³ Por supuesto, este sistema de tres niveles es dinámico e interrelacionado. Por eso, por ejemplo, un tercer Estado puede abstenerse de perseguir con base en la jurisdicción universal si el estado territorial ya se encuentra dispuesto y, además, tiene la posibilidad de llevar a cabo la persecución. El sistema no solo opera verticalmente –hacia arriba o hacia abajo– entre los Estados y la CPI sino también en el nivel horizontal de cooperación entre estados.

III. ESTRATEGIA, POLÍTICA Y SELECCIÓN DE LA PERSECUCIÓN

A. SISTEMA DE JUSTICIA PENAL IDEAL Y SISTEMA DE JUSTICIA PENAL REAL

La otra cara de las lagunas de punibilidad del primer y del tercer nivel del sistema de justicia penal internacional es el (cada vez más) alto número de crímenes internacionales que pueden concernir a la CPI. Como admite la Oficina del Fiscal OF misma (*cf.* Icc-ASP, agosto de 2015, ICCASP/14/21)⁴ la CPI no puede enfrentar en términos prácticos la carga de persecución que ello implica. Esto tiene profundas implicaciones para la clase de justicia impartida por la Corte. En un sistema de justicia (penal) ideal cada sospechoso recibe la cantidad de justicia retributiva que merece de acuerdo con la gravedad del injusto del respectivo comportamiento y con su culpabilidad (*culpa*). Pero en el mundo real las cosas son más complicadas. Pues en prácticamente todos los sistemas nacionales de justicia penal la justicia es

⁴ Este documento reconoce que la dimensión actual de la OF está por ‘debajo del nivel requerido’ (párr. 4) y que, por consiguiente, se requiere de un incremento a una ‘dimensión básica’ (incremento del personal de 405 a 540 personas, párr. 11) para alcanzar cuando menos las exigencias esperadas ‘sin tener que priorizar excesivamente actividades ni sobreexigir constantemente los recursos...’ (párr. 8).

distribuida selectivamente de acuerdo con determinados criterios, por lo usual con un fundamento político (Damaška, 2008, p. 362–3). La justicia penal internacional representada por la CPI también constituye un sistema real con ciertas peculiaridades y enfocado en la macrocriminalidad. Es decir, la CPI enfrenta situaciones de criminalidad masivas y complejas en territorios distantes pero no dispone de suficientes recursos para afrontar ese desafío de un modo adecuado. La Corte adolece pues, en palabras de Damaška (2009), de una ‘debilidad endógena’ (p. 21).

En todo caso, el proyecto de justicia penal de la Corte no es un proyecto de justicia retributiva en el sentido clásico sino más bien uno de justicia penal distributiva, en el cual el principal desafío no es ni la imposición equitativa o justa de sanciones, ni los acusados considerados individualmente, sino más bien la distribución equitativa de justicia a un determinado grupo de sospechosos o autores (*cf.*, Mégret, 2015, pp. 89 a 95).⁵ Como ha señalado correctamente Damaška, (2009, p. 360 y s.) para la Corte es un desafío enorme realizar esa selección y, al mismo

tiempo, evitar la impresión de que ella solo persigue a individuos provenientes de Estados débiles y que, por eso, reproduce las inequidades estructurales existentes entre los Estados en el ámbito internacional.⁶ El asunto es aún más complicado por el hecho de que los sospechosos no son seleccionados como meros individuos —como normalmente sucede en los procedimientos nacionales— sino más bien como representantes de ciertos grupos de autores (los serbios, los croatas...), lo que tiene como consecuencia que la selección contenga la distribución de responsabilidad a sus respectivos Estados o grupos.

Resulta evidente pues que la *selección y priorización de casos* realizada de un modo racional, justo y transparente y acompañada de una estrategia coherente de persecución es de la mayor importancia para el éxito y la legitimidad de la CPI⁷ puesto que su fiscal (quien está a cargo de la selección)⁸ tiene un alcance

⁵ Véase de modo general Schabas, “Selecting Situations and Cases”, en: Stahn (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford 2015, p. 365 (‘selectividad extrema’ del sistema internacional de persecución penal); De Meester, *The Investigation Phase in International Criminal Procedure*, Cambridge et al. 2015, pp. 270–1.

⁶ Acerca de esta inequidad estructural también respecto del ‘nosotros del DPI’ Tallgren, *The Voice of the International*, JICJ 13 (2015), 155.

⁷ Véase previamente por todos Ambos y Stegmiller, *Prosecuting International Crimes at the International Criminal Court, Crime, Law and Social Change*, 58 (2012), 392.

⁸ Véase también *Prosecutor v. Bemba*, No. ICC-01/05–01/08-453, PTC II Decision on Request for Leave to Submit Amicus Curiae Observations Pursuant to Rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence, párr. 10 (17 julio de 2009) (dejando el ‘asunto de la selección de casos’ al fiscal); *ICC-OTP*, Policy Paper on Case Selection and Prioritisation (2016), párr. 5, disponible en <https://www.icc-cpi.int/>

potencialmente universal y no solo el poder de seleccionar casos y acusados individuales sino también el de investigar situaciones completas (Ambos y Stegmiller, 2012, p.325; Ambos y Bock, 2012, p.532).

B. SITUACIONES Y CASOS

El complejo proceso de selección de acusados y de cargos concretos sigue dos pasos fundamentales: primero, la selección primaria de *situaciones* —‘generalmente definida en términos de parámetros temporales, territoriales y en algunos casos personales’ (*Prosecutor v. Lubanga, No. ICC-01/04-101-tEN-Corr*, párr. 65) —y segundo, la posterior extracción de los casos —es decir, ‘incidentes específicos durante los cuales (...) parecen haber sido cometidos uno o más crímenes por uno o más sospechosos individualizados’ (*Idem*) —a partir de esas situaciones (Reg. 34–5 Reglamento de la OF). Podría distinguirse entre casos *en un sentido amplio* y casos *en un sentido estricto*. Mientras que estos últimos hacen referencia a los casos (estrictamente) legales (Sala de Cuestiones Preliminares II, No. ICC-01/09-3, párr. 51, 107), que surgen con una orden de detención o de comparecencia, los casos

(potenciales) en un sentido amplio surgen tan pronto como la OF formule alegaciones en contra de uno o de más individuos específicos e incluso cuando ella, eventualmente, haya creado el ‘expediente de un caso’ con el nombre de aquellos. De hecho, ese caso en sentido amplio constituye la ‘hipótesis de un caso’ es decir, una serie probable de casos que surgen de la investigación de una situación (Rastan, 2008, pp. 441).

Dentro de una situación, la OF aplicaba originalmente una metodología *secuencial o ‘sucesiva’* (*ICC-OTP*, 2006, p. 8) es decir, investigaba uno tras otro los casos específicos de una situación en lugar de investigarlos todos a la vez. Como consecuencia de ello, los casos dentro de la situación eran seleccionados de acuerdo con su gravedad. Luego, la OF se hizo más flexible realizando también investigaciones simultáneas⁹ y reemplazando el término ‘sucesivo’ por el concepto más flexible de ‘investigaciones focalizadas’ (*ICC-OTP*, 2010, párr. 2, 3, 15, 18 y s.). Este concepto fue reemplazado luego por el ‘principio de investigaciones exhaustivas, abiertas’ y la OF trabaja ahora con ‘múltiples hipótesis de casos’ (*ICC-OTP*, 2015, párr. 13 y 35). Con el abandono del

itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_Eng.pdf, último acceso 22 de mayo de 2017.

⁹ Por ejemplo, en la situación de Kenia, véase Ambos y Stegmiller, p. 395.

enfoque sucesivo cada investigación pasa a orientarse por los hechos y por los avances concretos de las subinvestigaciones. En otras palabras, todo enfoque conceptualmente abstracto tiene límites prácticos y, por eso, necesita ser lo suficientemente flexible como para ajustarse a la concreta investigación en curso y a la capacidad global de la OF (Damaška, 2008). Lo mismo vale para la priorización.

Al término de cada caso la oficina examina si existen otros casos en el marco de la situación que ameritan una investigación —teniendo en cuenta la gravedad y el umbral de admisibilidad del ECPI— o si, más bien, hay que seleccionar una nueva situación (Evenson y Smith, 2015, pp. 1263 y s.). Aquí puede venir en consideración la *distinción entre selección y priorización*, anteriormente mencionada: un investigador o fiscal puede seleccionar ciertos casos y priorizar entre ellos, por ejemplo, de acuerdo con una especial orientación de la investigación. Dicho más concretamente: un fiscal puede seleccionar ciertos casos dentro de una determinada situación y conceder prioridad a los cargos de violencia sexual.¹⁰ Aparte de la priorización de cargos dentro de

los casos, también podría requerirse una priorización entre los casos, por ejemplo priorizar al único sospechoso arrestado antes que a otros aun prófugos. Por supuesto, esto exige, nuevamente, criterios convincentes respecto al porqué se elige estos y no otros crímenes.

C. GRAN ESTRATEGIA Y POLÍTICA MODESTA: ¿ALGUNA UTILIDAD PARA LA SELECCIÓN Y PRIORIZACIÓN?

Si bien la selección de la situación se produce antes que la selección del caso, los criterios para ello no pueden distinguirse tan nítidamente en la práctica. Como regla general, de los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación (Artículos 21 (3), 67 (1) ECPI) se sigue que las decisiones de selección no tienen que estar ‘basados en motivos no permitidos como, entre otros, raza, color, religión, opinión, origen nacional o étnico’ (*Prosecutor v. Delalić et al.*, No. IT-96-21-A, Judgment, 20 febrero de 2001, párr. 605).¹¹ Por eso se

Perspective, en: Bergsmo (ed.), *Thematic Prosecution of International Sex Crimes*, Oslo 2012, 291, pp. 301 y s.

¹¹ Véase también *Prosecutor v. Bizimungu et al.*, No. ICTR-2000-56-T, Decision on Defence Motions for Stay of Proceedings and for Adjournment of the Trial, including Reasons in Support of the Chamber’s Oral Ruling delivered on Monday 20 September, párr. 26 (24 September 2004); Côté, Independence and Impartiality, en: Reydam y Wouters/Ryngaert (eds.), *International Prosecutors*, Oxford 2012, pp. 364, 366–70; deGuzman/

¹⁰ Véase, sin embargo, crít. sobre la ‘persecución temática de crímenes sexuales’ Ambos, ‘Investigations and Prosecution of International Sex Crimes: Some Critical Comments from a Theoretical and Comparative

exige al fiscal investigar todos los aspectos de un conflicto sin favorecer ni discriminar a ninguna persona o grupo (Ruling delivered on Monday 20 September de 2004, párr. 26). Pero, fuera de esas restricciones provenientes de los derechos humanos la persecución es relativamente¹² libre en cuanto al desarrollo de su propia política. La necesidad de integrar esas facultades ampliamente discrecionales en una estrategia de persecución transparente y coherente es reconocida por la cláusula 14 de las Reglas de la OF ('RegOF').¹³ Ello obliga a la OF a elaborar su estrategia pública y a utilizar documentos de política que reflejen los principios y criterios básicos de esa estrategia.¹⁴

Schabas, *Initiation of Investigations and Selection of Cases*, en: Sluiter *et al.*, (eds.), *International Criminal Procedure: Principles and Rules*, Oxford 2013, p. 167.

¹² Las limitaciones legales para el poder discrecional del fiscal surgen especialmente del principio de complementariedad.

¹³ Véase también No. 17 de las UN Guidelines on the Role of Prosecutors ('En países donde los fiscales se encuentran investidos con funciones discrecionales, la ley o las reglas o regulaciones publicadas proveen pautas para incrementar la equidad y consistencia del criterio durante la toma de decisiones en el proceso de persecución, incluyendo la institución o el desistimiento de la persecución.').

¹⁴ Un buen ejemplo de ello es *ICC-OTP, Policy Paper on Preliminary Examinations*, 2015 (<https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-PE-rep-2015-Eng.pdf>, último acceso 21 abril de 2016). Este establece los principios y criterios de los exámenes preliminares (párr. 1 y s.) y tiene como objetivo promover la transparencia (párr. 14). Véase además el reciente Plan Estratégico de la OF 2016–2018, 2015, *supra* nota 27, especialmente el párr. 36 (respecto al Documento de Política sobre exámenes

La OF elaboró diversos documentos y, luego de un Proyecto de documento de 2006 (*ICC-OTP, Criteria for Selection of Situations and Cases*, [inédito] draft policy paper) el año 2016 emitió un nuevo 'Documento sobre la política de selección y priorización de casos' (*Policy Paper on Case Selection and Prioritisation*) (*ICC-OTP*, 2016). Mientras que el Documento de política de 2003 intentó definir una estrategia general de persecución, resaltando algunas tareas prioritarias (*ICC-OTP*, 2003) el Documento de política de 2016 se centra en los sospechosos que afrontan la mayor responsabilidad por los crímenes más graves (*ICC-OTP*, 2016, párr. 42–4) y, por eso, confía a los sistemas nacionales de justicia la tarea de cerrar la laguna de punibilidad resultante en cuanto a los criminales de rango medio e inferior (*Idem*).

En el segundo nivel, el principio general rector de 'investigaciones y persecuciones focalizadas' es concretado, modificado y ulteriormente desarrollado por cuatro documentos de estrategia que prevén algunas cuestiones estratégicas fundamentales: (i) la Estrategia 2006–2009 (ii) la Estrategia 2009–2012, (iii) la Estrategia 2012–2015 y (iv) la Estrategia 2016–2018. En el tercer nivel, el Documento de política

preliminares y la identificación y priorización de casos dentro de una investigación formal).

de 2016 y muchos otros documentos sobre política de la OF aclaran otros temas clave y criterios políticos relativos a la selección y priorización (*ICC-OTP*, 2016, párr. 4,16) tales como los ‘intereses de la justicia’ (*ICC-OTP*, 2007, Artículo 53 1 c y 2 c) la focalización en los sucesos ‘más representativos de la escala y en el impacto de los crímenes’ y en ‘delitos que tradicionalmente han sido poco perseguidos’ (Regulación 34 (2) RegOF); participación de las víctimas (*ICC-OTP*, 2010), exámenes preliminares (*ICC-OTP*, 2015, párr. 45) y la persecución de delitos sexuales y de género (*ICC-OTP*, 2014).

En suma, el Documento de Política de 2016 de la OF se basa en *documentos de estrategia* que aclaran los objetivos estratégicos de la oficina por un período de tres a cuatro años así como en *documentos de política* orientados a temas especialmente fundamentales, sobre los cuales la oficina desea ofrecer mayor claridad y transparencia y que no resultan menos importantes en sí mismos (*ICC-OTP*, 2016). Los documentos de estrategia son agendas de trabajo vigentes que permiten a la OF evaluar críticamente su estrategia y, de ser necesario, ajustarla a una base regular. Un buen ejemplo de ello es la decisión de la oficina, ya mencionada arriba, de complementar su abordaje secuencial con uno simultáneo. Al inicio,

en concordancia con su focalización en las personas con mayor grado de responsabilidad, la OF adoptaba una perspectiva secuencial investigando los casos de una situación, uno tras otro, y seleccionándolos de acuerdo con su gravedad (*ICC-OTP*, 2003, p.5). Luego de ello, la OF se ha vuelto más flexible y, por ejemplo, en los procedimientos de Kenia realizó investigaciones simultáneas, persiguiendo dos casos al mismo tiempo.¹⁵ Por consiguiente, la Estrategia 2009 —que se adhiere a la política de las investigaciones focalizadas (*ICC-OTP*, 2012) —ya no contenía explícitamente el criterio secuencial; el nuevo criterio fue confirmado por los planes estratégicos posteriores (Regulación 34 (2) RegOF).

Otro cambio en la estrategia fue introducido por el Plan Estratégico 2012–2015 y confirmado por el Plan Estratégico 2016–2018. Dado que los estándares probatorios adoptados por las Salas de Cuestiones Preliminares para la confirmación de los cargos eran más altos que los esperados por la OF, la oficina decidió reemplazar la política de investigaciones focalizadas por el ‘principio de investigaciones exhaustivas y abiertas, aunque conservando el criterio de la concentración’ (*ICC-OTP*, 2016,

¹⁵ Por ejemplo, los casos contra William Samoei Ruto y Joshua Arap Sang.

párr. 42). Este criterio está pensado para hacer posible ‘una estrategia de aportes gradualmente constructivos’ especialmente en aquellas situaciones en las que la OF tiene posibilidades de investigación limitadas, lo cual significa que la OF ‘investigará y perseguirá primero a un número limitado de autores de rango alto e intermedio para al final tener oportunidades razonables de que se condene a quien posee una mayor responsabilidad’ (*idem*). Dependiendo de la evidencia disponible, la OF considera incluso la posibilidad de limitarse a la persecución de los autores de rango inferior que hubieran cometido delitos particularmente graves y notorios, en lugar de iniciar procedimientos contra personas que poseen una mayor responsabilidad pero con dudosas perspectivas de éxito (*ibidem*, párr. 34). El objetivo era estar ‘listo para el juicio’ tan pronto como fuese posible y en cualquier caso no después de la etapa de confirmación de los procedimientos (*ibidem*, párr. 3, 4, 18, 23).

Si bien estos ejemplos muestran que una cierta flexibilidad es útil e incluso necesaria para que se pueda reaccionar a los cambios legales o jurisprudenciales (Goldston, 2010, 403), el actual criterio de abordaje de la OF, aunque ha sido aprobado por el más reciente documento de estrategia y por el Documento de

Política de 2016 (*ICC-OTP*, párr. 1, 13 y s), carece aún de una estrategia general o global (*ICC*, 2011, pp. 46–7). Por ejemplo, el Plan Estratégico 2012–2015 enfatiza la priorización de los crímenes sexuales o por razones de género y los crímenes en contra de niños (*ICC-OTP*, 2016, párr. 37). No obstante, si bien no se discute que esos crímenes deberían ser investigados a fondo, sin embargo, ni el Plan Estratégico ni el Documento de Política de 2003 así como tampoco el Documento de Política sobre crímenes sexuales o por razones de género de 2014 (*ICC-OTP*, 2012, párr. 7) ni el reciente Documento de Política de 2016 ofrecen alguna razón del *porqué* estos crímenes deben priorizarse en lugar de otros. El Documento de Política de 2016 tampoco explica el fundamento subyacente, si es que existe alguno, de esa política de priorización.¹⁶ Además de ello, los ‘Criterios de priorización de casos’ (*ICC-OTP*, 2016, párr. 47–55) previstos en el Documento de Política de 2016 no están a la altura de las expectativas puesto que la OF se satisface con la combinación de la referencia a ‘los mismos factores que guían la

¹⁶ Véase por ejemplo la justificación filosófica de la priorización de crímenes sexuales en deGuzman, *Giving Priority to Sex Crime Prosecutions*, ICLR, 11 (2011), 515; deGuzman, *An Expressive Rationale for the Thematic Prosecution of Sex Crimes*, en: Bergsmo (ed.), *Thematic Prosecution*, Oslo 2012, p. 11.

selección de casos’, de naturaleza genérica, y a los denominados ‘criterios operativos’, como la disponibilidad de la evidencia, la cooperación internacional y los recursos de la oficina (*ibidem*, párr. 50). Además de aquellos, también podrían servir como criterios importantes para la priorización la clase y la naturaleza del crimen así como la alarma social causada por este. Mientras que el primero de estos puede tener importancia para la gravedad como requisito de selección (y consiguiente priorización) del caso (*ibidem*, párr. 35-41), la alarma social causada por el crimen fue rechazada como factor de gravedad por la Sala de Apelaciones de la CPI (véase abajo); de cualquier modo, esto podría estar ya comprendido en el criterio operativo referido al “potencial impacto de investigaciones y de persecuciones respecto de crímenes futuros o en curso y/o su contribución a la prevención de crímenes” (*ICC-OTP*, 2016, párr. 50), lo que podría servir para reflejar la función expresiva de la investigación de un determinado caso. Por supuesto, asumiendo una perspectiva universal podría argumentarse que el extendido deseo público de una reacción penal contra ciertos crímenes especialmente reprochables se satisface por un cierto periodo de tiempo una vez que tales crímenes, por ejemplo, el reclutamiento de niños o crímenes

sexuales, han sido perseguidos y juzgados. Este elemento de *ratione materiae* podría ser complementado con la ayuda de otros factores, como el impacto de la priorización en un determinado contexto nacional. Por eso, este último concepto es un importante criterio normativo de selección y priorización.

Es por ello que el Documento de Política de 2016 de la OF tiene que ser contrastado con las exigencias de la Regla 14 RegOF, lo cual requiere de una estrategia de persecución general y coherente contenida en un documento básico que sirva de orientación general. Un documento principal con los objetivos globales específicos o generales de una estrategia de persecución es relevante pues indica la dirección general de la OF no solo al público interesado sino también al personal mismo que trabaja en ella. Además, resulta más práctico tener la estrategia general en un solo documento en lugar de que esta se encuentre en varios documentos, elaborados en distintos momentos y orientados a temas diferentes. Solo un documento básico puede establecer un *leitmotif* a partir del cual es posible desarrollar estrategias focalizadas y sobre la base del cual realizar reflexiones periódicas (Ambos y Stegmiller, 2012, p.394). El Documento de Política de 2003 (aunque irrestricto en términos de tiempo) no pudo cumplir adecuadamente

esa función pues era demasiado general como para brindar una orientación significativa y al final estaba parcialmente anulado por el actual Plan Estratégico.¹⁷ Ciertamente el Documento de Política de 2016 se esfuerza en brindar directrices más concretas. Sin embargo, debido a su redacción a veces vaga y deliberadamente indeterminada no es posible superar la generalidad del Documento de Política de 2003. Por supuesto, también existen argumentos contra el abordaje global implícito en un documento básico o, incluso, contra la posibilidad misma de elaborar razonablemente un documento de ese tipo. Las dinámicas de los crímenes, investigaciones y mecanismos jurisdiccionales convierten en algo difícil, sino imposible, la formulación de una estrategia general de índole global y sería que no recurra a generalidades y obviedades. La Corte no posee el dominio total de sus investigaciones, nuevas situaciones criminales podrían surgir cada día y podrían serle remitidas por los Estados o por el Consejo de Seguridad. Dada esta volatilidad de la carga de casos o situaciones de la Corte, parece más prudente la elaboración de estrategias generales

pero solo por periodos de tiempo limitados.

D. GRAVEDAD Y SELECCIÓN

Una situación que no supere el umbral de gravedad conforme al Art. 17(1) (d) ECPI no será investigada por el fiscal. Esto constituye una selección negativa. De hecho, los factores que de acuerdo con la OF determinan la gravedad —“escala, naturaleza, forma de comisión e impacto” (Regulación 29(2) RegOF)¹⁸— podrían servir al mismo tiempo como criterios de selección.¹⁹ Recientemente, la OF ha complementado con

¹⁸ Para una discusión crítica del tema Kontorovich, *When Gravity Fails: Israeli Settlements and Admissibility at the ICC*, *Israel Law Review* ('IsLR') 47 (2014), 387 y s.; sobre la discrecionalidad resultante de la OF ver Rohrer, *Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip beim Internationalen Strafgerichtshof*, Köln 2010, pp. 234 y s. Para una valoración empírica de la selección de situaciones de la OF con referencia a su gravedad véase Smeulders/Weerdesteijn/Hola, supra nota 18, 1 y s. (concluyendo, sobre la base del análisis de los datos secundarios sobre violencia y violaciones de derechos humanos, que 'la Fiscalía se está enfocando por lo general en las situaciones más graves en las que presuntamente se han cometido crímenes' [1, 35-6, 38] pero admitiendo al mismo tiempo la existencia de limitaciones intrínsecas del criterio de abordaje, especialmente del enfoque en situaciones extensas de países, lo que difiere del abordaje de la OF consistente en situaciones y casos potenciales más limitados [36-8]; el enfoque en situaciones extensas de países tampoco da cuenta de la selección de casos –procedimentalmente más relevante– en el marco de una situación existente.

¹⁹ Respecto a la gravedad en sentido amplio como concepto para guiar el ejercicio de la discrecionalidad en la persecución con respecto a la identificación y priorización de casos Rastan, *Complementarity: Contest or Collaboration?* en: Bergsmo (ed.), *Complementarity and the*

¹⁷ Véase el cambio de la política de investigaciones focalizadas por el principio de investigaciones exhaustivas, abiertas como se ha descrito arriba, supra nota 57 y el texto correspondiente.

consideraciones cualitativas su anterior criterio de abordaje puramente cuantitativo de la gravedad (*ICC-OTP* 2013, párr. 61). La jurisprudencia no tiene un criterio fijo sobre la gravedad. La propuesta de diversos factores realizada por la Sala de Cuestiones Preliminares Lubanga, bastante similar a la de la OF, (cfr. *Prosecutor v. Lubanga and Ntaganda*, No. ICC-01/04-02/06-20-Anx2, párr. 29, 42, 46, 50-4, 63)²⁰ fue rechazada por la Sala de Apelaciones (*Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, No. ICC-01/04-169, julio de 2016, párr. 54-82). Esta sostuvo que el test de gravedad de la Sala de Cuestiones Preliminares era deficiente y que por eso constituía un error de derecho (*ibidem*, párr. 82). En particular, respecto al criterio de la alarma social, la Sala sostuvo que ello no tenía fundamento en el Estatuto y que además politizaría la determinación de la gravedad al apoyarse en “reacciones subjetivas y contingentes frente a los crímenes antes que en su gravedad objetiva” (*ibidem*, párr. 72). Además de ello, en cuanto al estatus y rol del

sospechoso —un criterio usado por la OF solo como un factor adicional con respecto a su enfoque en los ‘más responsables’ (Guariglia, 2009, pp. 214-5; Schabas, 2009, p.243)— la Sala indicó correctamente que la “exclusión previsible de muchos autores” por tales razones “podría dificultar severamente el rol preventivo o disuasivo de la Corte (...)” (*Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, No. ICC-01/04-169, párr. 75.) Sin embargo, la Sala no propuso un test alternativo.²¹ En los procedimientos de Kenia, quizá la más profunda decisión posterior de la Sala de Cuestiones Preliminares, la gravedad fue valorada “con el marco de un potencial caso en el contexto de una situación” y, por eso, se analizó si el sospechoso “posee la mayor responsabilidad [sic] y la gravedad de los respectivos crímenes, orientada

Exercise of Universal Jurisdiction for Core International Crimes, Oslo 2010, p. 83, 97.

²⁰ En este documento se propone como algunos criterios abstractos respecto a un caso la naturaleza y el impacto social [‘alarma social’] de los crímenes [¿sistemáticos o a gran escala?], la forma de comisión [por cjm. la especial brutalidad o crueldad] y el estatus y rol de los presuntos autores [¿son ellos los que tienen la mayor responsabilidad?]; cfr. Boas, et al. (eds.), *International Criminal Procedure*, Cambridge 2011, p. 84.

²¹ Crít. respecto a la Sala de Apelaciones por esa razón y en general por su abordaje demasiado estricto Schabas/El Zeidy, Article 17, en: Triffterer/Ambos (eds.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, München 2016, núm. 30. El juez Píki, en su opinión individual y parcialmente divergente, intentó determinar la gravedad sin proponer, de cualquier modo, un test concreto (*Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, No. ICC-01/04-169, Separate and partly dissenting opinion of Judge Georghios M. Píki, párr. 38-41). El juez Píki se centra en el significado ordinario del término, entendiéndolo como ‘relevancia’ (párr. 39) y excluyendo los casos ‘que no merecen ser considerados’ por la Corte, es decir, casos que resultan ‘insignificantes en sí mismos; cuando la responsabilidad criminal del imputado resulta totalmente marginal; casos límite’ (párr. 40) y considera que un crimen es insignificante cuando ‘los actos constitutivos del crimen resultan completamente periféricos respecto a los objetivos legales de la criminalización de la conducta’ (párr. 40).

por factores como la gravedad, naturaleza, forma de comisión, impacto de los crímenes cometidos sobre las víctimas y la existencia de circunstancias agravantes” (*Situation in Kenya*, No. ICC-01/09-19, mayo de 2010, párr. 188). En su decisión de confirmación, la Sala de Cuestiones Preliminares II rechazó explícitamente el test de la Sala de Cuestiones Preliminares (*Lubanga Prosecutor v. Kĩrimĩ Muthaura, Muĩgai Kenyatta and Hussein Ali*, No. ICC-01/09-02/11-382-Red, enero de 2012, párr. 44) así como el argumento de la defensa consistente en que solo existe una suficiente gravedad en casos de una conducta activa o de autoría directa (*ibidem*, párr. 46, 47). Como factores positivos a ser tomados en cuenta para la determinación de una suficiente gravedad la Sala hace referencia a la (sentencia) Regla 145(1)(c) RPE CPI y cita, a modo de ejemplo, la “escala, naturaleza y forma de comisión de los crímenes imputados, su impacto sobre las víctimas, y la existencia de eventuales circunstancias agravantes” (*ibidem*, párr. 50.). Con esto, la Sala no solo confirma los criterios de la OF sino que además coloca a la gravedad como un criterio esencial (‘prueba decisiva’) en el contexto de la sentencia (Ambos, 2014, pp. 291) y en el mismo nivel, desde una perspectiva conceptual, que el que tiene la gravedad como

criterio de admisibilidad. En otras palabras, existe un *concepto uniforme de gravedad*, igualmente válido antes de la investigación (admisibilidad) y en la etapa de sentencia del procedimiento. A su vez, esto significa que la variada jurisprudencia del TPIY, TPIR y TESL sobre la gravedad en la sentencia (*idem*), aunque no es formalmente vinculante para la CPI, podría proveer de importantes elementos para un concepto general de gravedad.

En suma, si bien toda decisión depende al final de las circunstancias concretas de la situación o del respectivo caso, sin embargo resulta evidente que las consideraciones cualitativas anteriormente mencionadas, por ejemplo, la naturaleza del conflicto subyacente y el estatus de los sospechosos, podrían tener mayor relevancia que una valoración cuantitativa, lo que, por otro lado, implicaría el rechazo de una gravedad suficiente.²²

IV. FUENTES DE CONSULTA

Ambos, K. y Stegmiller, I. (2012). *Prosecuting International Crimes at the*

²² Sobre esta base, afirmando la gravedad en la situación Reino Unido/Irak Schabas/El Zeidy, supra nota 82, nm. 30. Esas consideraciones (ampliamente) cualitativas podrían también influenciar la evaluación de la gravedad de los crímenes cometidos en los territorios palestinos ocupados, incluyendo el (posible) crimen de traslado

- International Criminal Court, Crime, Law and Social Change*, 58.
- Damaška, M. (2008). “What is the Point of International Criminal Justice?” *Chicago: Kent Law Review* (Chi-Kent. L. Rev), 83, 361.
- . (2009) “The International Criminal Court between Aspiration and Achievement”. *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, 14, 21.
- De Meester, K. (2015). *The Investigation Phase in International Criminal Procedure*. Gran Bretaña: Cambridge.
- Evenson y Smith. (2015). “Completion, Legacy and Complementarity” en: Stahn (ed.). *The Law and Practice of the International Criminal Court*. Gran Bretaña: Oxford
- Guariglia y Rogier. (2015). “Selection of Situations and Cases”, en Stahn (ed.). *The Law and Practice of the International Criminal Court*. Gran Bretaña: Oxford.
- Hayes, N. (2015). “Sexual Violence at the ICC” en Stahn (ed.). *The Law and Practice of the International Criminal Court*. Gran Bretaña: Oxford.
- ICC-ASP, (2015). *Report of the Court on the Basic Size of the Office of the Prosecutor*, ICCASP/14/21, 7 de Agosto de 2015.
- ICC-OTP, (2016). *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation*, disponible en https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_Eng.pdf, último acceso 22 de mayo de 2017.
- ICC-OTP, (2015). *Strategic Plan 2016-2018*, https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/ENOTP_Strategic_Plan_2016-2018.pdf, último acceso 21 abril de 2016.
- ICC-OTP, (2014). *Report on Preliminary Examinations Activities 2013*, disponible en (<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-Pre-Exam-2014.pdf>), último acceso 21 abril de 2016, párr. 43 y 46).
- ICC-OTP, (2013). *Strategic Plan 2012-2015*, https://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/structure%20of%20the%20court/office%20of%20the%20prosecutor/policies%20and%20strategies/Documents/OTPStrategic-Plan-2012-2015.pdf, último acceso 21 de abril de 2016.
- ICC-OTP, (2010). *Prosecutorial Strategy 2009-2012*, disponible en: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/structure%20of%20the%20court/office%20of%20the%20prosecutor/reports%20and%20statements/statement/Pages/prosecutorial%20strategy%202009%20_%202012.aspx, último acceso 21 de abril 2016.

previsto en el Art. 8(2)(b)(viii) ECPI; ellas son minimizadas por Kontorovich, supra nota 73, 388–90, 391–92.

- ICC-OTP*, (2010). *Policy Paper on Victims' Participation*, disponible en: http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/RC2010/RC-ST-V-M.1-ENG.pdf, último acceso 21 de abril de 2016.
- ICC-OTP*, (2007). *Policy Paper on the Interests of Justice*, disponible en: http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/library/organs/otp/ICC-OTP-InterestsOfJustice.pdf, último acceso 21 de abril de 2016.
- ICC-OTP*, (2006). *Report on the Activities performed during the first three years*, junio 2003 a junio 2006, 12 de septiembre de 2006, disponible en https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/D76A5D89-FB64-47A9-9821-725747378AB2/143680/OTP_3yearreport20060914_English.pdf, último acceso 21 abril de 2016.
- ICC-OTP*, (2006). *Report on Prosecutorial Strategy*, 14 septiembre de 2006, disponible en http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/structure%20of%20the%20court/office%20of%20the%20prosecutor/reports%20and%20statements/statement/Pages/report%20on%20prosecutorial%20strategy.aspx, último acceso 21 abril 2016.
- ICC-OTP*, (2006). *Criteria for Selection of Situations and Cases*, [inédito] draft policy paper.
- ICC-OTP*, (2003). *Paper on some Policy Issues before the Office of the Prosecutor*, disponible en: https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/1FA7C4C6-DE5F-42B7-8B25-60AA962ED8B6/143594/030905_Poli-cy_Paper.pdf, último acceso 21 de abril de 2016.
- Mégret, F. (2015). "What Sort of Global Justice is 'International Criminal Justice?'" *JICJ* 13, 81.
- Paulus, A. (2009). "International Law and International Community" Armstrong (ed.). *Handbook of International Law*, London.
- Prosecutor v. Bemba*, No. ICC-01/05-01/08-453, PTC II Decision on Request for Leave to Submit Amicus Curiae Observations Pursuant to Rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence, (17 de julio de 2009).
- Prosecutor v. Lubanga*, No. ICC-01/04-101-tEN-Corr, Decision on the applications for participation in the proceedings of VPRS-1, VPRS-2, VPRS-3, VPRS-4, VPRS-5, VPRS-6, 17 de enero 2006.
- Prosecutor v. Delalić et al.*, No. IT-96-21-A, Judgement, párr. 605, 20 febrero de 2001.
- Rastan, R. (2008). "What is a 'Case' for the Purpose of the Rome Statute?." *Criminal Law Forum* ('CLF'), 19.
- Reydams, L., Wouters, J. y Ryngaert, C., (eds.). (2012). *International Prosecutors*. Gran Bertram: Oxford.

- Schabas, William A. (2015). “Selecting Situations and Cases” en Stahn (ed.). *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford.
- Smeulers, A. S., Maartje, W., y Barbara H. (2015). “The Selection of Situations by the ICC: An Empirically Based Evaluation of the OTP’s Performance, International Criminal Law Review”. *International Criminal Law Review*, 15, 1-39.
- Sala de Cuestiones Preliminares II. *Situation in the Republic of Kenya*, No. ICC-01/09-3, Request for Authorisation of an Investigation pursuant to Article 15, párr. 51, 107 (26 de noviembre de 2009).
- Tallgren, I. (2015). “The Voice of the International”. *Journal of International Criminal Justice*. Vol. 13, Issue 1, 1 March.

ASESINATO DE PERSONAS MIGRANTES *SINE PERMISSUM* EN TRÁNSITO

¿UN CRIMEN DE
LESA HUMANIDAD
COMPETENCIA

DE LA CORTE PENAL
INTERNACIONAL?

○ Karlos A. Castilla Juárez*

*Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM. Doctor en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra. Investigador visitante en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona.

PALABRAS CLAVE

KEYWORDS

○ **Personas migrantes**

Migrants

○ **Lesía humanidad**

Against Humanity

○ **Corte Penal Internacional**

International Criminal Court

○ **Asesinato**

Murder

Resumen. Las muertes de personas migrantes *sine permissum* en tránsito por diferentes regiones del mundo son una situación que ha llamado la atención de diversos sectores de la comunidad internacional. A partir de que hay datos de seguimiento de dicha situación, se observa como el número de muertes va en aumento año con año. Ante esa realidad que enfrenta la comunidad internacional, en este artículo se busca establecer, con base en la jurisprudencia y doctrina jurídica internacional, por qué esas muertes pueden considerarse como un crimen de lesa humanidad (asesinato) de acuerdo con lo establecido en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y, por tanto, si esa situación podría entrar en la jurisdicción del referido tribunal internacional.

Abstract. The deaths of immigrants *sine permissum* in transit through different regions of the world is a situation that has attracted the attention of various sectors of the international community. Since there has been data monitoring this situation, it is observed that the number of deaths is increasing year by year. Facing this situation, this article seeks to establish, based on jurisprudence and international legal doctrine that these deaths can be considered as a crime against humanity (murder) in accordance with the provisions of the Rome Statute of the International Criminal Court and, therefore, such situations could fall within the jurisdiction of that international court.

SUMARIO:

I. Introducción. II. La situación de las personas migrantes *sine permissum* en tránsito. III. Asesinato de personas migrantes *sine permissum* en tránsito ¿Un crimen de lesa humanidad? IV. La competencia de la Corte Penal Internacional. V. Conclusión. VI. Fuentes de Consulta.

I. INTRODUCCIÓN

El 8 de mayo de 2017, al presentar el décimo tercer informe de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional ante el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas, la fiscal expresó la alarma de su oficina por la naturaleza y escala de los crímenes que se están cometiendo en contra de personas migrantes, incluidas mujeres, niñas y niños, cuando transitan por el territorio de Libia (Prosecutor, 2017). Dichos crímenes incluyen muertes, violaciones y otras formas de violencia sexual, tortura, trabajo forzado, esclavitud y tráfico de personas, pero también las formas y condiciones de detención de dichas personas en los centros destinados a ese fin, tanto oficiales como no oficiales, en diferentes regiones del mencionado país (Prosecutor, 2017).

Ante esa situación, la fiscal expresó que se estaba analizando la situación a partir de la información disponible para determinar si los alegados crímenes contra personas migrantes están dentro de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional (en adelante Corte o CPI), para lo cual pedía que se le hiciera llegar cualquier información confiable respecto a los actores estatales y no estatales que pudieran estar involucrados especialmente con las redes de contrabando y tráfico humano que operan en Libia (Prosecutor, 2017).

Esa situación es la primera en la que, involucrando de manera central a la “categoría” personas migrantes, la Fiscalía expresa pública y oficialmente su consternación e interés en allegarse de más información para poder decidir si aquello podría caer dentro de la competencia de la CPI, pero no es la primera ni la única situación respecto a la cual se le ha hecho llegar información.

Además de esa situación, en febrero de 2017 la Clínica de Derechos Humanos de la Universidad de Stanford junto con Global Legal Action Network, le hicieron llegar información a la Fiscalía respecto a la situación de las personas solicitantes de asilo en los centros de detención creados por Australia fuera de su territorio, en donde se

documenta que dichos lugares tienen condiciones inhumanas para las personas ahí privadas de libertad, además de que se han cometido abusos psicológicos y sexuales de adultos y niños, entre otros actos de tortura contra personas refugiadas y solicitantes de asilo y que, por tanto, se están cometiendo crímenes de lesa humanidad (en adelante CLH) en contra de esas personas migrantes.

Más recientemente, en julio de 2017, la Federación Internacional de Derechos Humanos junto con un grupo de organizaciones de la sociedad civil mexicanas, también hicieron llegar a la Fiscalía información relacionada con el asesinato, desapariciones y tortura de, entre otras, personas migrantes que transitan por México y, más específicamente, por uno de los estados del norte de este país (Coahuila). En dicha comunicación se argumenta y documenta especialmente el secuestro, asesinato y trabajos forzados a los cuales son sometidas las personas migrantes por grupos del narcotráfico presentes en esa región de México, mismos que no son debidamente investigados y sancionados, con lo que todo eso constituye un CLH.

Es muy posible que estas situaciones no sean las únicas que han llegado a conocimiento de la Fiscalía de la CPI, aunque sí son

las únicas respecto a las cuales se encuentra información pública disponible. Pero en todo caso, son un buen ejemplo que nos muestra que la situación que enfrentan las personas migrantes es muy similar en prácticamente todas las regiones del mundo, especialmente en el caso de todas esas personas que, sin contar con la autorización del Estado, transitan por su territorio pretendiendo llegar también sin autorización a otro, independientemente de las razones que han motivado la salida de su país de origen o de aquel en el que se encontraban al iniciar su travesía.

Pero no solo eso, estas situaciones también dan muestra de que las muertes y condiciones inhumanas que padecen las personas migrantes en tránsito no se están presentando solo en un país o región del mundo, sino en muchos y en prácticamente todas las regiones del planeta, aunque son más visibles y presentes en los países o zonas que cumplen con la función de ser las últimas fronteras naturales-geográficas antes de llegar a esos otros países o regiones que son el objetivo final de algunas personas migrantes.

Ante esa realidad que vivimos, la alarma que ha encendido la Fiscalía y la evidente preocupación de la sociedad civil, surgen algunas preguntas: ¿Esos hechos de violencia cometidos en contra o que afec-

tan especialmente a personas migrantes *sine permissum* en tránsito y muertes son CLH? Si son CLH ¿la CPI debería tomar conocimiento de esas situaciones, procesar a los probables responsables y, en su caso, sancionarles?

A esas dos preguntas daré respuesta en este artículo desde un ámbito estrictamente jurídico. Respecto a la primera, la tesis que pretendo demostrar es que sí son CLH, ya que como lo argumentaré, cumplen con las características que se han establecido para que una situación pueda considerarse como CLH. Eso, sin dejar de establecer los aspectos que podrían ser discutibles en algunos casos. Debo advertir que en este primer ejercicio de análisis me centraré prioritariamente en las muertes y no en todas las demás afectaciones a los derechos humanos que se ha documentado que sufren las personas migrantes, sin que ello signifique que no sean relevantes, sino más bien, que por su importancia y características requieren de un análisis particular a profundidad que sobrepasa los objetivos de este artículo.

La segunda pregunta es más difícil de responder de manera genérica. No obstante, la tesis que pretendo sostener es que sí debe conocer de esas situaciones la CPI, específicamente en todos aquellos Estados que han reconocido la

competencia de la Corte y no solo, una vez más, respecto a un país africano. Eso sin dejar de mostrar las dificultades no solo jurídicas, sino también políticas para hacer posible esto.

Para cumplir esos objetivos, en primer lugar, describiré a partir de la información disponible cuál es la situación que enfrentan las personas migrantes *sine permissum* (en adelante PMSP) en tránsito en diferentes regiones del mundo. Obviamente, partiendo de establecer a quién considero como PMSP y destacando cuáles son las regiones donde más muertes se han presentado.

En segundo lugar, demostraré mi primera tesis, esto es, porqué las muertes de las PMSP son un CLH de conformidad con los criterios y elementos que permiten calificar una situación bajo esa denominación. Para eso, estableceré cómo se satisface cada uno de los requisitos configuradores de los CLH en el supuesto de asesinato. Mi punto de referencia será el contenido del Artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (en adelante Estatuto) como norma jurídica más acabada en la tipificación de esos crímenes, pero obviamente apoyado en doctrina y jurisprudencia relevante para entender el alcance y sentido que tiene el contenido de esa norma internacional.

En tercer lugar, argumentaré de manera breve mi segunda tesis, es decir, las razones por las cuales la CPI tiene la competencia para conocer de esos CLH cometidos en contra de las PMSP en tránsito, no solo en un país, sino en varios. Pero también, sin olvidar los obstáculos para hacer esto posible.

Con todos esos elementos, para finalizar, estableceré algunas ideas a manera de conclusión. Debo advertir desde ahora que este artículo parte y se desarrolla desde la fría visión del Derecho en el que las competencias y facultades de los órganos son elemento esencial y que, en este caso, tratándose del Derecho penal internacional, así como tiene valores específicos por proteger, también tiene requisitos mínimos que satisfacer para poder asignar una determinada calificación a actos y situaciones.

Esto lo advierto por la única razón que desde algunos ámbitos no jurídicos parecería innecesario tener que argumentar más cuando día a día nos enteramos de la muerte de decenas o cientos de personas migrantes en su intento por alcanzar lo que ellas consideran será una vida mejor, ya que si partiéramos de esa información, desde un punto ético, moral y humanitario, parecería lógico y obligado que la CPI interviniera para sancionar a los responsables de esas muertes y, con

ello, intentar poner fin a esa constante pérdida de vidas humanas. Pero en el mundo del Derecho, por como lo hemos configurado, para bien o para mal, hace falta algo más que una evidente situación grave para que órganos internacionales como la CPI puedan ejercer sus facultades y cumplan con sus deberes.

II. LA SITUACIÓN DE LAS PERSONAS MIGRANTES *SINE PERMISSUM* EN TRÁNSITO

Lo primero que debo precisar es que, por PMSP “me refiero a todas esas personas que se encuentran en el territorio de un país que no es jurídicamente el suyo y que no cuentan con el permiso de las autoridades migratorias para estar allí o al haber vencido el permiso que en su momento autorizó su entrada, sea cual sea el origen de esa ausencia o pérdida de autorización” (Castilla, 2017, p. 2), así como el motivo por el que han hecho el movimiento migratorio.

Siendo relevante para este texto que se encuentren en tránsito, esto es, no me referiré a todas aquellas PMSP que ya se han asentado o llevan más de tres meses residiendo en un país con el objetivo de permanecer en él aunque no cuenten con los permisos necesarios para ello, sino

solo a aquéllas personas cuyo objetivo es llegar a cualquier otro punto geográfico.

Las cifras de muertes que utilizaré como base de este análisis son las que reporta la Organización Internacional para las Migraciones (en adelante OIM) a partir de su proyecto *Missing Migrants Project*, que es el que metodológicamente mayores certezas nos proporciona en la actualidad. Por una parte, recoge información proporcionada por autoridades nacionales, informes de medios de comunicación, organizaciones no gubernamentales y entrevistas con sobrevivientes de hechos en los que las PMSP han perdido la vida. Por otra parte, contabiliza a las personas migrantes que han muerto o desaparecido en el proceso de migración, excluyendo las muertes ocurridas en los centros de detención de inmigrantes, durante la deportación, o tras el regreso forzoso, así como las muertes relacionadas con el estatus irregular de los migrantes, como las resultantes de la explotación laboral, ni aquellos que mueren o desaparecen después de que se establecen. Con lo que cumple con el objetivo concreto que, como antes establecí, me interesa analizar en este artículo.

Insisto una vez más que las muertes y otros hechos de violencia que sufren las PMSP en centros de detención, por explotación

laboral u otro tipo de crímenes y tratos inhumanos es importante tenerlos presentes, pero por requerir un análisis más particular (país por país) y una metodología de conteo más fina, prefiero dejarlos fuera de este primer análisis para solo partir de información y datos sólidos y debidamente contrastados que, al menos en una parte, permitan demostrar de manera objetiva la gravedad de la situación que estamos viendo en los movimientos migratorios a través de las fronteras.

Hechas esas precisiones, el primer problema al que me enfrento para cubrir la información relacionada con la muerte de las PMSP es que no hay cifras confiables de esas muertes antes del año 2014. Lo cual, es una clara muestra de que las vidas perdidas en el movimiento migratorio no han sido de interés de los Estados, pues si lo fueran, existirían registros oficiales de las causas de la muerte o de las investigaciones realizadas para determinar ello.

Dato que no es menor, ya que mientras que en lo que respecta a las naves negras —que transportaron más de 10 millones de esclavos de las costas africanas a las de América— disponemos tanto en los puertos de partida como en los de llegada, de registros muy precisos acerca de los esclavos que en ellos embarcaron y desembarcaron (Curtin, 1969 y Thomas, 1999),

conociendo incluso que en esos largos viajes transoceánicos de la historia de la migración hubo un 2% de pérdidas de vidas humanas, ese mismo 2% de pérdidas es una estimación que por defecto y a la ligera podríamos afirmar que ha existido históricamente, aunque es una trágica realidad cuyas verdaderas dimensiones todavía se ignoran (Livi, 2012).

Lo anterior se corrobora, por ejemplo, con el informe *Viajes fatales: seguimiento a las vidas perdidas durante la migración*, publicado en septiembre de 2014 por la OIM que indica que desde el año 2000 y hasta esa fecha habían muerto 40,000 personas migrantes en viajes terrestres y marítimos. Pero esas cifras, como lo advierte el propio informe, solo recogen las muertes que han sido reportadas, por lo que invitan a que ello se considere como un mínimo.

Ese panorama nos da muestra clara de la situación a la que nos enfrentamos. Por muchos años las muertes (la vida) de las PMSP no han sido de interés de los Estados, no se han investigado las causas u origen de estas, menos a sus responsables y, en muchos casos, los cuerpos que se han encontrado ni siquiera han sido identificados con el fin de asignarles una identidad (Grant, 2011).

Así, la información que con mayor certeza se tiene actualmente, sin ser necesariamente el total de

mueres de las PMSP (es el que se recoge en la figura 1 *infra*).

Por su elevado número de muertes en un solo acto, sin ser los únicos y para dar ejemplos concretos respecto a los lugares en donde han ocurrido las muertes de esas PMSP, se puede destacar en el año 2014, las 170 ocurridas en el Mediterráneo fuera de la costa de al-Qarbouli, Libia (22 de agosto); las 45 en las costas de Italia (29 de junio); las 251 en el Lago Alberto, Uganda (22 de marzo); las 105 en diversas regiones de México (30 de agosto-30 de octubre); o las 147 ocurridas en un periodo de menos de seis meses de ese año en la frontera de México con Estados Unidos.

En el año 2015, algunos ejemplos de los eventos más graves son las 43 muertes ocurridas fuera de las costas de Lesbos, Grecia (28 de octubre); las 95 cerca de las costas de Trípoli y Sabartha, Libia (1 de octubre); las 106 en Perlis, Malasia (26 de mayo); las 750 a 120 millas al sur de Lampedusa, Italia (18 de abril); las 42 en Yemen (9 de marzo); o las 71 ocurridas en Viena, Austria (27 de agosto).

En el año 2016, como ejemplos de actos concretos en donde murió un número elevado de personas se pueden destacar las 15 muertes ocurridas fuera de las Costas de Colombia con destino a Panamá (11 de enero); las 34 en Níger cerca

de la frontera con Argelia (11 de junio); las 120 cerca de Sabratha, Libia (21 de julio); las 204 a 7.5 millas de la costa de Egipto (20 de septiembre); las 52 en diversos lugares de México (3-22 de octubre); o las 54 en Indonesia (1 de noviembre).

El total de muertes de las PMSP que antes se ha destacado nos muestra como desde el año 2014 estas han ido en aumento, especialmente en regiones como el Mediterráneo, África del Norte, Centroamérica que incluye a México y la frontera

de México con Estados Unidos, a pesar de que también en Europa se nota un incremento aunque no constante. En tanto que en el resto de las regiones se mantienen números más constantes en la cantidad de vidas de seres humanos perdidas en los movimientos migratorios sin autorización.

Las causas finales o específicas de cada una de esas muertes no siempre son fáciles de determinar, pero todas han ocurrido con motivo del tránsito migratorio de esas personas

Figura 1. Aproximado de número de muertes de PMSP

Región	Muertes 2014	Muertes 2015	Muertes 2016 ¹	Muertes 2017 ²
África del norte	89	801	1.377	265
África subsahariana	268	74	92	136
Caribe	73	55	105	96
Centroamérica y México	116	101	180	46
Cuerno de África	249	135	235	173
Europa	16	133	61	35
Frontera México-Estados Unidos	307	337	402	242
Mediterráneo	3.283	3.784	5.143	2,408
Medio Este	39	34	114	52
Sudeste Asiático	824	789	181	45
TOTAL	5.264	6.243	7.890	3.498
	personas	personas	personas	personas ³

¹ Para este año se incluyó como región a Sudamérica en donde se registraron 33 muertes.

² Esta información está actualizada al 6 de agosto de 2017. Con lo cual no se incluye, por ejemplo, la muerte de al menos 50 personas y desaparición de 30 originarias de Etiopía y Somalia, ocurrida el 10 de agosto en las costas de Yemen, al ser lanzadas al mar por los traficantes que les transportaban. Pero tampoco incluye por ser anterior (2010), por ejemplo, el asesinato en un solo acto de 72 personas migrantes en Tamaulipas, México.

³ No se olvide que este total corresponde solo a la información disponible al 6 de agosto de 2017, no de la totalidad del año.

por el territorio de un país del cual no son nacionales, ni cuentan con la autorización para encontrarse ahí. Con lo que, al menos, todas esas personas han visto afectado su derecho a la vida reconocido en todos los instrumentos universales y regionales de derechos humanos, así como en un importante número de textos constitucionales.

Ahora bien, ¿esas muertes se podrían considerar un CLH? Esas alarmantes cifras que representan vidas de seres humanos perdidas en movimientos migratorios ¿son un tema que solo compete a los Estados en donde ocurren o debe ser una situación de la cual debe conocer la CPI?

En los siguientes apartados intentaré dar respuesta a esas preguntas, por ahora es clara la situación a la que nos enfrentamos, que no es exclusiva de una región del mundo o país, a pesar de que existen algunos en donde es más grave por su número en actos únicos o diversos actos y su reiteración.

III. ASESINATO DE PERSONAS MIGRANTES *SINE PERMISSUM* EN TRÁNSITO ¿UN CRIMEN DE LESA HUMANIDAD?

El hecho de que cada año mueran —según la región del mundo que se

analice— decenas, centenas o miles de personas por cruzar fronteras y países sin autorización, es una situación grave que debe llamar la atención. Especialmente porque el reconocimiento de derechos humanos como la vida o la integridad física y psicológica no depende de la nacionalidad que se posea, ni del estatus migratorio con el que se cuente, son derechos humanos que los Estados deben respetar, proteger y garantizar a cualquier persona que se encuentre bajo su jurisdicción, sin discriminación ni condicionamiento alguno.

¿Pero el hecho de que ocurran esas muertes se puede considerar por sí mismo como un CLH? Es evidente que sea una o miles las muertes, pueden considerarse como una grave violación de los derechos humanos, más si no se hizo nada para protegerles y evitar que ocurriera la muerte, así como si una vez ocurrida esta no se investiga y sanciona a quienes pudieran ser responsables de ello. Pero ¿qué es lo que hace que estas violaciones de derechos humanos se puedan considerar como un CLH? ¿Por qué esas muertes son relevantes en el ámbito del Derecho internacional y dejan de ser crímenes de interés y competencia solo de los ámbitos nacionales?

Para dar respuesta a esas preguntas, no entraré a describir la interesante historia del nacimiento,

debates y desarrollo del concepto de CLH o contra la humanidad,⁴ ni las muy interesantes posiciones filosóficas desde las cuales se puede reflexionar qué es o qué debería ser considerado como CLH⁵.

El análisis que desarrollaré será desde las normas vigentes del Derecho penal internacional (Artículo 7 del Estatuto) y las interpretaciones jurisdiccionales (jurisprudencia) y doctrinales (académicas) que se han desarrollado para intentar precisar qué es o qué entra dentro del concepto de CLH. Lo cual puede ser una posición limitada, pero también es la única que actualmente tenemos para que una situación pase de los debates teóricos a la materialización de sanciones. Advirtiendo también que acudiré al entendimiento más acabado o reciente que comparto de cada uno de los elementos, sin entrar a los debates que los rodean y continúan, pues de eso ya se ocupan muchos interesantes textos.⁶

Esta precisión para mí es importante, ya que es muy común desde diferentes ámbitos el calificar como CLH situaciones que, si bien son graves y lamentables violaciones de derechos humanos, no tienen los elementos particulares para ser considerados como tales (Dubler, 2008), con lo que se banaliza y desvirtúa

el sentido y fin de la existencia del concepto CLH. Aspecto que en este caso bajo estudio es relevante, porque a las muertes de las PMSP en tránsito se le ha llegado incluso a denominar como “genocidio migratorio”, cuando jurídicamente en la actualidad, y desde otros ámbitos, eso no se puede sostener,⁷ aunque ambos conceptos incluyan conductas inadmisibles que por su gravedad por años se ha debatido si son realmente diferentes (Ratner, 2007).

Bajo este entendido, de acuerdo con el Artículo 7 del Estatuto son 15 actos determinados,⁸ 2 determinables⁹ y otros actos inhumanos de carácter similar a los anteriores que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente

⁷ Un ejemplo de los muchos que se pueden encontrar en este sentido es la columna publicada en el diario *El País* bajo el título “Genocidio pasivo”, disponible en: https://elpais.com/ccaa/2016/03/14/catalunya/1457966116_418973.html

⁸ 1) Asesinato; 2) Exterminio; 3) Esclavitud; 4) Deportación; 5) Traslado forzoso de población; 6) Encarcelación; 7) Tortura; 8) Violación; 9) Esclavitud sexual; 10) Prostitución forzada; 11) Embarazo forzado; 12) Esterilización forzada; 13) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al Derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; 14) Desaparición forzada de personas; 15) El crimen de apartheid.

⁹ 1) Otra privación grave de la libertad física (distinta a encarcelamiento) en violación de normas fundamentales de Derecho internacional; 2) Cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable pero distinta a la violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado o esterilización forzada.

⁴ Véase (Liñán, 2015) o (Geras, 2011).

⁵ Véase (May, 2005).

⁶ Véanse (Chernor, 2013) o (Ambos y Wirth, 2002).

contra la integridad física o mental, los que pueden entrar dentro del concepto de CLH.

Si atendemos a esta primera idea y los reportes existentes en relación a las afectaciones que sufren las PMSP en tránsito, es posible establecer que en su caso se han presentado asesinatos, esclavitud, deportación, tortura, violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, desaparición forzada y privaciones de libertad en violación de normas fundamentales de derechos humanos en los centros de detención migratoria (Prosecutor, 2017).

Pero esos actos deben además cometerse bajo un contexto específico para poder entrar en la categoría CLH. Estos elementos de contexto son justo los que distinguen a los crímenes ordinarios dentro del derecho nacional de los crímenes internacionales (Ambos y Wirth, 2002, p. 13). “El elemento de contexto se convirtió así en el elemento internacional” (Ambos, 2012, p. 7). Así, el Artículo 7 previamente referido exige que los actos antes enumerados se den como parte de: a) un ataque; b) generalizado o sistemático; c) contra la población civil y d) con conocimiento de dicho ataque.

Bajo esas exigencias, ¿las muertes de las PMSP en tránsito se pueden considerar CLH? Veámoslo a partir

de entender qué significa cada uno de esos elementos contextuales y si estos los podemos ubicar de manera genérica en lo que está ocurriendo en diversas regiones del mundo.

A. ¿LOS ASESINATOS DE PERSONAS MIGRANTES *SINE PERMISSUM* EN TRÁNSITO SON A CAUSA DE UN ATAQUE?

Por *ataque*, de acuerdo con la jurisprudencia que es más seguida y citada académicamente, se entiende como todo aquel evento en el cual se lleva a cabo alguno de los crímenes que antes se han enumerado. Precisando que, de hecho, dentro de un solo ataque puede existir una combinación de los actos enumerados, como el asesinato, la violación y la deportación (Kayishema, 1999, párr. 122).

Con lo que el término *ataque* para el caso de los crímenes de lesa humanidad debe ser despojado de cualquier connotación o contexto bélico o de conflicto armado, para ser entendido simplemente como el evento o situación en el que se lleva a cabo uno o varios de los actos que el Artículo 7 del Estatuto tipifica como tales.

Bajo este entendido y teniendo en cuenta que de conformidad con los Elementos del Crimen que, de acuerdo con el Artículo 9 del

Estatuto, son los criterios que ayudan a la CPI a interpretar y aplicar los Artículos 6, 7 y 8 del referido Estatuto, el *asesinato* se configura cuando “el autor haya dado muerte a una o más personas” y que, “[l]a expresión ‘dado muerte’ es intercambiable con la expresión ‘causado la muerte’”.¹⁰ Esto es, entendiendo el asesinato “*largo sensu*: como la creación de *las condiciones que ponen en peligro la vida con posibilidad de que ello cause la muerte* según la experiencia humana razonable” (Ambos, 2004, p. 173).

Por lo que, bajo ese entendimiento, todo indica que las muertes de las PMSP en tránsito satisfacen este primer requisito, esto es, que son causadas en un ataque en el que se comete el crimen de *asesinato* al generarse todas las condiciones para causárseles la muerte. Esto es, los actos y omisiones de los autores generan la muerte de las PMSP.

Más si tenemos presente que los ataques no son exclusivamente actos violentos en sentido estricto (Kaing, 2010, párr. 298), con lo que también pueden entrar en este concepto, por ejemplo, medidas legislativas o administrativas que establezcan, generen, mantengan y, por tanto, constituyan el ataque general o la fuente de éste (Schabas, 2010).

Esa afirmación puede atacarse diciendo que nadie les causa la

muerte, al ser muertes “accidentales” que ocurren cuando las embarcaciones en las que van se hunden, cuando se asfixian dentro del medio de transporte utilizado, cuando caen del tren en el que viajaban sin autorización, cuando son víctimas de otro tipo de violencia o por alguna otra causa vinculada con la ingesta de alimentos, la deshidratación, la picadura o ataque de un animal o alguna otra causa similar a estas. Sin embargo, por más “accidentales” que se pudieran considerar, el que las PMSP se coloquen bajo esos riesgos y, por tanto, aumenten sus posibilidades de perder la vida no son meramente accidentales, sino necesarias para alcanzar sus fines ante las políticas migratorias que se implementan en casi todas las regiones del mundo.

Puede ser que exista un margen de muertes naturales que se estén contabilizando en el número total de muertes y, respecto a estas, podría ser debatible que se consideren como un ataque. Pero las demás, como quedará confirmado en los siguientes apartados, necesariamente debemos colocarlas bajo el concepto de asesinato en los términos antes establecidos.

¹⁰ Nota al pie número 7 de los Elementos del Crimen.

B. ¿EL ATAQUE QUE SUFREN LAS PERSONAS MIGRANTES *SINE PERMISSUM* EN TRÁNSITO ES GENERALIZADO O SISTEMÁTICO?

En mi opinión, este elemento contextual es el que sin duda define a un acto como CLH y lo diferencia de lo que podría ser un crimen del orden común de competencia nacional, especialmente por el alcance que se le ha dado a los términos generalizado y sistemático.

Así, que sea *generalizado* es una característica cuantitativa que indica que un acto (ataque) se ha llevado a gran escala, involucrando un gran número de víctimas, con lo que el elemento central es el número de víctimas, antes que la reiteración de actos, pudiendo ser suficiente un solo acto si este es de una magnitud extraordinaria (Ambos, 2012).

En tanto que *sistemático* es una característica cualitativa que indica que un acto (ataque) es el resultado de una planificación metódica, con lo que el elemento central es la organización previa con la que se lleva a cabo el acto (Ambos, 2012).

En la jurisprudencia existente se ha establecido lo que expresamente se contiene en el Artículo 7.1 del Estatuto, esto es, que el ataque puede ser generalizado o sistemático, pero no necesariamente de las dos formas (Bemba, 2009, párr. 82). Con lo cual, un ataque para ser

considerado como CLH puede satisfacer solo el elemento cuantitativo (generalizado) o solo el elemento cualitativo (sistemático), indistintamente y el cumplimiento de uno de ellos es suficiente para que una situación se pueda considerar como un CLH.

Ahora bien, pese a lo anterior y por confuso que pueda parecer, a esos dos elementos contextuales el Artículo 7.2. a) del Estatuto les estableció un aspecto adicional condicionante, que consiste en que el “ataque contra una población civil” debe tener “una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política”.

Lo confuso es que parece contradecirse la idea de “comisión múltiple” con lo que antes he señalado que debe entenderse por generalizado y “una política de Estado o de una organización” con lo que se entiende por sistemático. Sin embargo, en realidad, el elemento relevante de eso es que esa conducta generalizada o sistemática debe tener una línea de conducta basada en una política.

“Esto significa que el elemento de la política es indispensable y su ausencia no puede ser compensada,

por ejemplo, con un número particularmente elevado de actos y/o víctimas” (Ambos, 2012, p. 8). “De hecho, la existencia de una política de Estado puede ser el mejor criterio para distinguir entre los delitos individuales que pertenecen a los sistemas de justicia nacionales y los delitos internacionales con sus normas y principios especiales en materia de jurisdicción, inmunidades, limitaciones legales y defensas”¹¹ (Schabas, 2008, p. 982).

Con lo que el elemento generalizado ya no solo requiere de una cantidad de víctimas para ser considerado un CLH, sino que debe responder a una política de actuación que también podría ser una política de inacción, tolerancia o aquiescencia frente a crímenes de lesa humanidad (Ambos, 2012). Es decir, que la “política de actuación”¹² puede ejecutarse a partir de la realización de ataques como por la omisión deliberada de actuar ante esos ataques, por tolerarlos o alentarlos tanto por acción como por omisión. No obstante, la existencia de este elemento solo (sin cualquiera de los otros dos) no configura por sí mismo un CLH (Dubler, 2008).

¹¹ Traducción de quien escribe este artículo, original en inglés.

¹² Un interesante análisis sobre el “policy element” para definir qué es un CLH frente a otras alternativas que se han presentado se encuentra en (Dubler, 2008) o (Schabas, 2008).

Otro aspecto relevante que introduce ese Artículo 7.2 es que deja en claro que esa “política de actuación” puede ser de un Estado o de una organización, con lo que ya no sólo actores estatales son quienes pueden llevarla a cabo. Pero siempre debe existir dicha política para que se pueda considerar un crimen como de lesa humanidad. Definir qué es o puede ser esa política no es nada sencillo en todos los casos, pero eso es un debate desde el origen de la creación del Estatuto e incluso anterior a éste (Chernor, 2013).

A partir de esos elementos, veamos si las muertes de las PMSP en tránsito puede considerarse que se dan de forma *sistemática*, esto es, si hay actos de violencia organizados cuya ocurrencia no es solo al azar, si existe un plan organizado en apoyo (o tolerancia) de una política común, que sigue un patrón regular y resulta en una continua comisión (o tolerancia) de actos y no sólo una repetición accidental de una conducta delictiva similar sobre una base regular (Katanga, 2008, párrs. 394 y 397).

En ese sentido, lo primero que debe quedar establecido es que prácticamente todas las muertes de las PMSP se dan como consecuencia de ser víctimas de mafias de contrabando de personas (UNODC, 2010), que son las que fijan las rutas

por las que deben transitar, dan los medios de transporte y/o transportan a estas personas (UNODC, 2011). Mafias que en muchos países operan con la aquiescencia o incluso con la complicidad de autoridades estatales, así sean estas de último o primer nivel.

Las causas particulares de muerte de las PMSP varían en cada región del mundo y, como adelanté, en algunos casos además del *asesinato* que es el crimen del que aquí nos estamos centrando, también se han documentado casos de esclavitud, tortura, violación, esclavitud sexual y prostitución forzada que actualizarían otros supuestos del tipo penal de CLH contenido en el Artículo 7 del Estatuto.

Pero además, la existencia de esas mafias de contrabando de personas y la necesidad de que las PMSP hagan uso de esos medios no tiene un surgimiento casual, sino que está ligado directamente con las políticas migratorias de los Estados. Esto es así, porque las leyes que regulan la migración o extranjería, son cada vez más restrictivas, establecen requisitos de difícil cumplimiento y, con ello, se genera la necesidad de acudir y utilizar vías y medios no legales —que suelen ser económicamente más costosos que las vías legales— a fin de intentar cruzar fronteras y trasladarse de un país a otro.

Pero en tanto no se entienda que “la gobernanza de la migración no es una cuestión de cerrar las fronteras y evitar la entrada de las personas, sino de regular la movilidad abriendo canales de migración accesibles, regulares, seguros y asequibles y promoviendo y celebrando la diversidad” (Relator, 2017, párr. 16), los Estados no recuperarán de manera efectiva el control de sus fronteras y seguirán generando pérdidas de vidas humanas al poner (directa en algunos casos, indirecta en otros) en manos de mafias sin escrúpulos a las PMSP.

Con lo que parece claro que los ataques que sufren las PMSP en tránsito y que son las causas de sus muertes (asesinato) son, por una parte, actos organizados que siguen un patrón regular que genera una continua comisión de dichos actos y no solo una repetición accidental por parte de las mafias o bandas organizadas de tráfico de personas migrantes.

Por otra parte, esos ataques que generan los asesinatos son el resultado de una política común de los *Estados* al establecer políticas migratorias restrictivas (Kalpouzou y Mann, 2015)¹³ que impiden el uso

¹³ Políticas migratorias que en idéntico sentido que el que aquí le doy son identificadas en el artículo citado y por la Clínica Internacional de Derechos Humanos y Resolución de Conflictos de la Escuela de Derecho de Stanford en conjunto con Global Legal Action Network en la comunicación dirigida a la Fiscalía de la CPI respecto

de medios menos peligrosos y autorizados para cruzar fronteras y acceder a los países.¹⁴ Políticas migratorias que, por ejemplo, en el caso de Europa o Australia ha llevado a externalizar las fronteras por medio de acuerdos con países limítrofes, de origen o de paso obligado para las PMSP, a fin de que éstos hagan el trabajo sucio del control migratorio y se encarguen de evitar que las personas lleguen a sus territorios (Rijpma y Cremona, 2007). Aunque también, en muchos países, hay una abierta tolerancia a los actos de las mafias, con lo que el elemento sistemático se acreditaría de igual forma desde ese punto de vista.

Pero no solo eso, desde los diferentes Estados en todas las regiones es fácil acreditar, en mayor o menor medida, *omisiones*¹⁵ que dan lugar a responsabilidad penal individual, ya que existiendo obligaciones legales (incluidas en constituciones, tratados y leyes) de actuar para proteger y garantizar la vida de las personas

que se encuentren bajo su jurisdicción, no lo están haciendo de manera efectiva y real. Esto es muy evidente en las muertes que ocurren dentro del territorio de los Estados, pero también lo es incluso en alta-mar, en donde “el primer deber del Estado es proceder al salvamento” (Fernández, 2009, p. 385), pues rescatar a quienes se hallen en peligro en el mar es también un deber establecido en el Derecho del Mar y la tradición marítima (ONUDD, 2005).

Lo antes señalado podría confirmarse con lo que ha establecido el Relator de Naciones Unidas sobre migrantes, quien justamente como aquí, al observar el fenómeno en su totalidad, señala que: “Los Estados deben pasar de una actitud de tolerancia cero a una de reducción del daño, que debilite a las organizaciones delictivas responsables del tráfico de migrantes, atienda a las preocupaciones de seguridad de los Estados y, en última instancia, reduzca el sufrimiento humano y salve vidas. Si los Estados desean recuperar el control de sus fronteras, deben proporcionar a los migrantes canales de movilidad regulares, seguros, asequibles y accesibles” (Relator, 2017, párr. 16).

La situación actual nos debe llevar a reflexionar sobre las políticas migratorias de manera profunda, pues como se observa, es cada vez

a: “The Situation in Nauru and Manus Island: Liability for crimes against humanity in the detention of refugees and asylum seekers”.

¹⁴ Derivado también de esas políticas migratorias bien valdría la pena analizar a partir de situaciones concretas los casos de deportación, tortura, desaparición forzada y privaciones de libertad en violación de normas de derechos humanos que sufren las personas migrantes, y que actualizarían otros crímenes tipificados en el Artículo 7 del Estatuto.

¹⁵ Para un análisis a profundidad de las omisiones en el Derecho penal internacional se recomienda: (Olásolo, 2013, pp. 751-849)

más coincidente entender a dichas políticas como el origen de los CLH que se cometen contra las PMSP y que, por tanto, no son situaciones aleatorias, aisladas o accidentales, sino políticas sistemáticas (Kalpouzos y Mann, 2015) que están causando sufrimiento humano, han creado nuevas formas de crimen y un creciente número de vidas humanas perdidas en todas las regiones del mundo, pues no son exclusivas de una región.

No pierdo de vista que en el caso de las conductas estatales la asignación de responsabilidad individual puede ser una situación compleja en el ámbito penal, pero en este momento solo quiero demostrar el elemento sistemático de los ataques. En todo caso, en este punto, lo relevante es que los ataques que dan origen a los asesinatos son el resultado de una planificación, en la que hay una organización previa (políticas migratorias y organización criminal, respectivamente), de conformidad con lo antes expresado.

De igual forma, sé que el referirme a las políticas migratorias estatales como una planificación u organización que causa los ataques, puede ser muy debatible y se me puede asegurar que ese no es su fin. Sin embargo, mientras dichas políticas no proporcionen opciones de movilidad regulares, seguras, asequibles y accesibles, al ser cada vez

más restrictivas, excluyentes y discrecionales, el efecto que indirectamente están causando es el que año con año las PMSP sean asesinadas en las diversas rutas migratorias ilegales que se han creado en todo el mundo.

Ahora veamos si se puede considerar como *generalizado*, es decir, que es un ataque a gran escala con un patrón regular en la comisión de la conducta que denotan una política común. Un ataque que está planeado, dirigido u organizado en oposición a actos espontáneos o aislados de violencia (Katanga, 2008, párr. 396).

Si partimos del hecho de que en los últimos tres años y medio de acuerdo con la información disponible se nos indica que mientras en el año 2014 murieron 5,264 PMSP en tránsito, para el 2016 la cifra llegó a 7,923 muertes en todo el mundo, podríamos tener un primer indicio de que es un ataque generalizado.

Sin embargo, hay regiones del planeta en donde las muertes de las PMSP en un año no han llegado a las 50 (Europa o Medio Este), aunque en otros años en todas las regiones del mundo en un solo año se han superado las 50, 100, 200, 1000 ó 5000 muertes. Con lo que resulta evidente que cada situación particular debe ser analizada para determinar este elemento contextual.

Si tomamos como ejemplo el Mediterráneo, Centroamérica que incluye a México, el cuerno de África o la frontera de México y Estados Unidos, en donde entre 2014 y 2016 el promedio de muertes ha sido de 4,070; 132; 206; y 349, respectivamente, parece evidente que se ha llevado a gran escala, involucrando un gran número de víctimas, habiendo casos, como antes se expuso, en el que en un solo acto han muerto al menos 750, 204 ó 72 personas, por citar solo unos ejemplos de los ya mencionados en el segundo apartado.

Así, en cuanto a su magnitud (número de víctimas), con que en un acto sean decenas, en un corto periodo de tiempo a partir de varios actos centenas o en todo un año varias centenas o miles, me parece que es suficiente para afirmar que la parte cuantitativa para considerarse generalizado se cumple, con más o menos claridad en las diferentes regiones y países en las que están ocurriendo esos asesinatos. Afirmer lo contrario, sería admitir que las vidas de las PMSP no importan o que están fuera de la protección del derecho a la vida que se le reconoce a toda persona.

Pero al no ser suficiente el número de víctimas para que se considere un CLH, el elemento de “política de actuación” también se cumple, en los términos que se han

descrito antes respecto a las mafias y los Estados, por idénticas razones que se actualiza el elemento sistémico. Más aún en el caso de los Estados, no solo por la existencia de esas políticas migratorias, sino también por las omisiones que cometen al no proteger y garantizar el derecho a la vida de esas personas que se encuentran bajo su jurisdicción, sea en el ámbito terrestre o marítimo.

En cuanto al elemento cuantitativo válidamente se me puede decir que es incorrecta esa apreciación ya que, por ejemplo, en la región del mundo donde actualmente más muertes de las PMSP ocurren que es en la zona del Mediterráneo con destino a Europa, en lo que va del año 2017 han muerto 2,408 personas, pero en cambio han llegado 118,227 personas por mar a Europa (OIM, 2017). Lo que significa que de las 120,635 personas respecto a las cuales hay registros de que hicieron esa travesía por mar, 1 de cada 36 personas perdieron la vida o lo que es lo mismo, solo el 2% murió y el 98% logró su objetivo. Análisis similar que se puede hacer por cada año y región. Sin embargo, aceptar eso, sería a su vez aceptar que es correcto que los movimientos migratorios se lleven a cabo de esa forma, lo que incluye obviamente la intervención de mafias organizadas y aceptando indirectamente que la pérdida de la vida es

un costo que algunas personas deben pagar para poder ejercer su libertad de movimiento (Artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos).

De igual forma se me puede decir que los Estados no son pasivos ante esas muertes, ya que han celebrado tratados que buscan combatir el tráfico de migrantes y en los casos del Mediterráneo o México, por ejemplo, se han creado grupos y mecanismos especiales que buscan rescatar o asistir a las PMSP en tránsito que se encuentran en peligro o están bajo las mafias de traficantes u otros grupos delictivos nacionales o transnacionales. Sin embargo, por una parte, eso no está evitando que las personas sigan arriesgando sus vidas pues lo que se necesita es la transformación de las políticas migratorias y, por otra parte, esas acciones son simplemente parte del mínimo cumplimiento de sus obligaciones de proteger y garantizar el derecho a la vida de las personas bajo su jurisdicción.

Además, lo anterior también queda en segundo término cuando las insuficientes actuaciones estatales han llevado, en esos dos ejemplos de México y el Mediterráneo, a que ante la inacción o insuficiente acción estatal, organizaciones de la sociedad civil lleven a cabo funciones de búsqueda, salvamento y rescate de las personas con vida o de

la recuperación de los cuerpos sin vida. Situación que pone de manifiesto el nivel de omisión en el que están incurriendo los Estados frente a estas situaciones.

Así, el hecho de que en parte se intente rescatarles y en algunos casos se investigue y sancione, no ha sido suficiente para evitar esos ataques sistemáticos y generalizados, con lo que en análisis particulares podría eximirse de responsabilidad penal, pero eso no elimina la configuración como CLH de esas situaciones.

Como puede observarse, no es fácil y menos generalizable el poder acreditar este elemento de contexto en el caso bajo análisis. No obstante ello, sí cumple con los elementos mínimos que permiten afirmar que en términos del Estatuto, los asesinatos cometidos contra las PMSP en tránsito son un CLH al ser ataques sistemáticos y generalizados en prácticamente todas las regiones del mundo. Sin que eso signifique que, por esa simple razón, todas las situaciones puedan caer automáticamente dentro de la jurisdicción de la CPI.

C. ¿LAS PERSONAS MIGRANTES *SINE PERMISSUM* EN TRÁNSITO SON CUALQUIER POBLACIÓN CIVIL?

Este elemento es el más sencillo de establecer, ya que el concepto de población civil ha buscado incluir a cualquier tipo de persona, independientemente de su nacionalidad, origen étnico, social, racial o cualquier otra característica objetiva o subjetiva que pueda servir para distinguirles. Que se hable de “cualquiera” justamente sirve para reforzar la idea de que el sujeto pasivo del ataque pueda ser toda población civil (Leñán, 2015), donde sea que se encuentre.

Para este análisis es interesante y relevante destacar que en la jurisprudencia internacional se ha puesto especial énfasis en la irrelevancia legal de la nacionalidad de las víctimas, indicando que pueden ser de la misma nacionalidad que el autor del ataque, apátridas o con una nacionalidad diferente (Tadic, 1999, párr. 635).¹⁶

En ese sentido, cualquier PMSP en tránsito es población civil y, por tanto, son claramente sujeto pasivo de la conducta criminal.

D. ¿EL ATAQUE A LAS PERSONAS MIGRANTES *SINE PERMISSUM* EN TRÁNSITO SE HACE CON CONOCIMIENTO?

Este elemento que sirve para una evaluación más particular de atribución de responsabilidad, podemos simplificarlo diciendo que se cumple cuando el autor “haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de, o estaba destinada, a ser parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil”, sin que se requiera conocer todos los detalles o características de dicho ataque, ni del plan o política del Estado o de la organización (Katanga, 2008, párr. 396).

De manera más simple, el conocimiento implica, por un lado, que el autor debe saber de la existencia del ataque y, por el otro, debe saber que su acto individual forma parte de este ataque (Ambos, 2012).

Bajo esa perspectiva, parece evidente que en general, tanto en las mafias como en el Estado se conoce, por una parte, la existencia del ataque, esto es, del asesinato de las PMSP y, por otra parte, que en mayor o menor medida es causado por su acción o su omisión. Sin olvidar que el conocimiento no implica que el autor comparta necesariamente el propósito o características del ataque (Gacumbitsi, 2004, párr. 302).

¹⁶ Criterio que se reiteró una década después (Katanga, 2008, párr. 399).

En el caso de las mafias lo anterior se acredita de manera sencilla por el hecho de que en las zonas o condiciones de mayor riesgo, abandonan o dejan solas a las personas una vez que las han colocado en la situación que generará su muerte. En el caso de los agentes estatales, se acredita por el hecho de que como antes señalé, al conocer lo que está ocurriendo, han creado mecanismos que buscan reducir los ataques, aunque como también ya se dijo, estos resultan insuficientes. Pero en uno u otro caso, es evidente que el conocimiento al menos general del ataque se conoce y su actividad forma parte de la política de actuación (criminal/negocio – legal/migratoria) que está detrás.

IV. LA COMPETENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Como he establecido antes, los asesinatos de las PMSM en tránsito pueden considerarse como un CLH bajo los elementos de contexto y caracterización que hace de estos el Artículo 7 del Estatuto. Esta conclusión, puede ser debatible, como lo han sido y son el alcance de cada uno de los elementos de contexto antes señalados en la doctrina y jurisprudencia. Sin embargo, como lo

demonstré, hay elementos suficientes para sostener esa conclusión.

Bajo esa premisa, la CPI contaría en principio con competencia material para conocer de esos crímenes (Garibian, 2009). Aunque en todo caso, los elementos que antes se han descrito deben quedar acreditados en cada situación, no es una regla general.

Sin embargo, las situaciones que están ocurriendo en las jurisdicciones de Australia, España, Grecia (Kalpouzou y Mann, 2015), Italia, Libia, Malta, México (López, 2016) o Túnez, al menos,¹⁷ por el número de vidas perdidas, la falta de investigación y, por tanto, sanción a los responsables de esas muertes; así como por ser todos estos Estados que han aceptado la competencia de la CPI y dichos crímenes estar ocurriendo cuando esa competencia está en pleno funcionamiento, deberían dar lugar a que al menos se iniciaran exámenes preliminares por la Fiscalía de la CPI.

Si bien cada situación requiere un análisis particular y minucioso, en todos estos hay claros indicios de la acreditación de los presupuestos personal, material, temporal y territorial que activan la jurisdicción abstracta de la CPI; así como el presupuesto de la falta de auténtica disposición en unos casos y de

¹⁷ Por razones obvias, no incluyo a países que no han aceptado la jurisdicción de la CPI.

capacidad en otros para investigar y enjuiciar los asesinatos de personas migrantes. Además de que, parece evidente que el presupuesto de gravedad es claro por el número de vidas que se están perdiendo año con año, y que, la activación de la jurisdicción de la CPI redundaría en el interés de la justicia para poner fin a esa situación.¹⁸

Sé muy bien que para que la CPI entre a conocer una situación, antes que cualquier valoración jurídica, por buena o mala que sea, requiere de un respaldo político y diplomático cuyo eje gira en torno al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. En ese sentido, de todas esas situaciones, de todos esos países, el mayor candidato para llegar a la jurisdicción de la CPI es Libia. Aunque bajo este contexto, tengo serias dudas respecto a que solo ese país llame la atención, cuando es justamente Libia como lo son Marruecos, Argelia o Túnez con quienes la Unión Europea y, sobre todo, los países europeos antes mencionados (o la propia Unión Europea), están celebrando acuerdos con el fin de que sigan conteniendo a las PMSP que intentan llegar a Europa, de igual forma que en ese mismo sentido lo hace México respecto a Estados Unidos.

¹⁸ Para profundizar en cada uno de esos presupuestos véase (Olásolo, 2003, pp. 127-280).

Con lo que, por más que se den razones jurídicas, al parecer, sobran razones políticas para frenar cualquier intento de investigación que ponga bajo escrutinio criminal las políticas migratorias que actualmente se aplican alrededor del mundo. Esto no debería ser así, pero tampoco podemos ser ingenuos respecto a cómo funcionan las cosas, de que “el Consejo de Seguridad y la CPI, como todas las instituciones internacionales, son criaturas de la diplomacia y la política, no de la humanidad”¹⁹ (Dubler, 2008, p. 101).

V. CONCLUSIÓN

Son muchas las situaciones en las que las personas pierden la vida o sufren afectaciones a su integridad o sus bienes que, cuando se conocen, causan indignación. Sin embargo, ni su gravedad, ni la indignación internacional que puedan generar son suficientes para que respecto de ellas pueda conocer un tribunal internacional como la CPI.

Lo anterior no es fácil de entender fuera del Derecho, pero tiene razones históricas que lo justifican y una presunción en favor de las capacidades de los Estados que lo sostiene, pues son estos los que por proximidad, pueden atender mejor las

¹⁹ Traducción de quien escribe este artículo, original en inglés.

diversas situaciones. No obstante ello, hay situaciones que por diversos motivos rebasan las capacidades de los Estados y hacen imprescindible que órganos como la CPI entren a conocer de las situaciones como única forma de ponerles fin.

Una de esas situaciones en las cuales actualmente los Estados se muestran superados es la relacionada con las muertes de las PMSP en tránsito, no solo por el número de muertes que se contabilizan y la intervención de mafias criminales, sino también porque el origen de esa situación está directamente relacionada con las políticas migratorias creadas e implementadas por esos mismos Estados.

Por la forma en la que se causa la muerte a las personas migrantes, lo anterior se puede considerar como un ataque (asesinato) sistemático y generalizado contra una población civil que se lleva a cabo con conocimiento y como parte de una política. Es decir, puede ser considerado como un CLH.

Bajo ese entendido, la premisa a partir de la cual la CPI podría ejercer su competencia parece estar puesta, con lo que solo haría falta, por una parte, acreditar los demás elementos que dan competencia a dicho tribunal y, por otra parte, la suma de voluntades político y diplomáticas que estén dispuestas a evaluar las políticas migratorias actuales

y una de sus consecuencias bajo los estándares del Derecho penal internacional.

Lo único claro hoy es que hay muchos debates pendientes, aspectos por precisar y un largo camino por recorrer. Pero también, una realidad en la que la comunidad internacional está viendo cómo se pierden vidas humanas, ante lo cual no podemos ser meros espectadores. Debemos explorar todas las alternativas posibles para ponerle fin, especialmente desde ámbitos como el Derecho penal internacional y, más específicamente, como la CPI, si no quiere perder lo poco que le queda como esperanza de justicia más allá de las fronteras estatales.

VI. FUENTES DE CONSULTA

- Ambos K. y Wirth, S. (2002). "The Current Law of Crimes against Humanity: An Analysis of UNTAET Regulation 15/2000". *Criminal Law Forum* (13), pp. 1-90.
- _____. (2004). *Los crímenes del nuevo derecho penal internacional*. Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- _____. (2012). "Crímenes de lesa humanidad y la Corte Penal Internacional". *Revista General de Derecho Penal* (7), pp. 1-30.

- Bonomolo, A. y Kirchgassner, S. (20 de abril de 2015). "UN says 800 migrants dead in boat disaster as Italy launches rescue of two more vessels". *The Guardian*. Disponible en <http://www.theguardian.com/world/2015/apr/20/italy-pm-matteo-renzi-migrant-shipwreck-crisis-srebrenica-massacre>
- Brian, T. y Laczko, F. (2014). *Fatal Journeys: Tracking Lives Lost During Migration*. Geneve: International Organization for Migration.
- Castilla, K. (2016). "Migración *sine permissum* en España: multa, expulsión y *non bis in idem*. Más allá de lo constitucionalmente admisible y acorde con la normativa europea". *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* (42), pp. 1-13.
- Chernor, C. (2013). "What Makes a Crime Against Humanity a Crime Against Humanity". *American University International Law Review*. (28) 2, pp. 381- 441.
- Curtin, P. (1969). *The Atlantic Slave Trade. A Census*. Madison: The University of Wisconsin Press.
- Dubler, R. (2008). "What's in a Name? A Theory of Crimes against Humanity". *Australian International Law Journal*, (15), pp. 85-107.
- Fernández, P. (2009). "Tráfico ilegal de personas y cooperación marítima internacional". *La cooperación internacional en la ordenación de los mares y océanos*. Madrid: Iustel.
- Geras, N. (2011). *Crimes against humanity. Birth of a concept*. Manchester: Manchester University Press.
- Grant, S. (2011). "Irregular migration and frontier deaths: acknowledging a right to identity". *Are Human Rights for Migrants? Critical Reflections on the Status of Irregular Migrants in Europe and the United States*. Abingdon: Routledge.
- Kalpouzos, I. y Mann, I. (2015). "Banal Crimes Against Humanity: The Case of Asylum Seekers in Greece". *Melbourne Journal of International Law*, 16 (1), pp. 1- 28.
- Liñán, A. (2015). *El crimen contra la humanidad*. Madrid: Dykinson.
- Livi, M. (2012). *Breve historia de las migraciones*. Alianza editorial, Madrid.
- López, N. (2016). "¿Existen crímenes de lesa humanidad cometidos en contra de la población migrante en México?" *Ensayos sobre temas selectos de la Corte Penal Internacional*. México: Tirant lo Blanch-INACIPE.
- May, L. (2005). *Crimes against Humanity. A Normative Account*. Nueva York: Cambridge University Press.
- OIM. (2017). *Missing Migrants Project*. International Organization for Migration. Disponible en: missingmigrants.iom.int

- Olásolo, H. (2003). *Corte Penal Internacional ¿Dónde investigar? Especial referencia a la Fiscalía en el Proceso de Activación*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- _____. (2013). *Tratado de autoría y participación en el Derecho Penal Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- ONUDD. (2005). *Guías Legislativas para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*. Viena: Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.
- Ratner, S. (2007). “Can We Compare Evils? The Enduring Debate on Genocide and Crimes against Humanity”. *Washington University Global Studies Law Review* (6), pp. 583-589.
- Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes (2017). *Informe sobre una agenda 2035 para facilitar la movilidad humana*. Consejo de Derechos Humanos. 35° período de sesiones. A/HRC/35/25. Recuperado de <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/102/39/PDF/G1710239.pdf?OpenElement>
- Rijpma, J. y Cremona, M. (2007). “The Extra-Territorialisation of EU Migration Policies and the Rule of Law”. *EUI Working Papers*. LAW. European University Institute.
- Schabas, W. (2008). “State Policy as an Element of International Crimes”. *Journal of Criminal Law and Criminology*, (98), pp. 953-982.
- Schabas, W. (2010). *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*. Oxford: University Press.
- The Office of the Prosecutor. (2017). *Thirteenth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the United Nations Security Council Pursuant to UNSCR 1979 (2011)*. Recuperado de <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/otp-rep-unsc-lib-05-2017-ENG.pdf>
- Thomas, H. (1999). *The Slave Trade. The Story of the Atlantic Slave Trade 1440-1870*. New York: Touchstone.
- UNODC. (2010). *The Globalization of Crime: A Transnational Organized Crime Threat Assessment*. Viena: United Nations Office on Drugs and Crime.
- UNODC. (2011). *In-depth training manual on investigating and prosecuting the smuggling of migrants*. Viena: United Nations Office on Drugs and Crime.
- Fiscalía c. Bemba Gombo (Doc. No. ICC-01/05-01/08-424). Decisión de conformidad al Art. 61(7) (a) y (b) del Estatuto de Roma en los cargos del fiscal contra

Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 de junio de 2009.

Fiscalía c. Gacumbitsi. (Caso No. ICTR. 2001-64-T). Sentencia de, 17 de junio de 2004.

Fiscalía c. Kaing. (Caso No. 001/18-07-2007/ECCC/TC). Sentencia, 26 de julio de 2010.

Fiscalía c. Katanga y Mathieu Ngudjlo Chui. (Doc. No. ICC-01

/04-01/07-717). Decisión de confirmación de cargos, 30 de septiembre de 2008.

Fiscalía c. Kayishema y Ruzindana. (Caso No. ICTR-95-1-T). Sentencia, 12 de mayo de 1999.

Fiscalía c. Tadic. (Caso No. IT-94-1-T). Sentencia, 7 de mayo de 1997.

INMIGRACIÓN Y CRIMINALIDAD EN NORTEAMÉRICA

○ Javier Figueroa Castellanos*
Graciela Polanco Hernández**

* Profesor- investigador del Instituto Nacional de Ciencias Penales.

** Académica de tiempo completo e investigadora del Departamento de Psicología de la Universidad Iberoamericana, Ciudad de México.

PALABRAS CLAVE

KEYWORDS

- **Crimen**
- **Inmigración**
- **Inmigrantes**
- **Criminalidad**

Crime

Immigration

Immigrants

Criminality

Resumen. Muchos de los problemas de la sociedad norteamericana han sido señalados como culpables los inmigrantes. Lo más problemático es que también han sido acusados de ser responsables del aumento de la incidencia delictiva. Estos señalamientos con frecuencia se estructuran a través de suposiciones y falsos estereotipos y han sido cuestionadas por una cantidad sustancial de evidencia científica que sugiere consistentemente que los inmigrantes son menos propensos a participar en la delincuencia que otros grupos. Este artículo examina algunas preguntas y problemas no resueltos en la investigación criminológica.

Abstract. Many of the problems of American society have been blamed to the immigrants. The worst thing is that immigrants have also been accused of being responsible for the increase in crime incidence. These signs are often structured through assumptions and false stereotypes and have been challenged by a substantial amount of scientific evidence that consistently suggests that immigrants are less likely to participate in crime than other groups. This article examines some questions and unresolved problems in criminological research.

SUMARIO:

I. Introducción. II. Consideraciones a la migración norteamericana. III. El estereotipo del inmigrante criminal. IV. Advertencias teóricas y empíricas sobre la criminalidad en la migración. V. La situación contemporánea de la migración y la criminalidad. VI. Conclusiones. VII. Fuentes de consulta.

I. INTRODUCCIÓN

El nexo entre la inmigración y la criminalidad se ha vuelto de importancia para muchos gobiernos y un gran temor para la población, así como de interés para los gestores de políticas y algunos grupos de académicos. En la cuestión teórica, ha sido tema de provecho para la sociología desde el inicio del siglo XX, cuando los inmigrantes de países europeos llegaron a Norteamérica, de forma numerosa. Desde esa fecha, distintas teorías y modelos explicativos se han elaborado con el fin de exponer el lazo entre la criminalidad y la migración. Los estudios que se analizan a continuación se enfocan en la condición psicológica, la motivación de los sujetos, los conflictos culturales, la reconfiguración del contexto social por la inmigración y los resultados de la adaptación a

diversas precariedades por parte de los migrantes.

Las últimas generaciones de inmigrantes en Estados Unidos —principalmente de Asia, Centroamérica y Latinoamérica— han reconstruido invariablemente la composición étnica y cultural de ese país. Uno de los efectos más significativos es que, desde la configuración racial inicial de los Estados Unidos entre blancos y negros, los latinos han remplazado a los afroamericanos como el grupo étnico minoritario más grande. Muchas ciudades, tanto aquellas que fueron tradicionalmente destino y aquellas que ahora reciben inmigrantes, han tenido que expandir sus límites urbanos en más de un 30 % (Brookings Institution, 2017), lo cual reconfigura las áreas suburbanas, donde solo en algunas ciudades del este del país la pobreza disminuyó (Kneebone y Berube, 2013). A pesar de esto, la comunidad asiática es uno de los grupos con mayor crecimiento poblacional, en algunas ciudades de Estados Unidos, tienen una representación mayor que la comunidad de los afroamericanos (Frey, 2014), y en algunas otras ciudades, pobladores provenientes de Haití y Jamaica tienen una población emergente (Zong y Batalova, 2016). Así, el número creciente de inmigrantes, la diversidad cultural y los ajustes en la urbanización ha desencadenado

un acalorado debate público acerca de los efectos de la migración. Con discursos de diversos tonos, de los cuales muchos de ellos expresan preocupación en la “raza” y los efectos de la migración, los problemas sociales típicamente asociados a las minorías, como los altos niveles de desempleo, abuso de sustancias y altas tasas de incidencia delictiva, son los argumentos que se encuentran en la opinión pública para cuestionar a la población migrante. La opinión pública, guiada con frecuencia por los medios de comunicación, ha convertido el tema del “problema latino” (Mears, 2001), una vez más, en el resurgimiento de los temores y desconfianzas acerca de la población migrante. Durante la década de los 80, se incrementó significativamente el estudio de la relación con los problemas sociales, en especial la criminalidad y la raza, el objetivo principal de estos estudios era la relación entre estos dos (Walker, Spohn y DeLone, 2012). Hoy en día la investigación se ha dirigido al análisis de las poblaciones latinas, asiáticas, e inclusive afrocaribeñas, comunidades que tienen aproximadamente el mismo tiempo de ser nuevos pobladores en Estado Unidos, y que en la actualidad han cambiado la configuración sociopolítica de este país. Los estudios sobre migrantes en diversas ciencias sociales se han expandido,

pero la cuestión criminal y la migración desde una mirada de la victimización ha sido poco tratada por el mundo académico de la criminología, a pesar de que el debate público se ha desarrollado acerca de este tema en los últimos años con gran profundidad. Este documento tiene la pretensión de explorar este vacío.

Principalmente la contribución de este documento se centra en el análisis de la victimización migrante y la actividad designada como criminal de los inmigrantes en Norteamérica. En la primera parte, se realiza un análisis de la victimización de los migrantes, de manera particular es un tema abandonado para la literatura criminológica en México. La victimización de los migrantes y de los grupos minoritarios es un tema de relevancia social que requiere una exploración justa, por lo que en un primer momento se requiere una contribución para la comprensión de cómo la percepción de la criminalidad es influenciada por la migración y esta a su vez tiene efectos en las instituciones de seguridad pública.

La relación entre Estados Unidos y México siempre ha sido marcada por el tema migratorio, sin embargo, hoy en día se incorporan a la agenda temas sobre seguridad, principalmente bajo la visión de la salvaguarda de la seguridad nacional lo cual regula aspectos militares,

territoriales y de materia energética. En este trabajo, se revisó un extenso cuerpo de conocimientos teóricos y trabajos empíricos sobre la relación entre delincuencia e inmigración en Norteamérica durante el siglo XX y XXI. Se incluyen tanto trabajos actuales como otros más antiguos que han sido omitidos por la criminología contemporánea. La revisión de diversos trabajos, libros y artículos académicos permitieron dar forma a la naturaleza y extensión de la experiencia de los migrantes con su grupo étnico y con las nuevas comunidades en las que se desenvuelven incorporándose a la sociedad norteamericana.

La cantidad de artículos y capítulos de libros ha crecido y es notable que la discusión sobre la defensa y la criminalización de la migración continúa, se intenta cubrir los principales estudios de investigación producidos en los últimos años, al tiempo que dirigimos la atención a libros y artículos específicos que ilustran lo que consideramos son espacios de discusión especialmente importantes para la comprensión del fenómeno migratorio.

El siguiente subtema del texto enmarca los estudios que ayudan a comprender los estereotipos acerca de la criminalidad en los migrantes, pero a su vez provee de información teórica acerca de los trabajos sobre inmigrantes y su relación con

el crimen, comparando dichos estudios con artículos empíricos. El reto de esta sección es volver el tema actualizado y contemporáneo. Por último, se pretende analizar las diversas contribuciones actuales en el tema para describir una naciente literatura criminológica como lo es la criminalización de la migración.

II. CONSIDERACIONES A LA MIGRACIÓN NORTEAMERICANA

La migración masiva contemporánea se caracteriza por grandes oleadas de jóvenes en nuevos países de todo el mundo. El siglo XXI captura una imagen en la que la violencia y la desigualdad obligan a los países periféricos a expulsar a sus ciudadanos. Se estima que 244 millones de personas (3.3% de la población mundial) viven fuera de su país de origen de los cuales 65 millones fueron desplazadas como resultado de guerras, persecuciones o grandes crisis económicas (Connor y Connor, 2018).

Los avances tecnológicos y científicos de las últimas décadas han permitido un transporte eficiente y masivo, el comercio ha sido afectado significativamente, pero el traspaso de los hombres y mujeres también, sin embargo en plena era de la globalización surge una paradoja, es

más fácil que un objeto o mercancía pase fronteras a que un humano logre viajar entre países, a pesar de esto los niveles de intercambio han configurado nuevas formas de socialización e integración entre los grupos sociales (Waldinger, 2015). No existe una sola teoría que pueda explicar el entramado complejo de la migración, la modificación de la intensidad de los procesos migratorios se debe a una multiplicidad de factores, que obliga a los investigadores a una complicada elaboración teórica para incluir el mayor número de variables (Durand, Massey y Zenteno, 2001).

III. EL ESTEREOTIPO DEL INMIGRANTE CRIMINAL

La consideración del tema de migración y criminalidad en la actualidad es de suma importancia. Los debates públicos sobre la criminalidad datan de aproximadamente hace cien años, al inicio del siglo XX, diversos autores sostenían que los grupos de inmigrantes eran biológicamente deficientes comparados con los no migrantes. El discurso sobre la criminalidad y el desorden fue muy dañino, con resultados atroces para las sociedades europeas de esta época, los científicos señalaban a los inmigrantes como inferiores, una idea cercana a la pobre o

nula evolución *natural* del humano. Estos discursos tuvieron una reacción en la población, los supuestos vínculos entre la criminalidad y la migración fueron pronto reflejados en las políticas públicas. De hecho, el creciente temor de los inmigrantes en México facilitó la aprobación de leyes durante el porfiriato, estados del norte del país tuvieron una rápida organización antinmigrante china, entre 1905 y 1920 se crearon diversas leyes para la expulsión de chinos y turcos y los políticos mantenían fuertes plataformas políticas contra los migrantes asiáticos, lo cual redujo sustancialmente el número de migrantes en México y Estados Unidos, durante este periodo incluso se elaboraron leyes para no permitir el paso por México hacia el país del norte (Ham, 2013).

Las emociones actuales en contra de la inmigración con frecuencia son promovidas por grupos organizados que acusan a los países en vías de desarrollo de exportar grandes masas de ciudadanos a los Estados Unidos. En la actualidad, los medios de comunicación y los políticos tienen fuertes debates sobre el costo y las consecuencias de la flexibilidad en las fronteras para el ingreso de extranjeros, pero además podemos agregar que la población se encuentra atemorizada por el supuesto potencial de actividades criminales de los migrantes. Dicha sensación se

encuentra en aumento. Sin investigación empírica al respecto para su reflexión, este debate corre riesgos, pues ante inexactitudes o exageraciones sobre los niveles de criminalidad de los inmigrantes, existe la posibilidad de acusarlos de forma infundada, o de generar una nueva subclase de criminales y eventualmente una nueva política en contra de ellos. Según Cohen (2017) el temor al delito de los inmigrantes es con frecuencia organizado por algunos académicos y escritores a los que se les denomina “sabios morales”, los cuales dan racionalidad a los discursos racistas. Es así como se elabora el fenómeno de la criminalización, el cual está presente o latente en los discursos de odio, pero su intensidad en las acciones sociales se encuentra en función de las condiciones del contexto.

A los ojos de estos académicos y periodistas, los inmigrantes son culpables de casi todos los males del país; la pobreza, la decadencia de los valores, la falta de recursos, el desgaste ecológico, la expansión desmesurada de las ciudades y por supuesto también la delincuencia. Algunos grupos aseguran la existencia de un complot entre latinos y el gobierno mexicano para reconquistar el suroeste de los Estados Unidos o crear una nueva nación hispana.

Jerry Kammer (2017) es autor de una de las más severas críticas al

sistema normativo estadounidense sobre el castigo a quienes emplean inmigrantes, en su libro *What Happened to Worksite Enforcement?*, Señala que el origen de los problemas laborales y económicos se encuentra en la poca regulación del gobierno con los empleadores de inmigrantes no documentados, dicha explicación la atribuye a la relación entre los políticos y su influencia comercial.

Por otra parte, la Fundación Pioneer apoyó económicamente a instituciones de investigación para demostrar científicamente la existencia de diferencias biológicas entre las personas blancas y negras. Estudios sobre la inteligencia, fuerza o adaptación fueron el objetivo de diversos investigadores por años, los estudios eugenésicos y sobre el control de natalidad dieron sentido a nuevos discursos de los benefactores racistas (Tucker, 2007).

The Fiscal Burden of Illegal Immigration on United States Taxpayers es un informe elaborado por Brien y Raley (2017) el cual sopesa los efectos de la inmigración a los Estados Unidos en su economía local, el autor es incisivo en su crítica al gobierno por el apoyo a migrantes. El apoyo gubernamental a migrantes es estimado en aproximadamente 135 mil millones de dólares, cifra que estima crecerá en los siguientes años y que será insostenible para los americanos, por lo que sugiere

el autor la creación de un modelo electrónico que limite la participación laboral de los migrantes no documentados (O'Brien y Raley, 2017).

La asociación NumbersUSA con frecuencia publica en su página web una serie de artículos relativos a la exposición de los efectos negativos en la sociedad norteamericana por el incremento de los inmigrantes no documentados. Sus artículos presumen una redacción científica como es el caso de *Chain Migration Under Current Law (2017)* que a través de un análisis histórico y estadístico infiere que los inmigrantes alientan a sus familiares a ingresar a Estado Unidos, generando una inmigración en cadena, la cual, según el texto es infinita.

El problema discursivo no solamente queda en problemas económicos o referentes a la cuestión criminal, algunos autores describen la problemática ambiental por el incremento poblacional, es el caso del agua que, según algunos autores se encuentra en crisis debido al incremento desordenado de asentamientos de migrantes. A los inmigrantes no solo se les acusa del uso de agua, sino también por la contaminación de la misma, encubriendo un discurso racista, la mayoría de los artículos ambientalistas abogan paradójicamente por un ambiente sostenible libre de migrantes

(“Freshwater Limits, Federation for American Immigration Reform”, 2017).

Cuando la situación económica favorece la inserción legal, incluso se gestiona una integración o asimilación social de los migrantes, sin embargo, cuando existen crisis políticas y económicas el inmigrante es un blanco fácil para las políticas de mano dura, que es estigmatizado como el responsable de todos los males y comparado con enemigos sociales habituales. Por lo que el país destino tiene la flexibilidad de modificar sus políticas de ingreso que van desde medidas de selección hasta un rechazo violento en las fronteras. Estas conclusiones no solo son observadas en las lecturas de los criminólogos u otros pensadores sociales, también son evidentes en las estadísticas judiciales sobre migración, como es el caso de Estados Unidos donde en el año 2011 se registró el mayor número de casos con seguimiento y detenciones en control de aduanas (Warren, R. y Warren, J., 2013).

Respecto a los efectos del uso de estereotipos hacia los migrantes, las posibilidades de introducción a la vida diaria (económica y social) son irrisorias y crean inestabilidad en el grupo del país de destino, la mala calidad de vida (debido a la discriminación racial y étnica) crea las condiciones necesarias para

la aceptación del sueño americano, donde el delirio por el dinero, dinero fácil y grandes cantidades, neutralizan los parapetos de la cultura de la legalidad hacia las actividades ilegales y la autocriminalización. Cuando las ciudades que mantienen una urbanización significativa tienen cárceles con un elevado hacinamiento de personas que apenas inician la urbanización, las cárceles de los lugares destino también se encuentran sobrepobladas por los “nuevos migrantes” (es el caso de Estados Unidos que cuenta con una población en su mayoría llenas de negros y latinos). Así los inmigrantes son afectados por la clasificación social de delincuentes, tal construcción social se encuentra proporcionada por el prohibicionismo migratorio (Simon, 2011). Una de las consecuencias de los prejuicios contra los inmigrantes se puede apreciar en el aumento de violencia racista contra los inmigrantes de diversos orígenes que ha tenido lugar en algunas comunidades.

Existen autores que admiten con la tesis del *securitismo* o de la “cero tolerancia” donde la interpretación del fenómeno de violencia es que la permisibilidad en las fronteras favorece a las personas que cuentan con una trayectoria criminal (Munster, 2009, citado por Böhm 2013). Los inmigrantes que no pueden o están menos dispuestos a adaptarse al

nuevo contexto de competencia, tienen más probabilidades de ser criminalizados o terminan en las filas del “deshecho humano” (Bauman y Santos Mosquera, 2016).

IV. ADVERTENCIAS TEÓRICAS Y EMPÍRICAS SOBRE LA CRIMINALIDAD EN LA MIGRACIÓN

El terror público relacionado a la posibilidad del crimen por un inmigrante es un viejo tema en las ciencias sociales. El aumento de la migración en Estados Unidos coincide con el incremento del temor al crimen en muchas áreas (Kinder y Sears, 1981). Los inicios del siglo XX para Estados Unidos fueron marcados por grandes oleadas de migración, lo cual fue el principal interés para la denominada escuela de Chicago. Muchos autores de esta escuela estuvieron fascinados por la explicación de la criminalidad, importantes investigaciones se obtuvieron de los primeros años de investigación empírica en el Institute for Juvenile Research todos estos estudios influenciados por una sociología ecológica. Las primeras investigaciones de la escuela de Chicago, describían que las altas concentraciones de incidencia delictiva en jóvenes estaban asociadas a las áreas cercanas a los distritos

industriales y a la zona centro de la ciudad en la que se efectuaban negocios donde se encontraban los comercios. Esta zona de bajos ingresos era dibujada por una población de inmigrantes recién llegados y migrantes negros del sur (Bulmer, 1986).

El Departamento de Sociología de la universidad de Chicago fue establecido en 1892, cuando la oleada de inmigrantes europeos llegó a inicios del siglo XX, cerca de la mitad de la población en Chicago era inmigrante, por lo que no es de sorprender que los estudios de esta emblemática escuela estuvieran asociados a los procesos migratorios.

La información obtenida de la escuela de Chicago, y también en otras universidades que habían sido influenciadas por la propuesta de la teoría ecológica o ambiental, notaron que los conflictos o crímenes realizados por jóvenes se concentraban en áreas específicas independientemente de su origen o nacionalidad. También los investigadores notaron que la incidencia delictiva variaba y en ocasiones disminuía cuando estos grupos de jóvenes se desplazaban a mejores zonas o comunidades (Picó López y Serra Yoldi, 2010). La explicación permitía reconocer que las condiciones de origen, etnia o migración ante la criminalidad no se presentaban por sí mismas, pero las condiciones en

las que los jóvenes estaban situados eran muy importantes para la delincuencia juvenil (Stowell y Martínez, 2007).

En esta época, la escuela de Chicago comprendió que los resultados del impacto de la criminalidad se debían a la organización social y sus distinciones étnicas. Inclusive, el autor Lane (1979) declaró ante su investigación elaborada en Filadelfia, que el estatus migratorio de los jóvenes no influía de manera significativa en los crímenes, por el contrario, supuestamente los extranjeros estaban menos inclinados a prácticas violentas que las personas nacidas ahí. No solo los investigadores de la escuela de Chicago mantuvieron la postura fuera del estereotipo, sino también informes gubernamentales mantenían esta postura, en la que no existía un incremento de la incidencia delictiva y la presencia de nuevos habitantes, algunos datos sugieren que durante 1907 y 1910 el proceso migratorio mantuvo los niveles de criminalidad. Por el contrario del estereotipo, los pocos estudios que se habían realizado hasta esa fecha, no se podía observar que los migrantes de manera generalizada tuvieran actos violentos y criminales o que su situación promoviera la delincuencia. Lo que se podía observar es que algunos casos de jóvenes presentaban mayor incidencia delictiva que

sus padres, pero no un número mayor que sus pares nacidos en el lugar de residencia (Maguire, Morgan, Reiner y Vázquez, 2002). Una de las fuertes críticas que se pueden hacer a estos estudios es que el origen de los jóvenes estudiados era de procedencia europea, los primeros estudios de la escuela de Chicago estaban concentrados en la población europea que había llegado a poblar Norteamérica. Un trabajo intrépido y sumamente profesional el de Paul S. Taylor (1930), nos permite tener una visión comprensiva del fenómeno migratorio en la década de 1920 con los mexicanos, una visión sustentada en hechos y en datos, más que en teorías e interpretaciones, principalmente un estudio cuantitativo: *Mexican Labor in the United States*. En este estudio se describe la educación, los tipos de trabajo de los migrantes, el sistema de justicia de los mexicanos en Chicago. El gran trabajo de campo de Taylor le permitió confrontar las estadísticas locales de criminalidad con las actividades criminales de los mexicanos. Podemos considerar el trabajo de Taylor como la primer evidencia de la victimización hacia los migrantes mexicanos, donde a pesar de tener una población mexicana con hasta tres veces más detenciones, las aprehensiones no eran relacionadas a actos violentos, principalmente los problemas que

tenían los mexicanos de esa época era el uso excesivo de alcohol. El autor llega a relacionar los problemas de los migrantes con la elevada población de hombres solteros. Podríamos considerar este estudio como uno de los pioneros defensores de la victimización de los migrantes, pues sus resultados del comportamiento criminal fueron involucrados a los factores sociales, el vecindario, la pobreza, la edad, el sexo y no a su origen latino (Taylor, 1934).

El estudio de Taylor es muy importante para la comprensión teórica de la criminalización de los migrantes, ya que su trabajo fue publicado en momentos de tensión que comenzaba una persecución hacia los migrantes y publicaciones académicas que relacionaban a la población afroamericana con altos niveles de delitos. Durante la década de 1920 la tendencia sobre los estudios de migración y criminalidad se tornaría, blancos contra negros.

V. LA SITUACIÓN CONTEMPORÁNEA DE LA MIGRACIÓN Y LA CRIMINALIDAD

A continuación, se presentan los aportes teóricos más sobresalientes para la explicación de la criminalidad y la migración. Las

consideraciones teóricas que se explican, a la fecha tienen gran relevancia para la explicación de los nuevos procesos migratorios como la deportación.

En el año 2018, ante la aparición de nuevas presiones sociales por la deportación, datos sobre la situación migrante nos permiten reconocer cómo estos riesgos, y las diversas experiencias de la migración, se manifiestan en la psicología de los migrantes. Las personas migrantes han llegado en un momento en que el clima se ha vuelto más hostil de forma acentuada en muchas partes de Estados Unidos. Por lo que, esta situación pone en relieve la importancia de desarrollar intervenciones clínicas eficaces para ayudar a combatir un creciente estrés psicosocial.

Las teorías que son populares en la actualidad tienden a subrayar variables en el nivel individual y psicosocial, pero con mayor frecuencia variables sociológicas. A la fecha, los teóricos mantienen acaloradas discusiones sobre los factores que influyen en la carrera criminal o en la configuración del proceso migratorio, las teorías presentadas a continuación, evalúan principalmente elementos culturales, variables que pueden ser separados de sus contextos como estructuras.

Las teorías de la migración se han visto muy influenciadas por las teorías económicas, es el caso de la

perspectiva de asimilación segmentada que fue elaborada por Portes y Zhou (1993) su explicación se basa en el uso de la denominada “economía cambiante” y las variaciones del mercado laboral en Estados Unidos, esta explicación está dirigida para los inmigrantes latinos y asiáticos. Estos autores explicaban sobre los procesos de asimilación a contextos adversos, un concepto novedoso que sale a flote, el capital social, el cual explicaba que la experiencia de cada inmigrante y el contexto en el que se encuentran, es fundamental para su adaptación, pues la integración variaba según sus necesidades. Cuando la demanda de necesidades ante el capital social era congruente entre ambos, todos los integrantes de la familia podían ingresar a la clase media, pero una adaptación fallida obligaría a la familia a la adaptación de una clase baja en condiciones urbanas deficientes.

Tiempo después de la diáspora europea a Estados Unidos durante los inicios del siglo XX, la generación denominada *braseros* de México iniciaría una expansión de la migración hacia Norteamérica. Este fenómeno ocurre en la década de 1960 donde la legislación de Estados Unidos favorecía a la población migrante de origen europeo. Es importante recalcar este cambio en el fenómeno migratorio

pues la mayoría de migrantes durante las primeras décadas del siglo eran europeos mientras que ya en 1980 a la fecha la migración a Norteamérica es eminentemente de origen latino. A pesar de que ciertas ciudades son aún el anhelo de muchos inmigrantes latinos, la urbanización de estas los ha obligado a tomar diferentes destinos. La mayoría de migrantes provenientes de América y Asia que han llegado a Estados Unidos en los últimos años, han preferido su estancia en tres ciudades: Santa Clara County en California, Middlesex County en New Jersey y Alamada County: (“U.S. Immigrant Population by State and County”, 2017), los estados a los que pertenecen estas ciudades han tenido una tradición de altos niveles de violencia, los cuales han sido asociados por muchas instancias a los efectos migratorios, los migrantes se han vuelto la excusa perfecta para la criminalidad.

Una sorpresa académica que se trabajó en el apartado anterior, es que las vertientes racistas de la academia fueron neutralizadas en sus inicios por los estudios de la Escuela de Chicago, los estudios sobre la violencia y la criminalidad se enfocaron a la desorganización de la comunidad y la violencia es explicada con congruencia por el concepto de desorganización, donde los altos niveles de criminalidad obedecen a

las influencias propias de los cambios de roles, los movimientos migratorios entre la Europa rural y las ciudades de Estados Unidos. Los estudios actuales de migración, con una mirada victimológica, reconocen que el proceso migratorio es susceptible de una serie de vulneraciones, por eso algunos autores comparan a la población que padece delitos por la población migrante y a otros grupos que han sido victimizados, bajo condiciones de precariedad pero que consideran variables asociadas a la criminalidad como tensión económica e inestabilidad laboral, familiar y de vivienda (Newman, 2017).

Algunas otras investigaciones buscan encontrar las diferencias de la incidencia sobre la violencia letal (homicidios) en poblaciones migrantes (Martínez, 1996, citado por Barranco, Harris y Feldmeyer, 2017). La información encontrada en los artículos no hace referencia a que los movimientos migratorios tengan un efecto negativo sobre la criminalidad, es decir los altos niveles de migración en algunas zonas no están relacionadas con la disminución de la criminalidad. A pesar de esto, algunas investigaciones hacen referencia a la función revitalizante o estabilizadora de la migración (Lee y Martinez, 2009), los investigadores de la migración se encuentran cada vez más

convencidos de que los migrantes y sus diversos procesos de adaptación pueden influir en la cohesión social y los altos niveles de delincuencia, es decir los migrantes encaran con nuevas formas de socialización la organización a las demandas de las estructuras sociales. Estas adaptaciones podrían regular los efectos negativos que ocasiona la tensión económica y reconfigurar los mecanismos de control social informal para la disminución de los delitos (Polczynski Olson, Laurikkala, Huff-Corzine y Corzine, 2009, citado por MacDonald y Saunders, 2012).

Dentro de las teorías criminológicas, las teorías de la tensión social, bajo la denominada privación relativa, destaca que las estructuras sociales que configura las metas culturales se extienden a altos niveles donde no todos los grupos de la sociedad tienen las mismas oportunidades de alcanzar dichas metas, es por eso que la obtención de riquezas o estatus sociales son imposibles para ciertos sectores, lo que obliga a los miembros de los grupos a modificar las formas institucionales para poder tomar ventaja hacia esos objetivos culturales. En este contexto muchos autores describen que la tendencia de la configuración de los grupos migrantes se caracteriza por situaciones de pobreza, condiciones de vida deficientes, poco o

nulo acceso a la educación, mala calidad de salud, problemas alimentarios y altos niveles de delincuencia. Los procesos de segregación en estos grupos de migrantes, llevan a la par otros procesos de selección de conductas en los que se orilla al grupo a encontrar soluciones dentro de la delincuencia, la criminalidad como una herramienta que permite disminuir la desigualdad social. Por lo que, para algunos autores en este posicionamiento teórico, la criminalidad es una función dentro de los factores estructurales por encima de explicaciones biológicas.

En años recientes, un cúmulo de evaluaciones a la relación de inmigrantes y crimen ha sido reflexionada por Hagan y Pallon (1999), autores que inclusive proponen modificaciones metodológicas a los estudios de migración y crimen. O también existe un gran apartado de estudios sobre el encarcelamiento masivo de migrantes elaborado por Kristin F. Butcher y Anne Morrison Piehl (1999).

En el nivel cultural, los autores hacen referencia sobre cómo los inmigrantes transportan valores y principios que constituyen las tradiciones culturales del país de procedencia, los sistemas normativos incorporados a los individuos son tanto un factor para facilitar el buen comportamiento o pueden ser un factor de choque

que evolucione en conductas antisociales. En general, los sistemas normativos muestran los intereses de los grupos hegemónicos, pero en los grupos de inmigrantes estos valores pueden ser diferentes y la adaptación a nuevos sistemas normativos puede ser un proceso caracterizado por la confusión. Sin normas o reglas obvias o con una guía social explícita, el migrante podría devenir en un choque cultural que permitiría el acceso a una carrera criminal. Además, cuando los códigos culturales de los inmigrantes se encuentran en conflicto con los de la sociedad de acogida, el comportamiento de los inmigrantes se denominará **desviado**, tendiente al delito. El análisis histórico de la incidencia delictiva en las primeras oleadas de inmigrantes muestra una idea sobre el choque cultural, el respeto a la familia y el honor eran valores muy estimados por la sociedad europea, su defensa comprometía su comportamiento ante la ley. El problema del lenguaje no pudo ser subsanado con rapidez entre los migrantes de la primera generación, por lo que muchos transgredían normas básicas sobre la regulación del trabajo o comercio. Respecto al uso del alcohol o los juegos de azar la población migrante estaba lejos de comprender la época de prohibición, sus hábitos de consumo los

llevaron a confrontar a la ley con poco éxito.

La teoría de la perspectiva de autocontrol refiere que los inmigrantes son sujetos que basan su pensamiento en elecciones racionales, elecciones que sopesan el castigo o las pérdidas, en sí decisiones formuladas desde una economía básica de costo o beneficio, que previamente sopesaron la decisión de arribar a Estados Unidos, en busca de mejores condiciones económicas (Evans, Cullen, Burton, Dunway y Benson, 1997). Esta teoría también supone que su motivación se encuentra estructurada a largo plazo, por lo que el contacto con la ley no es deseado. El modelo de autoselección en inmigrantes se construyó teóricamente a partir de los resultados de las primeras investigaciones sobre migración en el siglo XX, las cuales señalaban la existencia de bajos niveles de ocurrencia criminal en los grupos de inmigrantes que provenían de otros países, en comparación con las personas originarias del país, y que el crimen era el problema de las generaciones subsiguientes (de Coulon y Piracha, 2005). Butcher y Piehl (2005) ocuparon un modelo económico, basado en los resultados del mercado laboral para reconfigurar el clásico modelo de autocontrol y poder así entender los niveles bajos de incidencia delictiva, el encarcelamiento

de los inmigrantes durante la década de 1960. Estos autores aseguraban que las capacidades laborales podrían pasar de un país a otro durante la migración, para cuando la decisión de migrar estaba hecha, los migrantes sabían que las ganancias serían superiores en su lugar de destino, y que los resultados económicos podrían ser un escudo contra el aprendizaje de actividades delictivas (Ousey y Kubrin, 2009).

El estudio famoso de “Los marielitos” explica que la oposición a las expectativas populares, la etnicidad y el estatus migratorio rara vez juegan un papel en los tipos de participación delictiva como los homicidios. El documento fue elaborado por Martínez, Nielsen y Lee (2003). Todos estos estudios coinciden en que, a pesar de haber comportamientos diferentes entre las poblaciones migrantes, los resultados no encuentran evidencia mínima (significativa) entre los inmigrantes y la criminalidad, desafortunadamente este tipo de investigaciones no tiene una aceptación en los medios de comunicación u otros mecanismos académicos de difusión.

Además de las teorías económicas de la criminalidad y las teorías estructuralistas, existen enfoques culturales para la explicación de la criminalidad en el proceso migratorio. Las teorías subculturales tienen vigencia en la medida que explican

cómo algunas zonas marginadas de migrantes se encuentran en disputa para asegurar su supervivencia. Aunque es una teoría criticada por sus alcances explicativos su aportación radica en la comprensión de los valores y las acciones de las personas reconstruyen o justifican nuevos valores para asimilar la discriminación y la exclusión social (Erlanger, 1975).

Otras teorías sobre el nivel cultural han sido trabajadas en el fenómeno de la migración. El proceso de aculturación, donde los autores refieren que dependiendo del tiempo en que los jóvenes hijos de inmigrantes pasan con la cultura destino, mayor es la posibilidad de que los inmigrantes jóvenes adquieran las conductas del lugar de residencia. El proceso de aculturación tiene un efecto de vulneración sobre los jóvenes, los hace susceptibles por necesidad de adaptación facilitando el comportamiento delictivo (James, 1997). Por otra parte, la teoría de la aculturación refiere que los valores occidentales como el individualismo socaban la cohesión de la comunidad, y por otra parte, hay una disminución del denominado *familiarismo hispánico* (Miller y Gibson, 2011), lo cual disminuye el control parental. La teoría de la aculturación es una potente herramienta que ha probado a través de diversos estudios relaciones entre las

trayectorias criminales y los niveles de aculturación. Dicha herramienta es hoy en día muy socorrida porque permite incluir diversas variables de suma importancia psicosocial que permiten una explicación más profunda de la relación entre las conductas violentas y la migración (Ventura Miller, Barnes y Hartley, 2009).

Los artículos mencionados proveen datos preliminares de los resultados de investigaciones complejas, ofrecen a la vez ideas y argumentos que han sido exitosos para encarar el reto de la contención de los discursos y las investigaciones que constantemente vinculan a los migrantes con el delito. Es importante recalcar que estos autores ponen una singular afirmación sobre los retos metodológicos que implica elaborar un estudio sobre este tema. Debido a que es una población flotante y la cuestión criminal es un tema poco aceptado, pues la población teme por su seguridad. Por otro lado, los autores en esta materia hacen un fuerte señalamiento sobre la complicación de enfocarse en una investigación de orden cuantitativo, mencionan sus fracasos en el mundo de los números para continuar con las muestras asignadas, por lo que refieren que los estudios actuales se reducen a observar la incidencia delictiva a un nivel macro, o ante el promedio de cierta población. Otra

de las observaciones metodológicas que los autores realizan, es la incapacidad de comprender de manera específica las distinciones étnicas entre los grupos estudiados, lo cual incluye a los subgrupos de las poblaciones migrantes, y esto a su vez sugiere la necesidad de examinar las metodologías ocupadas hasta ahora para llegar al discernimiento de las discrepancias entre las etnias o en un inicio para mejorar las formas de recopilación de datos (tanto cualitativos como cuantitativos). Algunos otros autores (Hans-Jörg, 1997) con textos vigentes, refieren que la recolección de datos de forma adicional podría, eventualmente producir estudios fructíferos a favor de entender la relación entre el crimen y la migración. Como se ha mencionado, la población de migrantes en Estados Unidos alcanza niveles significativos, constituye no solo parte de la población americana, sino también una gran influencia cultural, y dista por mucho ser aquel fenómeno de inicios del siglo XX. El número actual de migrantes en datos de la Oficina del Censo de Estados Unidos muestra que 42.4 millones de inmigrantes (tanto legales como ilegales) ahora viven en los Estados Unidos, lo cual representa el 14% de la población total.

No se puede dejar de señalar que la estructura de ese país se ha visto profundamente afectada por las

transformaciones de los migrantes en todo el territorio. En comparación con hace cien años la población migrante era poca, pero los altos niveles de fertilidad en los grupos migrantes y las oleadas de latinoamericanos rápidamente configuraron un país migrante. Estos datos poblacionales nos ayudan a comprender la evolución del crimen, pues no queda claro que el incremento en la población migrante crezca proporcionalmente o tenga algún cambio con los niveles de incidencia delictiva. Las variables que quedan explicadas son el porcentaje anual de inmigrantes que desde la década de 1980 tiene el doble de proporción, y si este dato es comparado con la delincuencia convencional como el robo o el homicidio, no existe alguna correlación entre el crecimiento de la población migrante y los delitos (Schnapp, 2014). Durante algunos años entre la década de 1990 fueron reconocidos tiempos de crisis en los Estados Unidos, presentaron escenarios de violencia, aumento de robos y homicidios a pesar de que estos datos coinciden con el aumento de la población migrante, los niveles de violencia se mantuvieron en tiempos posteriores. La relación durante este tiempo no puede ser causal, pero esta información apoya el sentido popular que sugiere que la población migrante aumenta

la violencia. Las tendencias reportadas en los estudios estadísticos muestran diferencia en los tipos de delitos, pues el robo es usualmente perpetrado a un extraño, mientras que el homicidio típicamente no es realizado por extraños, sino más bien por familiares o sujetos con algún vínculo. Con esta información sobre la criminalidad, podemos reconocer que las fluctuaciones de delitos durante los periodos en los que la población migrante aumenta, el aumento de la población total de Estado Unidos también crece significativamente. Así pues, no existe evidencia por ahora de que el incremento de violencia en las últimas décadas obedezca a los aumentos de porcentajes de población de extranjeros (Adelman, Reid, Markle, Weiss y Jaret, 2016). Las tendencias nacionales que expresan las estadísticas oficiales refieren que “los aliens” que entran a Estado Unidos, ocasionan destrucción, homicidios, se involucran en problemas de drogas o ingresan a una carrera criminal. Sin embargo, los estudios no quedan ahí, actualmente hay un grupo de académicos que analizan la relación entre el estrés como moderador de la violencia en los grupos de migrantes, como dato científico no es definitivo, pero cuando existe esta vinculación de variables regularmente hay una relación negativa o no hay asociación (Kuo, 2014).

Las teorías y perspectivas de estos autores sugieren que la criminalidad entre los inmigrantes se encuentra construida por una gran variedad de factores que posee el sujeto (nivel individual), estructurales sociales (como la familia y las instituciones educativas) y culturales. La mayoría de estos modelos explicativos dentro de la criminología no han sido puestos a discusión o no han sido evaluados de manera sistemática. Una vez más las voces de estos teóricos obligan a los lectores a considerar las características metodológicas para, en un primer momento reconocer que los grupos de inmigrantes no son uniformes y que estudios futuros podrían mejorar, integrando variables hasta ahora no contempladas.

VI. CONCLUSIONES

La construcción de este tema entre etnia, migración y violencia criminal evalúa un amplio estado literario en el que convergen diversas investigaciones entre la migración y el crimen. La revisión de la teoría clásica de los estudios relacionados con el fenómeno de la migración y la criminalidad examina los procesos de victimización, y acentúa una fuerte crítica teórica y metodológica para la obtención de datos y el ingreso a la población migrante.

Inclusive profundiza en los procesos de victimización que sufren los migrantes o los efectos de la delincuencia en ellos.

Mientras que algunos investigadores valoran las formas de introducción de los grupos de inmigrantes a la sociedad norteamericana, así como las formas de adaptación a la sociedad americana, otros estudiosos exploran, desde los datos estadísticos, los efectos longitudinales de la criminalidad entre las poblaciones migrantes y reportan el impacto local ante la violencia inmigrante. Otro aporte de los estudios es la perspectiva criminológica de algunos autores, los cuales sopesan la importancia de la situación de la incidencia delictiva y su relevancia ante el sistema de procuración de justicia. El texto en cuestión intenta proveer diversas exploraciones del problema de la violencia desde diversas aristas. Una de las fortalezas de este ejercicio es el reconocimiento de estudios tanto cuantitativos como cualitativos relativos a una gran gama de tipos de crímenes que los autores exploran. Los estudios encontrados pertenecen a una amplia gama de comprensión del crimen y la violencia, en la primera de ellas se encuentra la exposición de los migrantes a la violencia, la segunda se dedica a entender los altos niveles de criminalidad y por último se presentan a los

autores que buscan la comprensión de las consecuencias de la violencia. En términos criminológicos los estudios de migrantes se especializan en los problemas de encarcelamiento masivo, procesos de desviación y conductas antisociales de los migrantes. Algunas investigaciones se encuentran lejos de comprender el proceso migrante desde la perspectiva de la victimización, o no llegan a entender que los migrantes son victimizados desde el inicio de su viaje y por el paso de diversos lugares; desde conseguir un empleo, evitar conflictos raciales en lugares de esparcimiento y lugares de trabajo o sencillamente son agredidos por otros. Esto es un gran fenómeno conocido como cifra negra, es decir todos estos problemas que tienen los migrantes por la discriminación no siempre son reportados en la policía o registrados en las encuestas tradicionales, por lo que los nuevos estudios de victimización deberán contemplar la forma de disminuir la cifra negra de las agresiones hacia esta población.

Teniendo en cuenta todo esto, la mayoría de los estudios buscan la discusión reflexiva de los estereotipos del inmigrante criminal (incluyendo sus grupos de pertenencia), e intentan modificar las pretensiones criminalizadoras.

Los estudios menos realizados en materia de criminalidad y migración

son las comparaciones entre grupos de migrantes, y los estudios sobre los efectos de la victimización tanto en migrantes y no migrantes.

Actualmente, la investigación tiene una deuda sobre la **paradoja inmigrante**. Los migrantes mexicanos que viven en Estados Unidos han sido objeto de una seria investigación empírica, solo en los últimos años, García y Marks (2012) verifican los estudios del profesor Suet-ling Pong, sobre los nuevos patrones en la educación de los hijos de migrantes ante los procesos de aculturación, fenómeno conocido como la **paradoja migrante**, dentro de los cuales destacan los cambios adaptativos por los procesos de exclusión. Sin embargo, este tipo de investigaciones se basan en el estado de las generaciones de migrantes como sujetos “pasivos” de los eventos traumáticos.

Hoy en día ante la tensión política, el papel activo de las redes sociales, medios de comunicación que influyen en el temor a la deportación, introduce nuevos elementos que pueden influir en su estado de salud mental y arrojan otra esfera de la explicación de la victimización de los migrantes.

Por supuesto este texto es solamente el inicio de la comprensión de la compleja relación entre inmigración y criminalidad, los retos se complican cuando los niveles de

análisis aumentan, por ahora los estudios presentados analizan individuos y grupos de inmigrantes. La temática en cuestión con el tiempo se vuelve crítica, pues los datos estadísticos de la configuración de los suburbios en las ciudades norteamericanas advierten la ocupación por nuevos grupos de inmigrantes. De particular atención son las comunidades que no han sido influenciadas por la migración y que con seguridad muchos pobladores no recibirán con los brazos abiertos a los grupos de inmigrantes, esta nueva composición geográfica tiene que ser estudiada en el futuro.

Este documento no abarca la totalidad de estudios entre criminalidad y migración, sin embargo, es un aporte para la comprensión de la importancia de ambos fenómenos. La necesidad de este compendio prevalece al reconocer que la inmigración multiétnica en Estados Unidos se encuentra en aumento. A modo de conclusión, se pudo identificar una multiplicidad en las teorías y metodologías de los estudios de la migración y criminalidad, en donde los modelos explicativos estructurales sobre la inmigración y la delincuencia se concentran en el contexto socioeconómico que deben fortalecer las instituciones comunitarias, como iglesias, escuelas y agencias de ayuda a los migrantes.

En este contexto, la correlación entre inmigración y delincuencia es ilegítima desde los discursos políticos. Es injusto y riesgoso continuar desde la academia con el reconocimiento de minorías criminales. Por ello, la lucha contra la delincuencia que hoy en día se encuentra muy socorrida por los políticos, no tiene que convertirse en el preámbulo de prohibiciones a la inmigración, sino exclusivamente a la aplicación de la ley de cada país, la política prohibicionista de la migración solo promoverá que los flujos migratorios irregulares padezcan más peligros lo cual generará una situación insostenible en el mediano plazo con consecuencias muy graves para todos los inmigrantes.

VII. FUENTES DE CONSULTA

- Adelman, R., Reid, L., Markle, G., Weiss, S. y Jaret, C. (2016). "Urban crime rates and the changing face of immigration: Evidence across four decades". *Journal of Ethnicity in Criminal Justice*, 15(1), 52-77. En <http://dx.doi.org/10.1080/15377938.2016.1261057>
- Albrecht, H. J. (1997). "Ethnic Minorities, Crime, and Criminal Justice in Germany". En Michael H. Tonry (ed.). *Ethnicity, Crime, and Immigration: Comparative and*

- Cross-National Perspectives*. Chicago: University of Chicago Press.
- Barranco, R., Harris, C. y Feldmeyer, B. (2017). "Revisiting Violence in New Destinations: Exploring the Drop in Latino Homicide Victimization in Emerging Immigrant Communities, 2000 to 2010". *Sociological Spectrum*, 1-19. En <http://dx.doi.org/10.1080/02732173.2017.1365027>
- Bauman, Z. y Santos Mosquera, A. (2016). *Extraños llamando a la puerta*. Barcelona: Paidós.
- Brien and Spencer Raley, M. (2017). *The Fiscal Burden of Illegal Immigration on United States Taxpayers*. Federation for American Immigration Reform.
- Brookings Institution. (2017). *Immigration and poverty in America's suburbs*. Washington: Brookings. Retrieved from https://www.brookings.edu/wpcontent/uploads/2016/06/0804_immigration_suro_wilson_singer.pdf
- Bulmer, M. (1986). *The Chicago school of sociology*. Chicago: University of Chicago.
- Butcher, K. y Piehl, A. (1999). *The Role of Deportation in the Incarceration of Immigrants*. En <http://dx.doi.org/10.3386/w6974>
- Chain Migration under Current Law*. (2017). Numbersusa.com. Retrieved 27 October 2017, en <https://www.numbersusa.com/break-the-chain>
- Cohen, S. (2017). *Demonios populares y pánicos morales*. Barcelona: Gedisa.
- Durand, J., Massey, D. S., y Zenteno, R. M. (2001). *Mexican immigration to the United States: Continuities and changes*. *Latin American Research Review*, 36(1), 107-127.
- Evans, T. Cullen, F., Burton, V., Dunaway, R., y Benson, M. (1997). "The social consequences of self-control: testing the general theory of crime". *Criminology*, 35(3), 475-504. doi: 10.1111/j.1745-9125.1997.tb01226.x
- Freshwater Limits, Federation for American Immigration Reform*. (2017). Fairus.org. Retrieved 6 November 2017, from <https://fairus.org/issue/population-and-environment/freshwater-limits>
- Frey, W. (2014). *Diversity Explosion: How New Racial Demographics are Remaking America*. Washington: Brookings Institution Press.
- Hagan, J., y Palloni, A. (1999). "Sociological Criminology and the Mythology of Hispanic Immigration and Crime". *Social Problems*, 46(4), 617-632. <http://dx.doi.org/10.2307/3097078>
- Ham, R. (2013). *De la invitación al desalojo: Discriminación a la comunidad china en México*. Ciudad de México: Samsara.
- James, D. (1997). "Coping with a New Society: The Unique Psychosocial Problems of Immigrant Youth".

- Journal of School Health*, 67(3), 98-102. doi: 10.1111/j.1746-1561.1997.tb03422.x
- Kammer, J. (2017). *What Happened to Worksites Enforcement?* Washington: Center for Immigration Studies.
- Kinder, D., y Sears, D. (1981). "Prejudice and politics: Symbolic racism versus racial threats to the good life". *Journal of Personality and Social Psychology*, 40(3), 414-431. <http://dx.doi.org/10.1037/0022-3514.40.3.414>
- Kneebone, E., y Berube, A. (2013). *Confronting suburban poverty in America*. Washington, DC: Brookings Institution Press.
- Kuo, B. (2014). "Coping, acculturation, and psychological adaptation among migrants: a theoretical and empirical review and synthesis of the literature". *Health Psychology and Behavioral Medicine*, 2(1), 16-33. doi: 10.1080/21642850.2013.843459
- Lane, R. (1979). *Violent death in the city*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- MacDonald, J., y Saunders, J. (2012). "Are immigrant youth less violent? Specifying the reasons and mechanisms". *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 641, 125-147.
- Maguire, M., Morgan, R., Reiner R., y Aparicio Vázquez, A. (2002). *Manual de criminología*. México: Oxford.
- Martinez, R., Nielsen, A. y Lee, M. (2003). "Reconsidering the Marielito Legacy: Race/Ethnicity, Nativity, and Homicide Motives". *Social Science Quarterly*, 84(2), 397-411. En <http://dx.doi.org/10.1111/1540-6237.8402011>
- Martinez, R. (1996). "Latinos and lethal violence: The impact of poverty and inequality". *Social Problems*, 43(2), 131-146. <http://dx.doi.org/10.2307/3096994>
- Masferrer, C., y Roberts, B. (2012). "Going Back Home? Changing Demography and Geography of Mexican Return Migration". *Population Research and Policy Review*, 31(4), 465-496. En <http://dx.doi.org/10.1007/s11113-012-9243-8>
- Massey, D., Durand, J., y Pren, K. (2017). "Border Enforcement and Return Migration by Documented and Undocumented Mexicans". *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 41 (7), 1015-1040.
- Massey, D., Malone, N. y Durand, J. (2002). *Beyond smoke and mirrors*. New York: Russell Sage Foundation.
- Mears, D. (2001). "The immigration-crime nexus: toward an analytic framework for assessing and guiding theory, research, and policy". *Sociological Perspectives*, 44(1), 1-19. En <http://dx.doi.org/10.1525/sop.2001.44.1.1>

- Mexican Immigrants in the United States*. (2017). Migrationpolicy.org. Retrieved 1 November 2017, En <https://www.migrationpolicy.org/article/mexican-immigrants-united-states>
- Miller, H. y Gibson, C. (2011). "Neighborhoods, Acculturation, Crime, and Victimization among Hispanics: The Cross-Fertilization of the Sociologies of Immigration and Crime". *Journal of Contemporary Criminal Justice*, 27(1), 4-17. doi: 10.1177/1043986210396206
- Newman, G. (2017). *Migration*. Milton: Routledge.
- O'Brien, M. y Raley, S. (2017). *The Fiscal Burden of Illegal Immigration on United States Taxpayers (2017)*. Washington: Federation for American Immigration Reform.
- Peguero, A. (2009). "Victimizing the Children of Immigrants". *Youth & Society*, 41(2), 186-208. En <http://dx.doi.org/10.1177/0044118x09333646>
- Polczynski Olson, C., Laurikkala, M., Huff-Corzine, L. y Corzine, J. (2009). "Immigration and Violent Crime". *Homicide Studies*, 13(3), 227-241. En <http://dx.doi.org/10.1177/1088767909336202>
- Portes, A. y Zhou, M. (1993). "The New Second Generation: Segmented Assimilation and its variants". *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 530, 74-96. Retrieved from <http://www.jstor.org/stable/1047678>
- Roniger, L. "Political Exile in Latin America". *Oxford Bibliographies Online Datasets*. En <http://dx.doi.org/10.1093/obo/9780199766581-0147>
- Schnapp, P. (2014). "Identifying the Effect of Immigration on Homicide Rates in U.S. Cities". *Homicide Studies*, 19(2), 103-122. En <http://dx.doi.org/10.1177/1088767914528907>
- Simon, J. (2011). *Gobernar a través del delito*. Barcelona: Editorial Gedisa.
- Suro, R. (2011). *Immigration and Poverty in America's Suburbs*. Metropolitan Policy Program.
- Taylor, P. (1930). "Some Aspects of Mexican Immigration". *Journal of Political Economy*, 38(5), 609-615. doi: 10.1086/254142
- , P. (1934). *Mexican labor in the United States*. Berkeley: University of California Press.
- Tracking Immigration and Customs Enforcement Detainers*. (2017). Trac.syr.edu. Retrieved 19 October 2017, from <http://trac.syr.edu/phptools/immigration/detainhistory/>
- Tucker, W. (2007). *The Funding of Scientific Racism*. Chicago: University of Illinois Press.

- U.S. Immigrant Population by State and County*. (2018). Recuperado de <https://www.migrationpolicy.org/programs/data-hub/charts/us-immigrant-population-state-and-county>
- Ventura Miller, H., Barnes, J., y Hartley, R. (2009). "Reconsidering Hispanic gang membership and acculturation in a multivariate context". *Crime & Delinquency*, 57(3), 331-355. doi: 10.1177/0011128709348460
- Waldinger, R. (2015). *The cross-border connection: immigrants, emigrants, and their homelands*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University.
- Walker, S., Spohn, C. y DeLone, M. (2012). *The color of justice*. California: Cengage Learning.
- Warren, R. y Warren, J. (2013). "Unauthorized Immigration to the United States: Annual Estimates and Components of Change, by State, 1990 to 2010". *International Migration Review*, 47(2), 296-329. En <http://dx.doi.org/10.1111/imre.12022>
- Zong, J. y Batalova, J. (2016). *Caribbean Immigrants in the United States*. Migrationpolicy.org. Recuperado el 21 October 2017, de <https://www.migrationpolicy.org/article/caribbean-immigrants-united-states>

ANÁLISIS DE LA COMPETENCIA TERRITORIAL Y EXTRATERRITORIAL EN MÉXICO

○ Javier Dondé Matute*

* Doctor en Derecho Penal y Derecho Penal Comparado por la Universidad de Aberdeen, Escocia. Investigador del INACIPE.

PALABRAS CLAVE

KEYWORDS

- **Competencia extraterritorial**
- **Principio de personalidad activa**
- **Principio de personalidad pasiva**
- **Aut dedere aut judicare**

Extraterritorial jurisdiction

Active personality principle

Passive personality principle

Aut dedere aut judicare

Resumen. Las reglas para establecer la competencia extraterritorial de los tribunales federales se encuentran principalmente en los primeros cinco artículos del Código Penal Federal (CPF). Sin embargo, estas disposiciones no han tenido cambios sustanciales desde su formulación original en 1931.

En este texto se proponen ciertas consideraciones para actualizarlo. En primer lugar, se deben abandonar las consideraciones dogmáticas en sustitución de un esquema más sencillo. En segundo término, reformar los supuestos normativos con base en las nuevas tendencias internacionales. Por último, incluir remisiones a los tratados internacionales para homologar la legislación nacional con los estándares internacionales.

Abstract. The legal framework for extraterritorial jurisdiction is in the first five articles of the Federal Penal Code. However, this dispositions have not changed since its original formulation in 1931.

This article proposes considerations for its actualization. First, dogmatic considerations must be abandoned to favor simpler schemes. Secondly, norms texts must be amended taking into consideration new international tendencies. Finally, remissions to international treaties must be included to homologate national law with international standards.

SUMARIO:

I. Introducción. II. Territorialidad. III. Principio de personalidad activa. IV. Principio de personalidad pasiva. V. Principio de protección. VI. Formas extraordinarias de competencia extraterritorial: *aut dedere aut judicare* y jurisdicción universal. VII. Diagnóstico y propuesta. VIII. Conclusión. IX. Fuentes de consulta.

I. INTRODUCCIÓN

Las reglas para establecer la competencia de los tribunales federales con relación a los tribunales extranjeros se encuentran principalmente en los artículos que van del 1° al 5° del Código Penal Federal (CPF).

A pesar de que el CPF ha sufrido múltiples reformas y adecuaciones, estas disposiciones no han tenido cambios sustanciales desde su formulación original en 1931. La única modificación de relevancia fue la inclusión del principio *aut dedere aut judicare* en la reforma por la cual se incorporó el tipo penal de terrorismo internacional en 2007. Sin embargo, la utilidad de dicha reforma es cuestionable, pues esta figura del Derecho penal internacional ya se encontraba prevista en el artículo 32 de la Ley de Extradición Internacional (LEI); además de que

podiera resultar innecesaria ya que son aplicables directamente los tratados internacionales en la materia.

Por otro lado, en el ámbito internacional y extranjero se han producido una gran cantidad de cambios e innovaciones que merecen ser atendidas en la normatividad nacional. Desde los años 30 se han creado diversas jurisdiccionales internacionales, desde el Tribunal de Núremberg hasta la Corte Penal Internacional. Se empezó a generalizar el uso de tratados internacionales para buscar la cooperación entre Estados; surgió una práctica estatal para emplear la jurisdicción universal; entre otros cambios normativos y fácticos que afectan la competencia territorial y extraterritorial en materia penal.

Así, los artículos competenciales deberían ajustarse a estos cambios para proporcionar a los operadores las herramientas jurídicas acorde con las tendencias modernas en materia jurisdiccional.

Este estudio representa un análisis de las disposiciones vigentes en el CPF. En este sentido se trata de un estudio mayormente descriptivo, pero solo en ese sentido, pues se harán observaciones para una propuesta de modernización de la legislación actual.

El esquema de este artículo seguirá los criterios o principios que tradicionalmente han regido la com-

petencia de los Estados: principio territorial, principio de personalidad activa, principio de personalidad pasiva y principio de protección. Esta organización responde únicamente a fines de sistematización de la información. De tal forma que, no se pretende hacer una explicación detallada de estos principios, sino que más bien se busca hacer un análisis crítico en cada rubro de la legislación actual y una propuesta de reforma cuando así se considere apropiado.

De forma adicional, se abordarán aspectos que no pueden ser considerados fácilmente dentro de estas categorías, pero que están relacionados con las mismas, en particular con los aspectos extraterritoriales de la competencia. En especial, se hará referencia al principio de *aut dedere aut judicare* y a la jurisdicción universal.

Por último, una nota metodológica. Los temas de extraterritorialidad están inevitablemente vinculados a los tratados internacionales; sin embargo, hay una cantidad enorme de tratados que contienen cláusulas de competencia (Comisión de Derecho Internacional, 2007, [Comentarios de los Estados]).¹ De tal forma que sería imposible hacer un recuento de todas ellas. En consecuencia,

se ha optado por señalar solo algunos instrumentos internacionales para su análisis. Estos son: la Convención contra la Tortura y otros tratos Cruels, Inhumanos o Degradantes [Convención contra la Tortura] por haber sido objeto de un análisis por la Corte Internacional de Justicia (*Bélgica v. Senegal*, 2012); el Convenio para la Represión del Apoderamiento de Aeronaves [Convenio contra el Apoderamiento de Aeronaves] ya que fue la base del estudio de la Comisión de Derecho Internacional sobre la obligación *aut dedere aut judicare* (Comisión de Derecho Internacional, 2014, [Reporte Final]), la Convención Internacional para la Protección de todas las personas contra Desapariciones Forzadas [Convención contra la Desaparición Forzada] por ser el tratado más reciente con cláusulas de extraterritorialidad. Asimismo, se hará alusión al proyecto de artículos contra los crímenes de lesa humanidad (Comisión de Derecho Internacional, 2016, [Proyecto de artículos contra los crímenes de lesa humanidad]), pues, aunque no ha entrado en vigor, es representativo del Estado actual de la extraterritorialidad en los tratados internacionales.

¹ En este documento la Comisión de Derecho Internacional preguntó a los Estados cuántos tratados con la cláusula *aut dedere aut judicare* habían suscrito.

II. TERRITORIALIDAD

El artículo 1° del CPF prevé el principio de territorialidad en los siguientes términos: “Este Código se aplicará en toda la República para los delitos del orden federal”.

La redacción que empleó el legislador en 1931 no es del todo clara. Resulta más convincente hacer alusión al concepto de territorio nacional que está previsto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Constitución o Constitución Federal). Así se hace un recuento de lo que el territorio nacional contiene de conformidad con el artículo 42. Este precepto es muy extenso, pero destaca que, para efectos de la competencia de los tribunales de la Federación, el territorio nacional comprende islas, arrecifes y cayos adyacentes (fracciones II y III); el mar territorial (fracción V) y el espacio aéreo situado sobre el territorio nacional (fracción VI).

Es importante destacar que este artículo constitucional hace una remisión al Derecho internacional para establecer los límites de dichos conceptos. Así, el artículo 3 de la Convención sobre el Derecho del Mar establece que el mar territorial se extiende por 12 millas náuticas; esto incluye el espacio aéreo sobre el mismo (Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar,

1982, [Convención sobre Derecho del Mar], art. 2, párr. 2).

El principio de territorialidad también contempla aquellos casos en los cuales solamente parte del delito se comete en territorio nacional. Esto es posible en el caso de delitos permanentes o continuados (CPF, 1931, art. 3). La doctrina le ha denominado a esta forma como **territorialidad subjetiva** (Bantekas y Nash, 2007, pp. 73-74).

Por su parte, también se reconoce el principio de **territorialidad objetiva**, que se verifica cuando la conducta delictiva tiene efectos o se pretende que tenga efectos en el territorio nacional (Bantekas y Nash, 2007, p. 75); tal y como está previsto en el artículo 2°, fracción I del CPF. Como apunta un sector de la doctrina (Bantekas y Nash, 2007), esta faceta de principio de territorialidad puede confundirse con el principio de protección, que se verá más adelante.

En el Derecho internacional también se reconocen ciertos lugares donde un Estado tiene jurisdicción. Es importante aclarar que no se trata del territorio nacional, pero sí de espacios donde un Estado puede ejercer sus facultades y funciones, por lo que tiene sentido que también tengan competencia sus tribunales.

El CPF reconoce estos lugares o espacios de forma algo

desordenada. Se trata de consulados (CPF, 1931, art. 2, fracción II); buques mexicanos en alta mar (art. 5, fracción I); buques militares nacionales en puerto extranjero (art. 5, fracción II); buques mercantes surtos en puertos extranjeros —siempre y cuando no haya sido juzgada la persona en el Estado donde se encuentra la embarcación— (art. 5, fracción II); buques extranjeros surtos en puertos mexicanos —si se perturba la tranquilidad pública o las personas no fueran de la tripulación— (art. 5, fracción III); aeronaves en casos análogos a los anteriores (art. 5, fracción IV); y en embajadas o legaciones nacionales en el extranjero (art. 5, fracción V).

A estos casos habrá que agregar la zona económica exclusiva, en donde la Suprema Corte ha reconocido que el Estado mexicano tiene facultades de regulación dado que tiene “soberanía y jurisdicción” (Tesis aislada, 2005, Registro 177319; Tesis aislada, 2010, Registro 162172).

El Derecho internacional reconoce que estos lugares no forman parte del territorio nacional, aunque también reconoce que los Estados tienen competencia por tener jurisdicción sobre los mismos. La Convención sobre Derecho del Mar establece que los Estados no tienen competencia sobre delitos cometidos a bordo de buques extranjeros en su territorio nacional;

salvo que haya consecuencias para el Estado ribereño, se perturbe la paz del país, se solicite la asistencia por parte de una autoridad del Estado que abanderó al buque o se trate de acciones para reprimir el narcotráfico (Convención sobre Derecho del Mar, art. 27, párr. 1, inciso a).

En el caso de las embajadas y legaciones el Derecho internacional establece que las sedes se encuentran en territorio del Estado receptor (Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, 1961, art. 21), por lo que no se trata de una extensión del territorio nacional. Sin embargo, también es cierto que el Estado receptor no tiene jurisdicción en estos locales, dado que se consideran inviolables (art. 22). Algo análogo ocurre con los consulados pues se asientan fuera del territorio nacional (Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, 1963, arts. 4 y 30); sin embargo, gozan de inviolabilidad (Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, 1961, art. 31).

En los tratados que establecen normas competenciales la regla general es que se establezca la competencia del Estado “en cualquier territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o un buque matriculados en ese Estado” (Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruces,

Inhumanos o Degradantes, 1984, art. 5, parr. 1, inciso a; Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, 2006, art. 9, párr. 1, inciso a).

La redacción de estos tratados es importante pues no se hace mención al territorio nacional, sino que el término determinante es la “jurisdicción”. El uso de esta palabra incluye la zona económica exclusiva, embajadas y consulados; en general, cualquier lugar donde se ejerza la jurisdicción. Esto es congruente con la segunda parte de estas disposiciones, pues como ya se vio, las aeronaves o buques son lugares donde se ejerce jurisdicción.

La Convención sobre Apoderamiento de Aeronaves establece una regulación de la competencia inusual. En primer término, se señala que será competente el Estado de matriculación de la aeronave, Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, 1970, [art. 4, párr. 1, inciso a). Sin embargo, también se señala que el Estado deberá establecer su jurisdicción “si la aeronave, a bordo de la cual se comete el delito, aterriza en su territorio con el presunto delincuente todavía a bordo; ...” (art. 4, parr. 1, inciso b).

El primer supuesto normativo entra dentro de los casos ya considerados sobre aeronaves y buques,

por lo que los comentarios hechos líneas arriba son aplicables.

El segundo supuesto parece ser una manifestación de la territorialidad subjetiva. Sin embargo, la disposición solamente dice que la persona se encuentre a bordo de la aeronave, sin especificar si el delito se sigue cometiendo. No es difícil suponer que el apoderamiento es un delito permanente, en cuyo caso el delito se sigue cometiendo en cuanto la aeronave objeto del delito entra en el territorio del Estado.

Si esta es la intención entonces se trata de un ejemplo de territorialidad subjetiva. De no ser así, se podría pensar en que se está regulando el principio de protección o de jurisdicción universal.

III. PRINCIPIO DE PERSONALIDAD ACTIVA

Este principio competencial se basa en la nacionalidad de las personas. En términos generales, son competentes los tribunales de un Estado cuando uno de sus nacionales comete un delito en el extranjero. La justificación de este principio es el vínculo que existe entre el Estado y sus ciudadanos. Algunos tratadistas hablan de la “fidelidad” que se exige a los ciudadanos por su país (Bantekas y Nash, 2007, p. 79; Cryer, Friman, Robinson, Wilmshurst,

2007, p. 41). Dicho concepto ha sido utilizado en el criterio de la Primera Sala de la Suprema Corte, aunque es importante destacar que se ha interpretado de forma recíproca (Delitos cometidos en el extranjero, por mexicanos, Primera Sala [SCJN], 1957).

En México el principio de personalidad activa está regulado en el artículo 4º del CPF. Algo inusual es que está sujeto a tres condiciones: que la persona se encuentre en territorio nacional, que no haya sido juzgada en el país donde delinquirió —en cumplimiento al derecho de cosa juzgada o *ne bis in idem*— *Non bis in idem* delito cometido en territorio extranjero, Primera Sala [SCJN], 1957) y que la conducta sea delictiva tanto en México como en el Estado donde se cometió —en cumplimiento al principio de doble criminalidad—.

Al respecto hay que hacer algunas observaciones. En primer lugar, es importante remitirse al artículo 30 constitucional para saber quiénes son mexicanos; ya sea por nacimiento o naturalización. En el segundo supuesto cabe aclarar que la doctrina reconoce que para ejercer competencia la persona tuvo que haber obtenido la nacionalidad al momento de la comisión del delito en el extranjero (Cryer, Robert, *et al.*, 2007, p. 41).

En todo caso, vale preguntarse si este principio es aplicable a las personas que son residentes permanentes. Se trata de una fórmula que está permitida por el Derecho internacional y es empleada por algunos Estados; sobre todo en el caso de residentes permanentes que participan en operaciones militares (Cryer, *et al.*, 2007, p. 42).

Si se parte del vínculo de fidelidad esta extensión del principio de personalidad activa tiene sentido, pues esta ya existe entre la persona y el Estado. La Ley de Naturalización apunta en ese sentido, pues para que una persona extranjera pueda obtener la ciudadanía se establecen requisitos que indican un arraigo con el país (Ley de Nacionalidad, 1998, arts. 19 y 20).² No obstante, lo anterior, el CPF es claro al señalar que la competencia por personalidad activa se ejerce solamente en el caso de personas mexicanas (art. 2, fracción IV).³

Sin embargo, esta reflexión invita a cuestionarse el papel que puede jugar en un futuro el vínculo de fidelidad en la competencia de los tribunales mexicanos. No solamente la obtención de la ciudadanía

² Entre estos requisitos se encuentra un tiempo mínimo de residencia en el territorio nacional, hablar español, conocer la historia del país y estar integrado a la cultura nacional, ser descendiente de una persona mexicana por nacimiento o tener hijos mexicanos, entre otros.

³ En dicha provisión se define al extranjero como la persona que “no cuenta con nacionalidad mexicana”.

requiere comprobar ciertos elementos que demuestren fidelidad; sino que la ciudadanía también se puede perder cuando se demuestra deslealtad al país (Constitución Federal, art. 37). Por otro lado, los casos en los cuales se extiende el principio de personalidad activa más allá de la nacionalidad o ciudadanía de las personas son muy escasos y pudiera interpretarse como una extensión excesiva de la jurisdicción de los tribunales nacionales.

Como ya se destacó en otra ocasión, el principio de personalidad activa no se encuentra regulado de forma pura en México (Dondé, 2007, p. 110). Estas excepciones son más preocupantes, pues entrarían en conflicto con el Derecho internacional. En primer lugar, exigir que la persona se encuentre en territorio nacional tiene como consecuencia que no se puede solicitar la extradición para procesar a la persona mexicana que cometió el delito en el extranjero. Precisamente, ese es el mecanismo para que la persona ingrese al territorio nacional para ser procesada o para cumplir una sentencia.

Esta afirmación tiene otra consecuencia. México no podría solicitar la extradición de las personas mexicanas. Sería interesante que el Estado mexicano pudiera activar dicho mecanismo en casos como

cuando se pretende condenarlas a pena de muerte, cuando en muchas ocasiones se les vulnera, además del derecho a la vida (Constitución Federal, art. 22; Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, 1990, art. 1) y el derecho a la asistencia, consultar (Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, 1963, art. 36, incisos b y c; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-16/99DE, 1999, párr. 124).

La regulación en México contrasta con la que habitualmente se encuentra en los tratados internacionales. La cláusula de la Convención contra la Tortura es típica; el Estado deberá establecer su competencia cuando “el presunto delincuente sea nacional de ese Estado;...” (Convención contra la Tortura, art. 5, párr. 1, inciso b; Convención contra la Desaparición Forzada, art. 9, párr. 1, inciso b).

Esta es la primera discrepancia importante que se encuentra entre la legislación nacional y los tratados internacionales. El hecho de que haya condiciones para el ejercicio de la competencia a nivel nacional y que los tratados internacionales contemplen una regulación lisa y llana pudiera generar un incumplimiento por parte del Estado

mexicano. Si el mexicano que cometió el delito en el extranjero no se encuentra en territorio nacional, las autoridades mexicanas no podrían solicitar su extradición. Esto podría violar los tratados que tajantemente obligan a establecer la competencia por personalidad activa.

El contraargumento es que los tratados internacionales establecen una obligación de extraditar o procesar, pero no establecen una obligación de solicitar la extradición. Sin embargo, en aquellos casos en los que coincide la obligación convencional con la obligación de investigar violaciones a derechos humanos, como los casos de tortura y desaparición forzada, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que hay una obligación de solicitar la extradición de quien pudo haber cometido estos crímenes internacionales (*Goiburú y otros v. Paraguay*, 2006, párr. 131 y 132).

El proyecto de artículos contra los crímenes de lesa humanidad establece la posibilidad de que un Estado ejerza su competencia sobre apátridas con residencia habitual en su territorio. Es importante destacar que se plantea como una alternativa para el Estado. No es propiamente una obligación internacional, pero debe tomarse en consideración pues pudiera marcar una tendencia a futuro.

IV. PRINCIPIO DE PERSONALIDAD PASIVA

Esta regla de competencia extraterritorial se basa igualmente en la nacionalidad de las personas; por lo que muchos de los comentarios que se hicieron en el rubro anterior son aplicables. La justificación en el uso de este principio también se basa en el vínculo que existe entre el Estado y la persona; sin embargo, en este caso cuando es víctima de un delito en el extranjero. Consecuentemente, las formas para identificar al nacional son las mismas que establece la Constitución Federal.

Curiosamente, la doctrina no menciona el vínculo de fidelidad para justificar este principio. Al parecer la idea es que el ciudadano es quien le debe lealtad al Estado y debe someterse a su jurisdicción. ¿Sin embargo, el Estado no les debe fidelidad a las personas que son sus nacionales? El único criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como ya se mencionó, señala que el vínculo de fidelidad es recíproco (Delitos cometidos en el extranjero, por mexicanos, Primera Sala [SCJN], 1957).

La Constitución establece un esquema de derechos y obligaciones para los ciudadanos mexicanos en sus artículos 31 y 34. Esto sin contar con las obligaciones que tiene el Estado en materia de derechos

humanos (Constitución Federal 1917, art. 1, párr. 3).⁴ En particular es relevante el artículo 20, Apartado C de la Constitución Federal que establece una serie de derechos en favor de las víctimas u ofendidos del delito. Es relevante también la fracción IV que establece el derecho a la reparación del daño. ¿Estas obligaciones y expresiones de lealtad no deberían tener un efecto extraterritorial? (Shaw, 2003, pp. 584 – 585).⁵

Dicho de otra manera, el Estado mexicano tiene la obligación de proteger los derechos de las víctimas y ofendidos mexicanos en el extranjero. Esto es relevante sobre todo cuando la persona no tendrá los beneficios del sistema de protección de derechos humanos que en México incluye los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En este contexto es importante recordar que el artículo 4º del CPF establece tres requisitos para que los tribunales de la Federación sean competentes en los casos de personalidad pasiva: que el acusado

se encuentre en territorio nacional, que se respete el derecho al *ne bis in idem* y a la doble criminalidad. Como consecuencia, México no podría solicitar la extradición de quien cometió el delito contra la persona mexicana y, por lo tanto, hacer valer los estándares mínimos en materia de derechos humanos —en caso en el que no se cumplan en el extranjero— (Sahovic y Bishop, 1994, p. 366).⁶

Por ejemplo, los tribunales de la Federación no podrían solicitar la extradición de los agentes fronterizos que matan a mexicanos (*Excelsior*, “SRE confirma que agentes de EU mataron a mexicano en la frontera”, 2012; *Animal Político*, “Identifican a agentes fronterizos que mataron a golpes a mexicano, 2013”).

En otro orden de ideas, el principio de personalidad pasiva ha sido muy cuestionado en el ámbito internacional. Igual que otros principios que se basan en la extraterritorialidad de la competencia, pueden interferir con la soberanía de otros Estados de forma desmedida (Sahovic y Bishop, 1994, p. 366).

Como consecuencia de lo anterior, los tratados no prevén la obligación de establecer competencia por personalidad pasiva. La regulan

⁴ “Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley”.

⁵ Aunque no menciona el término fidelidad, también plantea la relación entre Estado y persona como una combinación de derechos y obligaciones.

⁶ Estos autores destacan que esta limitación es bastante común en el derecho comparado y es útil para limitar un principio que se considera muy amplio.

como una opción para el Estado si lo considera pertinente. A manera de ejemplo, la Convención sobre Desaparición Forzada (art. 9, párr. 1, inciso c; Convención contra la Tortura, art. 5, párr. 1, inciso c) señala: El Estado establecerá su jurisdicción cuando “la persona desaparecida sea nacional de ese Estado y este *lo considere apropiado*”.

Dado que la regulación de este principio es opcional, las discrepancias con la legislación nacional no son relevantes. Toda vez que los textos internacionales abren la posibilidad de que no se incluya ese principio competencial, una formulación condicionada sería aceptable.

V. PRINCIPIO DE PROTECCIÓN

Este principio permite que se ejerza la competencia en materia penal para procesar a extranjeros que cometen delitos en el extranjero, pero que afectan la seguridad de dicho Estado (Shaw, 2003, p. 591). Se debe destacar que la doctrina limita el alcance de este principio a la seguridad del Estado (Cryer, *et al.*, 2007, p. 43; Bantekas y Nash, 2007, p. 83; Sahovic y Bishop, 1994, pp. 359 – 60). Prueba de ello es que este principio empezó a cobrar auge como una herramienta para combatir el terrorismo internacional (McCarthy,

1989, p. 308; Convención contra el Apoderamiento de Aeronaves, art. 4, párr. 1, inciso c; Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, artículo 7, párr. 2, inciso a).⁷

No obstante, la Convención contra el Apoderamiento de Aeronaves no previene dicho principio de forma clara. Hay una cláusula que podría interpretarse como una expresión del principio de protección: “Si el delito se comete a bordo de una aeronave dada en arrendamiento sin tripulación a una persona que en tal Estado tenga su oficina principal o, de no tener tal oficina, su residencia permanente” (Convención contra el Apoderamiento de Aeronaves, art. 4, párr. 1, inciso c). Este precepto pudiera interpretarse como una expresión del principio de protección dado que el delito no se comete en el Estado, pero este tiene un interés dado que la sede de la empresa arrendadora se encuentra dentro de su territorio.

Las objeciones que se han presentado en contra de este principio versan principalmente en el hecho de que su alcance puede ser muy amplio (Sahovic y Bishop, 1994, p. 361).⁸ Las legislaturas nacionales

⁷ De acuerdo con el autor, la incorporación del principio de protección en los tratados antiterroristas ha sido gradual, no se verificó de forma inmediata.

⁸ Además de considerar que este principio puede tener un alcance muy amplio, destaca la aparente contradicción entre el hecho de que este principio se utiliza

pueden adoptar un concepto de seguridad nacional muy amplio, lo cual pudiera afectar los intereses de otros Estados —primordialmente el Estado donde se cometió el delito— (Bantekas, y Nash, 2007, p. 83). En este mismo sentido, se trata de un principio que inevitablemente se sobrepone con otros criterios competenciales (Cryer, *et al.*, 2007, p. 43).

El CPF es un buen ejemplo de la confusión que este principio representa. Si buscamos las cláusulas en las que el Estado mexicano se pudiera ver afectado se encuentran las siguientes: se aplicará por “Los delitos que se inicien, preparen o cometan en el extranjero, cuando produzcan o se pretenda que tengan efectos en el territorio de la República”. (CPF, art. 2, fracción i).

Aquí se puede ver un primer conflicto. Si la conducta se realiza en el extranjero, pero produce efectos en el territorio nacional se trata del principio de territorialidad. Incluso, la segunda hipótesis normativa puede tener este problema; ya que, aunque solamente se “pretenda” que la conducta tenga efectos en territorio nacional, de la redacción se desprende que el delito no se llevó a cabo. Se trata de un caso de tentativa.

Como ya se vio, los consulados no son parte del territorio nacional, pero se trata de espacios donde el Estado ejerce su jurisdicción. Sin embargo, la fracción II del artículo 2º del CPF señala: “delitos cometidos en los consulados mexicanos o en contra de su personal, cuando no hubieren sido juzgados en el país en que se cometieron”.

Entonces surge la duda, ¿la legislación penal federal considera que se trata de una aplicación del principio de territorialidad objetiva o de protección? (Sahovic y Bishop, 1994, p. 361).⁹ La redacción de esta norma hace pensar que se trata del principio de protección, pues el personal del consulado no necesariamente es nacional, por lo que no podría llegarse a la conclusión de que se está regulando el principio de personalidad pasiva. Por otro lado, por su ubicación pudiera pensarse que se regula el principio de territorialidad.

Algo parecido ocurre con los buques, aeronaves, embajadas y legaciones. Por un lado, el encabezado del artículo 5º señala que estos casos “se consideran como ejecutados en el territorio de la República”. Sin embargo, ninguno de estos supuestos corresponde a una extensión del

principalmente para procesar por delitos políticos, por el énfasis en la seguridad nacional, pero la extradición por delitos políticos está universalmente prohibida.

⁹ Esta interrogante no es novedosa, ya se ha evidenciado que el principio de territorialidad objetiva y el principio de protección son prácticamente intercambiables.

territorio nacional, de conformidad con el Derecho internacional.

Como no se trata de lugares que pueden considerarse como parte del territorio nacional entonces se podría llegar a la conclusión de que se trata de supuestos que regulan el principio de protección. Se podría argumentar que hay un interés nacional en que se procesen delitos cometidos en consulados, embajadas, legaciones, buques y aeronaves nacionales.

De ser así, entonces se presentan otros dos problemas. El CPF está completamente desordenado. Todos los supuestos de protección deberían agruparse en un mismo artículo y se debería eliminar el encabezado que hace suponer que se trata de extensiones del territorio nacional. Adicionalmente, en ninguna parte del texto del CPF se hace mención a la seguridad nacional. Con los problemas que la doctrina ha identificado, en México no se limita el ejercicio del principio de protección a casos que lesionen la seguridad nacional. De hecho, pudiera argumentarse que este principio no parece estar reconocido en la legislación nacional, pues en todos los casos la redacción y la ubicación llevan a la conclusión de que se trata de casos donde el Estado mexicano ejerce su jurisdicción.

VI. FORMAS EXTRAORDINARIAS DE COMPETENCIA EXTRATERRITORIAL: *AUT DEDERE AUT JUDICARE* Y JURISDICCIÓN UNIVERSAL

Mucho se ha escrito sobre estas figuras del Derecho penal internacional; sin embargo, en consonancia con los objetivos planteados para este estudio solamente se realizará un análisis de la compatibilidad entre las disposiciones de Derecho penal vigentes y los estándares internacionales. Para realizar este contraste se tomará como base el estudio sobre *aut dedere aut judicare* realizado por la Comisión de Derecho Internacional (Reporte Final, 2014), que a su vez se basa en los pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia (*Bélgica v. Senegal*, 2012), así como las observaciones realizadas por los Estados (Comentarios de los Estados, 2007).

El artículo 2º, fracción I del CPF prevé que “Se aplicará, asimismo: [...] por los delitos que se inicien, preparen o cometan en el extranjero, siempre que un tratado vinculativo para México prevea la obligación de extraditar o juzgar, se actualicen los requisitos previstos en el artículo 4o. de este Código y no se extradite al probable responsable al Estado que lo haya requerido...”

Como se mencionó líneas arriba, el artículo 4° al que se hace referencia establece como requisitos para el ejercicio de la competencia por personalidad que la persona se encuentre en territorio nacional, que no haya sido procesada en el lugar en el que se cometió el delito y que la conducta sea considerada como delictiva en aquel Estado y en México.

Es relevante mencionar que la Ley de Extradición Internacional prevé un precepto que es aplicable. El artículo 32 establece: “Si el reclamado fuere mexicano y por ese solo motivo se rehusare la extradición, la Secretaría de Relaciones Exteriores notificará el acuerdo respectivo al detenido, y al Procurador General de la República, poniéndolo a su disposición, y remitiéndole el expediente para que el Ministerio Público consigne el caso al tribunal competente si hubiere lugar a ello”.

De conformidad con el trabajo de la Comisión de Derecho Internacional la mayoría de los tratados que contemplan la tipificación y persecución de delitos transnacionales o crímenes internacionales establece una obligación compleja en varios pasos: la tipificación de la conducta en el Derecho penal interno, el establecimiento de la competencia cuando la persona tiene un vínculo con el Estado o se encuentra en su territorio, prever la posibilidad de que la persona sea detenida

y se inicie una investigación preliminar y que el delito sea considerado como extraditable (Reporte Final, 2014, párr. 13).

Con base en estos criterios ya se pueden destacar algunas discrepancias. El CPF establece tres condiciones para el ejercicio de la obligación *aut dedere aut judicare*, por su parte los tratados en la materia establecen dicha obligación de forma lisa y llana. En consecuencia, hay que preguntarse si estas disposiciones pueden obstaculizar el cumplimiento de la obligación internacional.

En cuanto al primer requisito no hay problema pues la obligación *aut dedere aut judicare* parte del presupuesto de que la persona se encuentra en el territorio del Estado, por eso se exige que sea detenida y se proceda a una investigación preliminar (Convención contra el Apoderamiento de Aeronaves, art. 7; Convención contra la Tortura, art. 5, párr. 2; Convención contra la Desaparición Forzada, art. 10, párr. 1; Proyecto de artículos contra los crímenes de lesa humanidad, art. 8).

En cuanto al segundo supuesto, se trata del derecho al *ne bis in idem*. El cumplimiento con este derecho es compatible con la obligación *aut dedere aut judicare*, pues como se señaló por la Corte Internacional de Justicia, el objeto y fin de estos tratados es hacer eficiente la lucha contra los delitos en cuestión y combatir la

impunidad (*Bélgica v. Senegal*, 2012, párr. 74). Si la persona ya fue juzgada por esos mismos hechos entonces se cumple con la intención del tratado.

El tercer requisito puede resultar más problemático. Los tratados que prevén esta obligación empiezan señalando que la conducta debe ser considerada como delictiva (Convención contra el Apoderamiento de Aeronaves, art. 2; Convención contra la Tortura, art. 4, párr. 1; Convención contra la Desaparición Forzada, art. 4; Proyecto de artículos contra los crímenes de lesa humanidad, art. 5). Si lo que se requiere es que se incorpore a la ley penal, entonces puede haber una omisión por parte del Estado Mexicano, si el legislador no tipifica la conducta.

Puede argumentarse que la conducta tiene el carácter de delito desde el momento en el que el tratado fue ratificado. De hecho, el Estado Mexicano ha señalado que todos los tratados que contienen la cláusula *aut dedere aut judicare* son autoaplicativos de conformidad con el artículo 133 constitucional (Comentarios de los Estados, 2007, p. 18). En consecuencia, el reconocimiento de que la conducta es delictiva se da en automático. Podría argumentarse que se trata de una parte esencial del objeto y fin del tratado. En su defecto, hay cláusulas que establecen que el

delito en cuestión debe ser considerado dentro de los que da lugar a la extradición, como la Convención contra la Tortura (art. 8, párr. 1; Convención contra la desaparición forzada, art. 13, párr. 2) que dispone: “Los delitos a que se hace referencia en el artículo 4 se considerarán incluidos entre los delitos que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición celebrado entre Estados Partes. Los Estados Partes se comprometen a incluir dichos delitos como caso de extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí en el futuro”.

En cuanto al alcance de esta obligación hay otra incógnita que es importante resolver. El consenso en la Comisión de Derecho Internacional y entre Estados es que la obligación *aut dedere aut judicare* no tiene un sustento en la costumbre internacional (Reporte Final, 2014, párr. 53). Esto significa que su fundamento jurídico es exclusivamente convencional; ya que es en ese marco donde los Estados pueden determinar el alcance de las obligaciones que están dispuestos a asumir (Comentarios de los Estados, 2007, p. 5).

Esto implica que las lagunas que ha detectado la Comisión de Derecho Internacional en su estudio no pueden subsanarse a través de la costumbre, es necesario generar tratados que impongan la obligación. Las lagunas más

sobresalientes, irónicamente, se dan en los casos de los crímenes internacionales más atroces: crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra —salvo las violaciones graves a los Convenios de Ginebra— y genocidio (Reporte Final, 2014, párr. 14).

El caso del genocidio es interesante. La Convención para Prevenir y Sancionar el Crimen de Genocidio es un tratado que entró en vigor muchos años antes de que se generalizara el esquema moderno de la *aut dedere aut judicare*. En consecuencia, no prevé una fórmula compleja como los tratados recientes (Reporte Final, 2014, párr. 13).¹⁰ En el artículo pertinente se señala: “Las personas acusadas de genocidio o de cualquiera de los actos enumerados en el artículo III, serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción”. (Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, 1948, art. 6).

Es evidente, como indica la Comisión de Derecho Internacional,

que no existe una cláusula *aut dedere aut judicare* ya que solo se plantean dos opciones, el ejercicio de la competencia territorial o la de un tribunal internacional. No hay una obligación disyuntiva de extraditar o procesar.

Algo similar ocurre con el caso del *Apartheid* ya que en el tratado de la materia se previene una fórmula parecida a la del genocidio, se señala que este crimen internacional podrá ser juzgado “por un tribunal competente de cualquier Estado Parte en la Convención que tenga jurisdicción sobre esas personas, o por cualquier tribunal penal internacional que sea competente respecto a los Estados Partes que hayan reconocido su jurisdicción.” (Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, 1973, art. V). Si bien no se limita a la competencia territorial, pudiendo ejercer cualquier forma de competencia extraterritorial, no está regulada la fórmula *aut dedere aut judicare*.

Esto puede cambiar en un futuro. El *Apartheid* está considerado como uno de los crímenes de lesa humanidad previstos en el proyecto de artículos (Proyecto de artículos contra los crímenes de lesa humanidad, art. 3, párr. 1, inciso j). Consecuentemente, las cláusulas competenciales (art. 7) y la obligación *aut dedere aut judicare* le serían

¹⁰ El esquema que se delineó en este estudio parte de la llamada Fórmula de la Haya que empezó a emplearse en los tratados redactados a partir de 1970. Como consecuencias los convenios de Ginebra y la Convención contra el Genocidio que son de la década de los 40 están excluidos.

aplicables de aprobarse dicho tratado (art. 10).

En el caso del genocidio no hay una perspectiva similar. Resulta curioso que México haya insistido ante la Comisión de Derecho Internacional que la Convención contra el Genocidio prevé, para el Estado Mexicano, una cláusula *aut dedere aut judicare* (Comentarios de los Estados, 2007, p. 8). Esta postura no tiene sustento en el tratado en cuestión, ni en la práctica internacional, como quedó evidenciado por el Informe Final de la Comisión de Derecho Internacional. Ni siquiera se puede evidenciar la intención de México de participar en la formulación de una práctica que eventualmente constituya una norma de costumbre internacional, dado que el fundamento que se empleó fue convencional, no consuetudinario.

Si la postura de México es que dicha obligación debería ser aplicable al genocidio, entonces debería positivizarse en la legislación. Hasta en tanto no se cree una convención contra los crímenes de lesa humanidad, lo mismo es aplicable al *Apartheid*.

Lo anterior nos lleva a otra consideración. Como ya se vio, el principio *aut dedere aut judicare*, pudiera implicar el ejercicio de la jurisdicción universal. Si la persona no es extraditada y el Estado opta por llevar a cabo el proceso, pudiera

sucedir que se dé en casos en los que no hay vínculo con dicho Estado.

Por ejemplo, la Convención contra la Tortura (art. 5, para. 2) señala: “Todo Estado Parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre estos delitos en los casos en que el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición, con arreglo al artículo 8, a ninguno de los Estados previstos en el párrafo 1 del presente artículo”.

Después de señalar los criterios competenciales que deben regir en los casos de tortura, este tratado establece esta cláusula, la cual parece crear una excepción al ejercicio de la competencia con base en algún vínculo. En consecuencia, se estaría ejerciendo jurisdicción universal ante la negativa de extraditar. Se puede afirmar que esta cláusula es parte de la “Fórmula de La Haya”, pues está también prevista en el Convenio contra el Apoderamiento de Aeronaves (art. 4, párr. 2).

Lo anterior también requiere de una explicación del artículo 32 de la Ley de Extradición Internacional. Este precepto citado líneas arriba parece estar en consonancia con los tratados que establecen la fórmula *aut dedere aut judicare*, aunque sin referir a esta obligación.

En cualquier caso, en el que esté involucrada una persona de

nacionalidad mexicana, con independencia de que se trate un delito previsto en un tratado se iniciará un proceso penal. De hecho, ni siquiera se procedería a realizar una investigación como señalan algunos tratados (Convención contra la Tortura, art. 6, párr. 2), presumiblemente con los datos de prueba obtenidos de la solicitud de extradición.

Entonces, se debe ejercer competencia vía personalidad pasiva. Ya corresponderá al juez determinar si se actualizan los requisitos del artículo 4° del CPF. De no ser así, tendría que declinar competencia. De tal forma que no hay contradicción con el artículo 2° del CPF ya que de cualquier forma tendrán que analizarse los mismos requisitos para el ejercicio de la personalidad activa, pasiva o en los casos de la aplicación de la *aut dedere aut judicare*.

Un último comentario relevante. En las versiones más modernas de los tratados con esta obligación internacional se prevé la posibilidad de entregar a un tribunal internacional. El ejemplo de la Convención contra la Desaparición Forzada (art. 9, párr. 2) señala:

Cada Estado Parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los delitos de desaparición forzada en los casos en que el presunto autor se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción, salvo que dicho Estado lo extradite o lo entregue a otro Estado

conforme a sus obligaciones internacionales, o lo transfiera a una jurisdicción penal internacional cuya competencia haya reconocido.

Este es un reconocimiento a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional y a las reglas de cooperación, en particular de entrega cuando se configure un crimen internacional de su competencia (Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, art. 89).

VII. DIAGNÓSTICO Y PROPUESTA

Como se señaló al principio de este estudio, la redacción del CPF no está acorde con las nuevas tendencias en la cooperación interestatal. Esto no es exclusivo de la legislación nacional. Los principios que se emplearon para sistematizar este trabajo datan de 1935. Se originaron en un estudio de la Universidad de Harvard que buscaba encontrar patrones en la legislación penal nacional de diversos Estados, con miras a la creación de un tratado internacional en el que se homologuen criterios (Grant y Barker, 2007, pp. 487-488).

Como es de imaginarse, un documento de trabajo con tantos años requiere de una renovación importante. De hecho, la propia Universidad de Harvard convocó

a una revaloración de este estudio original. Sin embargo, el único resultado que se obtuvo fue considerar el fenómeno de la jurisdicción universal como una novedad en el desarrollo de la extraterritorialidad (Scharf, 2007).

Un estudio más reciente de Svantesson propone que los criterios competenciales se reduzcan en tres categorías: 1) Casos en los que hay una conexión entre el asunto y el Estado; 2) Casos en los que hay un interés legítimo del Estado y 3) Casos en los que se busca un equilibrio entre los intereses estatales y otros intereses. Este último supuesto es el del principio de protección (Svantesson, 2015).

Para realizar un trabajo de sistematización es importante generar categorías o principios. Sin embargo, el análisis que hizo del CPF lleva a la conclusión de que las categorías actuales no han sido de mucha utilidad. Svantesson no explica cómo distinguir el principio de protección de la territorialidad objetiva, a pesar de que le dedica una categoría propia al primero de los mencionados.

La situación se vuelve más compleja si a lo que se incorpora en las leyes nacionales se agrega que hay disposiciones en los tratados que pudieran contraponerse con lo legislado internamente. A lo largo de este estudio se evidenció que hay contradicciones entre el CPF, los

tratados internacionales e, inclusive, la Ley de Extradición Internacional. Aunque se propuso una interpretación que facilite resolver un conflicto de normas, puede haber lagunas que impliquen un incumplimiento con las obligaciones internacionales.

La propuesta que se hace tiene tres pasos. En primer lugar, olvidarse de las categorías tradicionales. Como consecuencia se debe de incorporar una sola distinción entre supuestos donde el Estado mexicano ejerza su jurisdicción (incluyendo el territorio nacional) y casos de extraterritorialidad.

Un segundo paso sería homologar la legislación nacional con el Derecho internacional. Como se vio a lo largo de este estudio, hay discrepancias entre el CPF y tratados internacionales. Las consecuencias de estas diferencias pueden variar, pero es innecesario tenerlas. Solamente deben conversarse aquellas condiciones, como en el caso de la personalidad pasiva, que se incorporen para evitar conflictos con otros Estados. Como señala Svantesson, para equilibrar los intereses estatales con otros intereses. La propuesta es buscar una nueva redacción, que pudiera incluir remisiones a los tratados, para evitar discrepancias.

Toda vez que no hay una fórmula *aut dedere aut judicare* prevista internacionalmente para el genocidio y el

Apartheid, pero el Estado Mexicano la reconoce, debería incluirse expresamente en la legislación nacional. Esto con el fin de homologar la política exterior con la política criminal.

En tercer lugar, deben incorporarse supuestos normativos novedosos. Debe ampliarse la competencia basada en la nacionalidad a los supuestos de residentes permanentes. De igual forma debe considerarse la posibilidad de que la implementación de la *aut dedere aut judicare* incluya la extradición o la entrega a la Corte Penal Internacional.

VIII. CONCLUSIÓN

El CPF y en general los intentos de teorización en materia de competencia estatal contienen diversas incongruencias y desactualizaciones que deben subsanarse. En este texto se han propuesto consideraciones para cumplir con ambos objetivos. En primer lugar, abandonar esas consideraciones dogmáticas en sustitución de un esquema más sencillo. En segundo término, reformar los supuestos normativos con base en las nuevas tendencias internacionales. Por último, incluir remisiones a los tratados internacionales para homologar la legislación nacional con los estándares internacionales.

IX. FUENTES DE CONSULTA

LIBROS

- Bantekas, I. y Nash, S. (2007). *International Criminal Law*. Londres, Inglaterra: Routledge/Cavendish.
- Cryer, R. *et al.* (2007). *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*. Londres, Inglaterra: Cambridge University Press.
- Dondé Matute, J. (2007). *Derecho Penal Internacional*. México: Oxford University Press.
- Grant, J. P. y Barker, J. C. (2007). *Harvard Research in International Law: Contemporary Analysis and Appraisal*, apéndice 9, Draft Convention on Jurisdiction with Respect to Crime, pp. 487-491. Recuperado de: <http://s1.downloadmienphi.net/file/download-file4/206/1392182.pdf>.
- Shaw, M. (2003). *International Law*. Londres, Inglaterra: Cambridge University Press.

ARTÍCULOS

- McCarthy, J. G. (1989). "The Passive Personality Principle and Its Use in Combatting Terrorism". *Fordham International Law Journal*, 13(3), pp. 298-327.
- Sahovic, M. y Bishop, W. W. (1994). "Autoridad del Estado: Su

alcance con relación a las personas y lugares”. En Sorensen, Max (Ed.). *Manual de Derecho Internacional Público*. México: Fondo de Cultura Económica.

Scharf, M. P. (2007). “Jurisdiction with Respect to Crime: Universal Jurisdiction and the Harvard Research”. En: Grant, John P. y Barker, J. C. (Eds.). *The Harvard Research in International Law: Contemporary Analysis and Appraisal*, pp. 275 – 306. Recuperado de: <http://s1.downloadmienphi.net/file/downloadfile4/206/1392182.pdf>.

Svantesson, D. J. (2015). “A New Jurisprudential Framework for Jurisdiction: Beyond the Harvard Draft”. *AJIL*, 109, pp.69-74. doi: 10.1017/S2398772300001197

LEGISLACIÓN NACIONAL

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [Constitución Federal]. *Diario Oficial de la Federación*, 5 de Febrero de 1917.

Código Penal Federal [CPF]. *Diario Oficial de la Federación*, 14 de agosto de 1931.

Ley de Nacionalidad [LNAV]. *Diario Oficial de la Federación*, 23 de enero de 1998.

JURISPRUDENCIA NACIONAL

DELITO CONTRA LA SALUD EN SU MODALIDAD DE INTRODUCCIÓN DE NARCÓTICOS, CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 194, FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL. SE CONSUMA CUANDO SE COMETE EN LA ZONA ECONÓMICA EXCLUSIVA, Registro 177319, Primera Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación [SCJN]. *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo XXII, Septiembre de 2005, p. 295.

DELITO CONTRA LA SALUD EN SU MODALIDAD DE INTRODUCCIÓN DE NARCÓTICOS. CARACTERÍSTICAS Y DIFERENCIAS DE LAS EXPRESIONES “TERRITORIO NACIONAL”; Y “PAÍS”; A EFECTO DE DETERMINAR SI EL TIPO PENAL PREVISTO EN EL ARTÍCULO 194, FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL SE COMETIÓ EN GRADO DE TENTATIVA O SE ENTIENDE CONSUMADO DENTRO DE LA ZONA ECONÓMICA EXCLUSIVA, Registro 162172, Primera Sala, SCJN. *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, Tomo XXXIII, Mayo de 2011, p. 231.

NON BIS IN IDEM (DELITO COMETIDO EN TERRITORIO EXTRANJERO), Registro 264074, SCJN, Primera Sala. *Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, Volumen XII, Segunda Parte, 1957, p. 158.

TRATADOS INTERNACIONALES

Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 10 de diciembre de 1984, U.N.T.S., vol. 1465, núm. 24841, p. 145. [Convención contra la Tortura].

Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, 10 diciembre 1982, U.N.T.S., vol. 1834, núm. 31363, p. 371. [Convención del Derecho del Mar].

Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, 24 abril 1963, U.N.T.S., vol. 6820, núm. 596, p. 261.

Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, 18 abril 1961, U.N.T.S., vol. 7502, núm. 500, p. 95.

Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, 20 diciembre 2006, U.N.T.S., vol. 2716, núm. 48088, p.3. [Convención contra la Desaparición Forzada].

Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, 30 noviembre 1973, U.N.T.S., vol. 1015, núm. 14861, p. 266.

Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, 9 diciembre 1948, U.N.T.S., vol. 78, núm. 1021, p. 296.

Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, 16 diciembre 1970, U.N.T.S., vol. 860, núm. 12325, pág. 105. [Convención sobre Apoderamiento de Aeronaves].

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 17 julio 1998, U.N.T.S., vol. 2187, núm. 38544, p. 307.

Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, 6 junio 1990, Serie Sobre Tratados, OEA, No. 73.

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

Corte Interamericana de Derechos Humanos. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, Opinión Consultiva OC-16/99DE, (serie A) No. 16, (1 de octubre de 1999).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Goiburú y otros v.

Paraguay, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, (serie C) No. 153 (22 de septiembre de 2006).

Corte Internacional de Justicia, Bélgica v. Senegal, Reports of Judgments, Advisory opinions and orders, I.C.J. Reports, p. 422, (20 julio 2012).

HEMEROGRAFÍA

Redacción (30 de julio, 2013). “Identifican a agentes fronterizos que mataron a golpes a mexicano”, *Animal Político*. En <https://www.animalpolitico.com/2013/07/identifican-a-agentes-que-mataron-a-golpes-a-mexicano-en-eu/>.

Redacción (9 de julio de 2012). *SRE confirma que agentes de EU mataron a mexicano en la frontera*. *Excelsior*. En <http://www.excelsior.com.mx/2012/07/09/nacional/846552>.

OTROS

Comisión de Derecho Internacional. (2007). *Obligación de extraditar o juzgar (aut dedere aut judicare)*, Documento A/CN.4/579 y Add.1-4, Información y observaciones recibidas de los gobiernos. Recuperado de: http://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_579.pdf. [Comentarios de los Estados].

Comisión de Derecho Internacional. (2014). *Reporte final: La obligación de extraditar o juzgar (aut dedere aut judicare)*, Documento A/69/10, Capítulo VI. La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*). Recuperado de: <http://legal.un.org/ilc/reports/2014/spanish/chp6.pdf>. [Reporte Final].

Comisión de Derecho Internacional. (2016). *Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 68° Período de sesiones*, Documento A/71/10, Capítulo VII, Crímenes de Lesa Humanidad. [Proyecto de artículos contra los crímenes de lesa humanidad].

PROTOCOLO DE ESTAMBUL: SU DEBILIDAD PROBATORIA EN LA ACREDITACIÓN JURÍDICA DE LA TORTURA Y LA FALACIA DE SU CERTIFICACIÓN EVALUATIVA

○ Pablo Gonzalo Ortiz Beltrán*

* Psicólogo Forense

PALABRAS CLAVE

KEYWORDS

○ **Protocolo de Estambul**

Protocol of Istanbul

○ **Evaluación psicológica forense vs evaluación psicológica clínica**

Forensic Psychological Evaluation vs. Clinical Psychological Evaluation

○ **Acreditación jurídica**

Legal Accreditation

○ **Certificación**

Certification

Resumen. El Protocolo de Estambul es un documento que tradicionalmente ha sido referencia obligada para evaluar, investigar y documentar la tortura; no obstante que refleja una acusada debilidad en cuanto a su efectiva evaluación psicológica, cabe destacar que la acreditación jurídica de la tortura no puede depender, ni de una evaluación de corte clínico, y mucho menos de unos lineamientos técnicos “más difusos que básicos” como los que plasma y propone dicho Protocolo, esto conlleva *per se*, de una deficiente, —en el menor de los casos—, a una nula certificación a partir de él, en cuanto a lo que la evaluación psicológica de la tortura se refiere. Lo anterior por la clara influencia teoricista¹ de corrientes positivistas clínicas que ignoran otras áreas de la psicología científica y la metodología propia de estas.

¹ El teoricismo; al igual que el historicismo solo refleja la posición vigente del momento perdiendo de vista que las verdades y valores son relativos a la hegemonía de la época y de los sujetos que generan la teoría; es decir no son manifestación de algo absoluto y/o universal.

Abstract. The Protocol of Istanbul in an obligatory reference to evaluate, investigate and document torture reflects a marked weakness in terms of its effective Psychological Evaluation; it should be noted that the legal accreditation of torture cannot depend on a clinical evaluation, little less on technical guidelines that are more diffuse than basic, such as those established and proposed by the mentioned Protocol; this entails *per se*, of a deficient or a null Certification from it, as to what the psychological evaluation of torture is concerned; This is due to the clear theorist influence¹ of clinical positivist currents that ignore other areas of scientific psychology and their own methodology.

¹ Theoricism; just as historicism only reflects the current position of the moment, losing sight of the fact that truths and values are relative to the hegemony of the time and the subjects that generate the theory; that is, they are not a manifestation of something absolute and/or universal.

SUMARIO:

I. El Protocolo de Estambul. II. La valoración psicológica desde el ámbito forense. III. Probatoriedad de tortura y certificación evaluativa. IV. Conclusiones. V. Fuentes de Consulta.

I. EL PROTOCOLO DE ESTAMBUL

A. ANTECEDENTES

Hacer alusión a este documento denominado “Protocolo de Estambul” es la forma más popular y coloquial de hacer referencia al *Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*.² El documento es la primera agrupación de estándares internacionales que son reconocidos para la evaluación, investigación y documentación eficaces de las alegaciones de tortura y malos tratos; fue preparado en tres años por setenta y cinco expertos en Derecho, salud³ y derechos humanos que representaban

² Presentado a la “Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos” el 9 de agosto de 1999.

³ Para realizar este tipo de evaluaciones se requiere un enfoque y criterio apuntalado desde la Psicología Forense y no desde la Psicología Clínica, el cual es a todas luces un criterio asociado a un modelo médico de salud, siendo que aunque hay puntos de encuentro entre lo forense y lo clínico las características y diferencias de cada

a más de cuarenta organizaciones. Fue iniciado y coordinado por “La Fundación de Derechos Humanos de Turquía” y por “Médicos por los Derechos Humanos de USA”.⁴ El documento, desde su inicio en 1999, ha contado con el apoyo y promoción de la ONU y otros organismos relacionados con los derechos humanos; no solo se ha publicado en español también existen publicaciones en otros idiomas como lo son el árabe, el chino, el francés, el inglés y el ruso. Paradójicamente la *Guía Práctica del Protocolo de Estambul para Psicólogos* contiene la siguiente advertencia: “[...] Las opiniones expresadas en esta publicación son de los autores y en ningún caso se debe considerar que reflejan la opinión oficial de las organizaciones de estos autores, el IRCT⁵ o la Comisión Europea” (International Rehabilitation Council for Torture, 2007, p. s/n siguiente a la portada). Este documento da las directrices internacionales aplicables en los siguientes casos: 1) evaluar a las personas que alegan haber sufrido tortura; 2) investigar los casos de presunta tortura; 3) documentar para comunicar los hallazgos a los órganos judiciales e investigadores

enfoque implican y exigen una aproximación conceptual y metodológica diferente.

⁴ Respectivamente: “Human Rights Foundation of Turkey (HRFT)” y “Physicians for Human Rights (PHR)”.

⁵ IRCT= International Rehabilitation Council for Torture Victims.

pertinentes. Para tal efecto el documento incluye los principios relativos para, como lo refiere el mismo documento, una eficaz investigación y documentación de la tortura a través de esbozar unas normas mínimas que puedan asegurar que los Estados estén en condiciones de asegurar dicha documentación eficaz de la tortura. No obstante esta pretensión, el documento en una nota a pie de página hace la siguiente advertencia:

Los principios relativos a la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes figuran en los anexos de la resolución 2000/43 de la Comisión de Derechos Humanos, de 20 de abril de 2000, y de la resolución 55/89 de la Asamblea General, de 4 de diciembre de 2000, ambas aprobadas sin votación (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones, 2001, p. 2).

De la cita anterior es importante resaltar que los principios relativos a la investigación y documentación de la tortura derivan de un anexo y una resolución; ambas: aprobadas sin votación. Por otro lado, pero en el mismo orden de ideas, si se hace una revisión minuciosa y detallada tanto de las organizaciones participantes como de los autores que contribuyeron y otros participantes (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones, 2001, pp. iii, vii-x), se puede observar que no

mencionan la participación ni la contribución de ninguna área, organización o persona relacionada con la Psicología Forense. En general, las referencias son: a asociaciones y/o personas en relación con la Medicina, Psiquiatría, Amnistía, Derechos Humanos, Salud Mental, Neurología, Medicina Forense, Política Humanitaria, Investigación Psicosocial, Patología, Derecho y Consultores Jurídicos; y en relación directa a la tortura: acciones, prevención, prohibición, rehabilitación, tratamiento y apoyo.

B. EL PAPEL CENTRAL DE LA EVALUACIÓN PSICOLÓGICA

Como bien lo advierte el Protocolo de Estambul, los métodos de tortura con frecuencia están diseñados para no dejar lesiones físicas; así derivado de esta característica, en algunos casos de tortura las consecuencias físicas carecerán de especificidad:

Paradójicamente, la mejora en los métodos de detección y obtención de pruebas de tortura física ha dado lugar a métodos de tortura más sofisticados que no dejan señales visibles en el cuerpo de la víctima (Jacobs, 2000). La mayoría de los síntomas y señales físicas de tortura, si los hay, desaparecen rápidamente (Finn Somnier y cols., 1992). (International Rehabilitation Council for Torture, 2007, p. 6).

Como bien se puede inferir, los torturadores —en la gran mayoría de los casos— intentarán no dejar evidencia física para que así su acto quede, además de oculto, impune. En la búsqueda de no dejar huellas y ningún tipo de evidencia física de la tortura, los perpetradores explorarán distintas maneras de tortura con el propósito de infligir el mayor daño y sufrimiento con el mínimo número de pruebas y/o evidencias.

Con este tipo de cautela en la forma de aplicar la tortura se pueden no dejar indicios físicos o tan mínimos que, como ya se mencionó, carecerán de especificidad. Los torturadores saben que, al no dejar huellas físicas permanentes, se están protegiendo de imputaciones y acusaciones subsecuentes; a la vez que obstaculizan y complican la evaluación, investigación y documentación de la tortura.

Es relevante señalar que la ausencia de evidencias físicas no significa ausencia de tortura⁶ y que, como también lo señala el Protocolo de Estambul, uno de los principales objetivos de la tortura es socavar y minar la integridad, la dignidad y el funcionamiento psicológico y social de la víctima; reduciendo a la persona a una situación de desvalimiento y angustia extremos produciéndole

un deterioro de las funciones cognitivas, emocionales y conductuales. Por lo anterior, es evidente que toda evaluación, investigación y documentación de la tortura debe incluir una evaluación psicológica detallada; la cual puede presentar pruebas determinantes de malos tratos en las víctimas de tortura debido a que los síntomas psicológicos frecuentemente tienen más prevalencia y duración que los físicos:

Al contrario que los efectos físicos de la tortura, sus consecuencias psicológicas a menudo son más persistentes y perturbadoras que la incapacidad física. Varios aspectos del funcionamiento psicológico pueden seguir dañados a largo plazo. Si no reciben tratamiento, las víctimas pueden sufrir las consecuencias psicológicas de la tortura incluso meses o años después de los hechos, en ocasiones durante el resto de su vida, con distintos grados de gravedad. (Carlsson *et al.*, 2006, 1992; Genefke & Vesti, 1998; Gurr & Quiroga, 2001; Jacobs, 2000; Somnier y cols., 1992; Turner & Gorst-Unsworth, 1993). (International Rehabilitation Council for Torture, 2007, p. 6).

No obstante lo anterior, es de suma importancia señalar y no perder de vista que, aunque la evaluación psicológica puede servir como dato y/o medio de prueba⁷ para comprobar la existencia de daños

⁶ El Protocolo de Estambul señala que la ausencia de evidencias físicas no debe interpretarse como indicador de que no ha existido tortura.

⁷ En el sistema acusatorio hay una diferencia técnica entre ambas expresiones, la cual tiene que ver con la etapa procesal.

que (generalmente como en el caso de la tortura) son de difícil cuantificación, la supuesta presencia de los síntomas, por sí solos,⁸ no significan ni representan evidencia irrefutable; ni de que el evaluado presenta determinado cuadro clínico diagnóstico, ni de que ha sido víctima de tortura y malos tratos. Por lo que es trascendental demostrar que el daño psicológico, si lo hubiera (pues no en todos los casos necesaria y obligadamente lo habrá)⁹ es derivado de los factores y vivencias relacionados con la experiencia traumática de tortura y malos tratos que se alega. Es precisamente la relación entre los hechos y las declaraciones la que tiene que probarse con procedimientos de los que se dispone desde la Psicología Forense del Testimonio; evaluando la credibilidad y exactitud de las declaraciones; y, en el caso de existir secuelas psicológicas, estas serán solo un apoyo más.

C. LA EVALUACIÓN PSICOLÓGICA DESDE EL PROTOCOLO DE ESTAMBUL

Si bien es un hecho que el Protocolo de Estambul da una serie de principios y directivas que deben anteponerse y tomarse en cuenta en toda evaluación psicológica de alegaciones de tortura (pues estas se encuentran directamente relacionadas con los hechos y prácticas asociados a la tortura), también es un hecho que la evaluación psicológica de la tortura no puede ni circunscribirse, ni limitarse solamente a estas directivas y principios: puesto que, estos pueden afectar, modificar y, por ende, alterar los resultados de la evaluación psicológica aplicada para el caso específico que se esté evaluando, nada tienen que ver con lo que son, propiamente, ya entrando en materia, las técnicas, procedimientos y metodología de la evaluación psicológica en lo general y de la evaluación psicológica forense en lo particular.

En cuanto al objetivo de la evaluación psicológica el Protocolo manifiesta que esta proporciona información vital y pruebas para (International Rehabilitation Council for Torture, 2007, p. 18):

- a. Exámenes médico-legales.
- b. Solicitudes de asilo político.
- c. Investigaciones y seguimiento de Derechos Humanos.

⁸ Ya diversos autores han advertido que los mismos cuadros sintomáticos no son exclusivos de una patología ni son derivados de las mismas causas; por lo que siempre cabe un Diagnóstico Diferencial y una verificación de la Asociación Causa-Efecto.

⁹ Es un error considerar que hay tortura; sólo si, hay secuelas de índole psicológica.

- d. Aclaración y determinación de los hechos.
- e. Establecimiento de las condiciones en que pueden haberse obtenido confesiones falsas.
- f. Determinación de las necesidades terapéuticas de las víctimas.
- g. Demostración de las necesidades para una plena reparación y compensación por parte del Estado.
- h. Comprensión de las prácticas regionales de tortura.
- i. Reconocimiento de las responsabilidades individuales y estatales hacia las víctimas y sus familias.
- j. Ayuda al procesamiento legal y/o sanciones disciplinarias.
- k. Prevención de la impunidad.

Así mismo, de acuerdo al Protocolo, se debe demostrar la relación que existe entre los signos y síntomas y la derivación de estos a partir de la experiencia traumática de tortura: “[...] el objetivo general de toda evaluación psicológica consiste en determinar el grado de coherencia que existe entre el relato que el individuo hace de la tortura y las señales psicológicas que se observan en el curso de la evaluación [...]” (International Rehabilitation Council for Torture, 2007, p. 18).

En cuanto al tipo de entrevista el protocolo menciona que debe ser estructurada y que no se debe observar la “estricta neutralidad clínica”:

Aquí no conviene observar la estricta «neutralidad clínica» que se usa en ciertas formas de psicoterapia, durante las cuales el clínico adopta un papel pasivo y apenas abre la boca. El clínico debe hacer ver que es aliado del sujeto y adoptar una actitud de apoyo y de que se abstiene de todo juicio (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones, 2001, p. 52).

También, en relación a la entrevista, el Protocolo advierte que esta debe estar dirigida de acuerdo con las directivas definidas en las secciones (International Rehabilitation Council for Torture, 2007, pp. 9 y 19):

- a. Consideraciones generales relativas a las entrevistas (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones, 2001, pp. 26, 33).
- b. Salvaguardias de procedimiento con respecto a los detenidos (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones, 2001, pp. 26, 27).
- c. Códigos éticos pertinentes (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones, 2001, pp. 47, 72).
- d. Precauciones aconsejables (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones, 2001, p. 48).
- e. Consideraciones éticas y clínicas (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones, 2001, p. 52).
- f. El proceso de la entrevista (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones, 2001, pp. 52, 55).

El protocolo aclara que las consideraciones anteriores las deben aplicar y tomar en cuenta todas las personas que se vayan a entrevistar con los detenidos y/o víctimas de tortura independientemente de que sean médicos, psiquiatras, psicólogos, abogados, supervisores de derechos humanos o miembros de cualquier otra profesión.

En cuanto a las técnicas y pruebas psicológicas a aplicar en las evaluaciones de la tortura, el lineamiento a seguir está más del lado del formato y protocolo clínico que del Forense; ciñéndose la estrategia, en gran medida, a las estructuras clínicas: puesto que le da más importancia a la entrevista clínica, la evaluación clínica y la valoración clínica reduciendo el valor de los test y pruebas psicológicas solo a un papel complementario:

para la evaluación psicológica del trauma, son fundamentales la entrevista clínica, la evaluación y la valoración clínica subsiguiente a la que llega el profesional, mientras que los tests psicológicos sólo poseen valor complementario. Es el clínico quien debe decidir si hay necesidad de emplear algún test psicológico para el proceso de evaluación; el clínico debe tomar su decisión sin interferencia alguna con su independencia clínica (International Rehabilitation Council for Torture, 2007, p. 23).

Específicamente, en relación a las pruebas psicológicas y su utilización

en la evaluación y acreditación de la tortura, hay cuestionamientos que mencionan:

Apenas hay publicaciones acerca de la utilización de las pruebas psicológicas (pruebas proyectivas y objetivas de personalidad) en la evaluación de los supervivientes de la tortura. Además, las pruebas psicológicas de personalidad carecen de validez transcultural. Estos factores se combinan limitando gravemente la utilidad de las pruebas psicológicas para la evaluación de las víctimas de la tortura. En cambio, las pruebas neuropsicológicas pueden ser útiles para evaluar casos de lesiones cerebrales resultantes de la tortura (véase secc. C.4 infra). La persona que ha sobrevivido a la tortura puede tropezar con dificultades para expresar en palabras sus experiencias y síntomas. En ciertos casos puede ser útil utilizar listas de comprobación sobre acontecimientos traumáticos y síntomas. En los casos en los que el entrevistador llega a la conclusión de que podría ser útil utilizar estas listas de comprobación, puede recurrir a numerosos cuestionarios, pero ninguno de ellos se refiere específicamente a las víctimas de la tortura (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones, 2001, p. 56).

Lo que hay que destacar, que no hace el Protocolo de Estambul (más allá de sus principios y directivas, cuando habla de la evaluación psicológica de la tortura), es que no dice realmente y en específico cuál o cuáles serán en concreto los procedimientos, técnicas y/o test-pruebas psicológicas, que debe emplear

el evaluador;¹⁰ igualmente, se hace necesario hacer especial referencia a que el Protocolo siempre destaca y se refiere a la evaluación-evaluador como de tipo clínico ignorando que, aunque tienen puntos de encuentro, no es lo mismo la Psicología Clínica que la Psicología Forense.

II. LA VALORACIÓN PSICOLÓGICA DESDE EL ÁMBITO FORENSE

A. DIFERENCIA ENTRE PSICOLOGÍA CLÍNICA Y PSICOLOGÍA FORENSE

La Psicología tiene varias áreas de estudio y aplicación, entre ellas tenemos a la Psicología Forense y a la Psicología Clínica. A la primera se le asocia directamente con la actuación pericial, y es por esta razón que se le considera una ciencia auxiliar del Derecho; sobre la base de lo anterior, hay que recalcar que es la Psicología Forense y no la Clínica el área de la psicología apropiada para realizar evaluaciones psicológicas; ya sea en función-relación

¹⁰ Dejando a criterio del “clínico” (que no debe de ser un clínico) toda independencia de la elección de las técnicas, procedimientos y pruebas a aplicar como lo demuestra la cita 22; ignorando y por tanto no recomendado la utilización de la metodología forense que es más acorde para estos casos que la metodología clínica. Porque no es lo mismo, no substituye y no son equiparables los principios y directivas recomendadas por el Protocolo de Estambul asociadas a los casos de tortura que propiamente la metodología forense.

y/o ambientes jurídico-forenses. La Psicología Forense está más del lado de la Psicología Social que del lado de la Clínica (aunque Forense y Clínica tengan puntos de encuentro entre ellas); en cuanto a la Psicología Clínica esta se encuentra asociada en su conceptualización y métodos a un modelo médico-biológico de salud, el cual se relaciona con el diagnóstico y tratamiento de psicopatologías; en lo que se refiere a sus definiciones conceptuales tenemos que a la Psicología Clínica se le ha definido como:

Rama de la psicología que implica la evaluación y el tratamiento de los individuos que padecen trastornos psicológicos. Incluye administrar e interpretar los test, practicar la psicoterapia, aplicar programas conductuales para la prevención de la salud, efectuar intervenciones conductuales en enfermedades médicas y realizar investigaciones relacionadas con la salud mental y sus factores psicológicos (Farré Martí, Lasheras Pérez Casas Hilari, p. 164).

Por otra parte a la Psicología Forense se le ha definido como:

La ciencia que enseña la aplicación de todas las ramas y saberes de la psicología ante las preguntas de la justicia, y coopera en todo momento con la administración de justicia, actuando en el foro (tribunal), mejorando el ejercicio del derecho. Establecen sus límites, por un lado, los requerimientos de la ley; y por otro, el amplio rango que tiene la psicología (Urra Portillo, 1993, pág. 4).

La Psicología Forense es, pues, la aplicación y puesta en práctica de las investigaciones y estudios acerca del comportamiento humano que son expuestas ante el foro (García López, Robles y González-Trijueque, 2010, p. 5).

En general, se podría afirmar que la Psicología Forense es el campo aplicado de los hallazgos científicos de la Psicología Jurídica (Díaz Colorado, 2011, p. 106).

Ignorar esta diferencia significa dejar de lado factores diferenciales entre la Psicología Forense y la Psicología Clínica que tienen implicaciones de aproximación técnica, metodológica y evaluativa que pueden incidir de manera significativa en la validez, confiabilidad y fiabilidad de los resultados obtenidos. Es importante acentuar que comúnmente se cae en el error de realizar evaluaciones psicológicas con enfoque clínico en ambientes forenses considerando equivocadamente que se está haciendo una evaluación psicológica con enfoque forense por el simple hecho de realizarla en un ambiente forense; en este caso es trascendental dejar claro que una evaluación psicológica forense, lo es: por su metodología, enfoque y aproximación y no por el hecho de realizar una evaluación psicológica basada en otro tipo de enfoques de cualesquiera de las áreas de la Psicología, en un ambiente forense. En este tipo de error es que cae el Protocolo de Estambul

al darle un enfoque total y prioritariamente clínico¹¹ a su propuesta de la evaluación psicológica de la tortura; pues dicho enfoque conlleva metodología no apta para este tipo de evaluaciones como lo es la entrevista estructurada que recomienda el Protocolo de Estambul, misma que la metodología psicológica forense no recomienda:

“La mayor parte de los instrumentos de evaluación psicológica (test de personalidad, entrevistas estructuradas, etc.) han surgido en un contexto clínico y, por ello, son de interés limitado en el entorno forense, a pesar de su gran utilización” (Echeburúa, Muñoz y Loinaz, 2011, p. 150).

Así mismo en la evaluación psicológica el contexto y el objeto circunscriben las diferencias entre evaluación clínica y forense (figura 1).

El ámbito de la intervención (en Psicología Clínica: un consultorio o un hospital, etc. En Psicología Forense: una prisión o un juzgado, etc.) señala patrones relacionales distintos entre evaluador y evaluado pues mientras la relación bajo el contexto clínico es empática se vuelve escéptica bajo el contexto forense; lo cual significa que entre ambos tipos de evaluación existen divergencias trascendentales que como ya se mencionó implican diferencias de aproximación:

¹¹ Como ya se puntualizó en las pp. 106 y 107.

Figura 1. Evaluación forense y evaluación clínica
(Echeburúa *et al.*, 2011, p. 144).

Factores	Evaluación forense	Evaluación clínica
Objetivo	Ayuda a la toma de decisiones judiciales	Diagnóstico y tratamiento
Relación: evaluador-sujeto	Escéptica pero con establecimiento de un rapport adecuado	Ayuda en el contexto de una relación empática
Secreto profesional	No	Sí
Destino de la evaluación	Variable (juez, abogado, seguros...)	El propio paciente
Estándares y requisitos	Psico-legales	Médico-psicológicos
Fuentes de información	Entrevista. Test. Observación. Informes médicos y psicológicos. Familiares. Expedientes judiciales	Las mismas (excepto los expedientes judiciales) y el historial clínico
Actitud del sujeto hacia la evaluación	Riesgo de simulación o de disimulación o de engaño (demanda involuntaria)	En general, sinceridad (demanda voluntaria)
Ámbito de la evaluación	Estado mental en relación al objeto pericial	Global
Tipo de informe	Muy documentado, razonado técnicamente y con conclusiones que contesten a la demanda judicial. Documento legal	Breve y con conclusiones. Documento clínico
Intervención en la sala de Justicia	Esperable. En calidad de perito	No esperable. En calidad de testigo perito

Al margen de que en uno y otro caso el objetivo pueda ser la exploración del estado mental del sujeto evaluado, el proceso psicopatológico en la evaluación forense sólo tiene interés desde la perspectiva de las repercusiones forenses de los trastornos mentales, a diferencia del contexto clínico, en donde se convierte en el eje central de la intervención (Echeburúa *et al.*, 2011, p. 143)

Otra cuestión a considerar que hace una gran diferencia entre la evaluación clínica y la evaluación forense, es que en el ambiente clínico el sujeto acude a la evaluación de manera voluntaria no sucediendo así en el caso de la forense, lo cual introduce en este tipo de evaluación el riesgo de que existan intentos deliberados de manipular la información a través de simular o disimular; según convenga a los intereses del evaluado y esta manipulación de la información se llevará a cabo ya sea de manera consciente o inconsciente; algo que agrava esta situación es que al hacer evaluaciones forenses se utilicen técnicas y pruebas creadas específicamente para el ámbito clínico (como las pruebas de personalidad y las entrevistas estructuradas) el cual no contempla las diferencias de aproximación propios de cada uno de estos enfoques:

La evaluación psicológica forense se encuentra con algunas dificultades específicas, como la involuntariedad del sujeto,

los intentos de manipulación de la información aportada (simulación o disimulación) o la influencia del propio proceso legal en el estado mental del sujeto [...] La simulación o disimulación refleja el deseo deliberado por parte del sujeto de ocultar su estado mental real, bien para dar una imagen positiva de sí mismo (por ejemplo, en procedimientos para determinar la idoneidad de custodia de los hijos), o bien para transmitir un estado de deterioro acentuado (por ejemplo, en el ámbito de la responsabilidad penal para conseguir la exculpación o en el campo del daño psíquico para reclamar una indemnización) (Echeburúa *et al.*, 2011, pp. 144, 146).

La experiencia y la práctica en el ámbito forense han demostrado que la evaluación clínica tiene claras limitaciones en el contexto forense; siendo además insoslayable que hay: “Un desfase insalvable entre el contexto clínico y el contexto forense: las pruebas clínicas están elaboradas para evaluar constructos psicológicos o psicopatológicos y su implicación legal se realiza de forma inferencial” (Echeburúa *et al.*, 2011, p. 150).

Por otro lado ya la Psicología Forense ha advertido sobre la posibilidad de que una víctima o testigo mienta y que incluso aún en el caso de que no mienta, la información que proporciona no sea tan confiable como se piensa, de ahí que la Psicología del Testimonio tenga como función aportar datos

científicos que permitan mejorar la credibilidad y exactitud de las declaraciones de las víctimas y testigos en cuanto al grado en que estas se ajustan a los hechos ocurridos; lo anterior conlleva tres aspectos que no se pueden ignorar: el primero de estos es que hay que evaluar las declaraciones en todo lo que se refiere a su credibilidad y exactitud utilizando para este efecto una técnica pertinente creada para ello; el segundo aspecto es que en cuanto a lo que se refiere a evaluar síntomas psicopatológicos en contextos forenses, los test, como ya se mencionó han surgido en un contexto clínico provocando que este tipo de test sean muy vulnerables a la manipulación; la cual: “se expresa en forma de simulación o sobresimulación” (Echeburúa *et. al.*, 2011, p. 147), por lo que se debe aplicar al menos un instrumento¹² de evaluación psicológica forense que dentro de sus propiedades permita detectar la existencia de los síntomas reportados al mismo tiempo que detecta la simulación y la disimulación, o bien, en otros términos el engaño y la manipulación:

Por ello, el perito psicólogo mostrará preferencia por aquellas pruebas psicométricas que incluyan escalas para detectar

¹² Como el Inventario Multifásico de la Personalidad Minnesota-2 (MMPI-2) que está estandarizado para México y cuenta con validación forense.

tendencias de respuesta del sujeto que puedan comprometer la validez de la aplicación (por ejemplo, el MMPI-2 con las escalas F, L, K, el índice de Gough: F-K o las escalas adicionales de validez: Fb, F1, F2, VRIN y TRIN; o el MCMI-III, con las escalas V, X, Y y Z). Otros cuestionarios de interés clínico, como el SCL-90-R, que no cuentan con escalas de control de respuestas tan sofisticadas, tienen menor interés en el ámbito forense. En cualquier caso, los cuestionarios no han mostrado, en general, ser capaces de detectar la simulación y sobresimulación de los síntomas (Echeburúa *et. al.*, 2011, p. 147).

Para el caso específico del MMPI-2, la experiencia en la práctica forense y en la investigación del instrumento ha mostrado que: haciendo una observación de las puntuaciones brutas de las escalas F y K, de las puntuaciones T de las escalas clínicas básicas, complementando estas observaciones con una somera observación del perfil de las escalas de contenido VRIN y TRIN, se puede detectar en un alto índice de eficacia a los sujetos simuladores (Casullo, Brenlla, Fernández Liporace, Ferrante y Prado, 1999, p. 339); así mismo este inventario “ha sido considerado la principal medida psicométrica para la investigación de la exageración o la minimización de psicopatologías” (Casullo, Brenlla *et al.*, 1999, p. 324), y, por ser hoy en día considerado como una de las pruebas más efectivas “tiene el mérito de

ser el único inventario de personalidad que aceptan los Tribunales Federales de los Estados Unidos” (Casullo, Brenlla *et. al.*, 1999, p. 49); el tercer y último aspecto consiste en no perder de vista que la mayoría de los psicólogos y peritos desconocen, por falta de formación forense, la metodología creada para evaluar las declaraciones y suplen esta carencia con su experiencia y aplicando pruebas clínicas de manera inferencial, ignorando de esta forma, en la metodología aplicada durante su evaluación, la tecnología psicológica forense:

Ha sido habitual que pocos peritos cubran las solicitudes de verificación de testimonio, esta actividad ha sido suplida por psicólogos y psiquiatras forenses, que por lo general carecen de educación forense especializada y que respaldan sus hallazgos con su experiencia, con el peligro de ignorar la tecnología psicológica forense desarrollada específicamente para estos casos. (Tapias Saldaña, Salas Menotti, Rodríguez A., y Solórzano, 2009, p. 2).

Como se puede apreciar existen diferencias notables entre una evaluación clínica y una evaluación forense, dadas por el contexto y el objeto de exploración de cada una de estas áreas de la Psicología, las cuales por obvias razones generan la necesidad de utilizar enfoques y métodos diferentes de evaluación y aproximación. En el caso de la Psicología Forense ya existe

investigación al respecto que permite prescindir de la práctica generalizada de utilizar mayoritariamente instrumentos y métodos de evaluación propios de la Psicología Clínica.

El Protocolo de Estambul tiene una aplicación directa en el marco de procedimientos judiciales de naturaleza penal; sin embargo, inapropiadamente y en contra de toda recomendación psicojurídica —como ha quedado más que evidenciado— su enfoque es desde la Psicología Clínica y no desde la Psicología Forense como lo exige su naturaleza y praxis.

B. DIAGNÓSTICO Y TORTURA

Como lo advierte el Protocolo de Estambul la ausencia de psicopatología diagnosticable no implica y mucho menos significa que la persona no fue torturada:

Es importante darse cuenta de que no todos los que han sido torturados llegan a padecer una enfermedad mental diagnosticable [...] aunque un diagnóstico de trastorno mental relacionado con el trauma apoye las alegaciones de tortura, no reunir los criterios para un diagnóstico psiquiátrico no significa que la persona no haya sido torturada. [...] La ausencia de signos y síntomas físicos o psicológicos no invalida las alegaciones de tortura [...] (International Rehabilitation Council for Torture, 2007, p. 42).

Como ya se mencionó los torturadores en la mayoría de las ocasiones intentan no dejar evidencia física con la intención de ocultar su acto, por lo que aplican procedimientos de tortura diseñados para no dejar lesiones físicas infligiendo el mayor daño y sufrimiento posible a la vez que su acto implica el mínimo de evidencias o indicios, y, derivado de esta característica, en algunos casos de tortura las consecuencias físicas, si las hay, carecen de especificidad suficiente para ser utilizadas como prueba en una alegación de tortura.

Por otro lado, el diagnóstico reviste otros problemas de índole teórico, pues aunque si bien es cierto que las conductas anormales pueden estar relacionadas con una psicopatología también lo es que su comprensión se ve favorecida por un procedimiento organizador,¹³ y es ahí, precisamente, en este procedimiento organizador que encuentra el diagnóstico el punto de capitonado que lo sustenta y constituye, pues es un hecho que en las últimas décadas en el afán de comprender los factores en común existentes en las

¹³ El procedimiento organizador constituido por la clasificación de entidades por un lado da respuesta a la necesidad de organizar las percepciones de los diversos fenómenos conductuales observados; y por otro facilita la comprensión por medio de proporcionar una nomenclatura y terminología común que facilita la comunicación, favorece la fiabilidad y acumula información sobre cada categoría proporcionando de esta forma información descriptiva de cada una de las entidades.

alteraciones de la conducta, que surgen una serie de sistemas clasificatorios¹⁴ que han servido para cumplir la función organizativa que requiere toda comprensión a través de ordenar las observaciones, lo importante a destacar en esta cuestión es que el proceso de asignación de una de las entidades a una de las categorías del sistema de clasificación es conocido en Biología como identificación, no obstante que esta dinámica no rebasa la simple y llana identificación y organización de las entidades, es el caso que en Medicina y en Psicopatología al proceso de asignación de determinados atributos clínicos, o de personas que manifiestan dichos atributos, a una de las categorías contenidas en el sistema de clasificación se le conoce como diagnóstico; todo lo anterior favorece la economía cognitiva en detrimento de la comprensión cualitativa del fenómeno de la alteración conductual en su relación con la Psicopatología derivada:

Los principios básicos para la formación de categorías en un sistema clasificatorio son el favorecer la economía cognitiva –en el sentido de suministrar la máxima información con el mínimo esfuerzo cognitivo– y la estructuración de los datos; es decir, percibir los objetos del mundo

¹⁴ Los principales sistemas clasificatorios en la elaboración y obtención de diagnósticos psicopatológicos son el DSM (Diagnostic and Statistical Manual) y el CIE (Clasificación Internacional de las Enfermedades).

como poseedores de una estructura altamente correlacional (Lemos, p. 129).

Es fácilmente comprensible sobre la base de lo ya dicho, la insuficiencia probatoria, a favor o en contra, de un probable ilícito de tortura fundamentándose en la simple existencia de un diagnóstico; ya sea positivo o negativo a secuelas psicológicas asociadas a un proceso de tortura, por lo que la acreditación jurídica de la tortura no puede ni debe limitarse a las inferencias derivadas de la obtención de diagnósticos:

Las investigaciones médico-legales requieren la comprensión de la totalidad de los fenómenos psicológicos, no solo un diagnóstico (Allnutt & Chaplow, 2000). La interpretación de los hallazgos no debería depender únicamente de la colección de signos y síntomas [lo cual per se conlleva un criterio y enfoque exclusivamente clínico y por ende sesgado]; en caso de haber un diagnóstico, la interpretación no debe limitarse a declararlos (International Rehabilitation Council for Torture, 2007, p. 42).

Es decir, no se puede ni debe asociar y mucho menos elevar un diagnóstico al nivel de una prueba inequívoca, unívoca e irrefutable de la existencia o no de tortura, pues como ya han advertido diversos autores, los mismos signos y síntomas pueden deberse a diversas causas y a diferentes patologías.

En el mismo orden de ideas se deben tomar mucho en cuenta al evaluar tortura los siguientes aspectos: 1) en los signos y síntomas encontrados definir si estos muestran un estado o un rasgo.¹⁵ 2) que la interpretación es de quien la hace.¹⁶

C. EVALUACIÓN PSICOLÓGICA FORENSE DE LA TORTURA¹⁷

Lo que hay que comenzar diciendo en cuanto a la evaluación psicológica de la tortura, es que esta tiene que realizarse desde el enfoque de la Psicología Forense y no desde el enfoque de la Psicología Clínica, pues como ya se comentó hay diferencias sustanciales entre una y otra que exigen aproximaciones

¹⁵ El “rasgo” es un comportamiento habitual en el individuo que es consistente y similar ante diversas circunstancias. A diferencia de este, el “estado” representa respuestas, que si bien son atípicas e infrecuentes en el individuo, son características de circunstancias específicas y por tanto peculiares a esta especificidad de situaciones.

¹⁶ Esto hace especial referencia a las dificultades del diagnóstico (acuerdo entre observadores), que brevemente son tres: 1) varianza de observación, que consiste en identificar el síntoma; 2) varianza de interpretación, que consiste en calificar el síntoma; y 3) varianza de criterio, que es propiamente la evaluación y asignación diagnóstica.

¹⁷ Este subtema, de manera propositiva y no exhaustiva, muestra algunos criterios basados en los principios de la psicología forense, que permiten un acercamiento más acertado a la correcta evaluación de la tortura desde una aproximación y enfoque forense, en contraposición al equivocado enfoque clínico que propone el Protocolo de Estambul.

y métodos diferentes; también algo que no se debe omitir es que una evaluación psiquiátrica no es igual a una evaluación psicológica¹⁸ y que el Protocolo de Estambul nunca habla de una evaluación psiquiátrica de la tortura y sí de una psicológica;¹⁹ en relación a las evaluaciones psicológicas *vs* evaluaciones psiquiátricas, hay estudios que han mostrado que las primeras manifiestan una tendencia a ser mejores que las segundas: “Tal como demuestra Balu (1984) y lo prueban Poythress y Petrella (Poythress, 1979; Petrella y Poythress, 1983), mediante estudios comparativos y representativos, los diagnósticos de Psicología Forense pueden ser mejores que los de los psiquiatras” (Garrido Martín, 1994, p. 19).

Otra cuestión en este tipo de evaluaciones, es que como ya se

¹⁸ Las evaluaciones psiquiátricas parten de una base clínica que considera entidades diagnósticas que carecen de etiología, fisiología y pruebas de laboratorio específicas asociadas, así como de un criterio médico de corte orgánico-biológico, aspectos que conceptualmente conllevan a un juicio de enfermedad y a una solución farmacológica. Las evaluaciones psicológicas parten de una base conceptual funcional que implica no una enfermedad sino un trastorno de corte disfuncional que conlleva una solución terapéutica.

¹⁹ Aunque el Protocolo en diversas ocasiones utiliza de manera conjunta y aislada las palabras “psicológica-psiquiátrica”, como intercambiables y equivalentes, se hace claro al revisarlo que lo psiquiátrico queda en segundo lugar; a tal grado que existe una guía para psicólogos titulada: “La evaluación psicológica de alegaciones de tortura: Una guía práctica del Protocolo de Estambul—para psicólogos”; el Protocolo edita también una guía para abogados y otra para médicos pero no existe una guía específica para psiquiatras.

mencionó, no necesariamente la tortura deja secuelas físicas y/o psicológicas y mucho menos el diagnóstico de una psicopatología, puede ni debe ser suficiente garantía y/o prueba de la existencia de haber sido víctima de un acto de tortura. Todo lo anterior trae a la ecuación la variable de la Psicología del Testimonio, la cual es una de las áreas de la Psicología Forense Experimental que se ha centrado especialmente en el estudio de la memoria de los testigos víctimas y sospechosos: “Como en otros campos de la Psicología Forense Experimental, el conocimiento que de los procesos cognitivos (en este caso de la memoria) posee la Psicología Experimental ha sido aplicado con éxito al contexto de la ley” (Alonso-Quecuty, 1998, p. 172). “La psicología ha desarrollado en la actualidad un campo especializado precisamente en la memoria [...], la Psicología del Testimonio que cuenta ya con una amplia base de datos empírica y se fundamenta teóricamente en los modelos cognitivos de memoria humana” (Diges, 1994, pp. 118,119).

La cuestión al respecto de la evaluación psicológica de la tortura, pasa por el hecho de que el Protocolo de Estambul recomienda y plantea ampliamente la entrevista clínica en el contexto de una evaluación y valoración clínicas; y

es por estas consideraciones que el Protocolo menciona que la entrevista debe ser estructurada; dicha entrevista, es un instrumento clínico que no contempla los sesgos²⁰ en el entrevistado, introducidos de manera involuntaria e inadvertida por el entrevistador/evaluador siendo el caso que sin un buen desempeño del encargado de realizar la entrevista mediante el uso de una técnica adecuada de entrevista se puede limitar, sesgar y/o distorsionar la información obtenida, lo cual es muy frecuente que ocurra con las técnicas tradicionales de entrevista; pues estas, no han sido elaboradas para su utilización en ámbitos forenses:

No obstante, sin una buena actuación del encargado de la entrevista durante este último momento [del Recuerdo], de nada le sirven al testigo las condiciones en las que han tenido lugar codificación y retención [de los hechos]. [...] El empleo de técnicas inadecuadas de entrevista puede limitar la cantidad de información que el testigo proporciona durante su recuerdo de los hechos presenciados (Alonso-Quecuty, 1998, p. 173).

En relación a los planteamientos hechos es que en una evaluación psicológica de la tortura el tipo de entrevista debe ser la adecuada; como lo es el caso de la “entrevista

cognitiva” (Alonso-Quecuty, 1998, p. 177) la cual está diseñada para obtener información cualitativa y cuantitativamente superior (a la obtenida a través del uso de entrevistas tradicionales; como la entrevista estructurada) a la vez que se disminuye el sesgo introducido inadvertida e involuntariamente por el entrevistador: “Las ventajas de la entrevista cognitiva frente a las técnicas tradicionales se pueden agrupar en dos categorías: la obtención de información muy rica, y la seguridad de que esa información no ha sido inintencionalmente sesgada por el entrevistador” (Alonso-Quecuty, 1998, p. 179).

La entrevista cognitiva y sus bondades han sido ampliamente tratadas por diversos autores, para ahondar al respecto se pueden revisar: 1) Técnicas de entrevistas en la evaluación de la credibilidad del testimonio (Godoy-Cervera y Dzib-Aguilar, 2010, p. 496), 2) La entrevista cognitiva y la entrevista cognitiva mejorada (Garrido y Masip, 2006, p. 395, 398).

La entrevista cognitiva debe complementarse con la “entrevista enfocada” y con la “entrevista inferencial” (Martín Reich, s.f.), esta última es una elaboración de las técnicas utilizadas en la entrevista cognitiva acompañada de una serie de indicadores para evaluar la alta o baja credibilidad y así actuar

²⁰ No solo el “sesgo en la memoria” introducido por el entrevistador es un problema; también los es la “sugestionabilidad interrogativa” que este mismo introduce.

como un instrumento de discriminación entre los testimonios y declaraciones deshonestos de los que no lo son.

Posteriormente a la aplicación de estas técnicas de entrevista se deben utilizar procedimientos psicológicos que permitan evaluar las declaraciones y/o testimonios de testigos, víctimas y sospechosos, en cuanto a la credibilidad y exactitud de las declaraciones:

Todo proceso judicial tiene como fin la búsqueda de la verdad. Esta búsqueda requiere de la reconstrucción de los hechos a través del testimonio. Así, hablar de la mentira en el contexto jurídico es hablar de la detección y castigo del falso testimonio (Alonso-Quecuty, 1994, p. 139).

La Psicología Forense Experimental dispone de procedimientos psicológicos que le permiten evaluar, tanto la exactitud y fiabilidad de las declaraciones de testigos, víctimas y sospechosos, como su credibilidad (Díges y Alonso-Quecuty, 1993) (Alonso-Quecuty, 1998, p. 180).

Dentro de las técnicas para evaluar las declaraciones podemos encontrar entre otras:

- a. La estilometría (Alonso-Quecuty, 1998, p. 180).
- b. Control de la realidad de los recuerdos (Reality Monitoring) (Alonso-Quecuty, 1998, p. 182);

(Sáiz Roca, Baqués Cardona y Sáiz Roca, 2006, p. 159); (Masip y Alonso, 2006, p. 517).

- c. El enfoque de la “Carga Cognoscitiva” (Domínguez Trejo, 2010, pág. 486).
- d. Evaluación de la Validez de una Declaración (SVA; Statement Validity Assessment) (Sáiz Roca *et. al.*, 2006, pág. 150); (Masip y Alonso, 2006, p. 513); (Godoy-Cervera y Dzib-Aguilar, 2010, p. 503).

Posterior a una técnica de entrevista adecuada y a la aplicación de un procedimiento que permita evaluar las declaraciones y/o testimonios, se recomienda aplicar un instrumento psicométrico que dentro de sus propiedades a la vez permita detectar los síntomas reportados así como evaluar y determinar la manipulación de la información, la simulación y la disimulación como es el caso ya mencionado del MMPI-2 (Inventario Multifásico de la Personalidad Minnesota-2).

Como se ha revisado y sobre todo enfatizado a través de la reiteración en el presente desarrollo, al momento de realizar una evaluación psicológica de la tortura esta debe tener una aproximación forense y no clínica la cual, aunque se recomienda que debe partir de las consideraciones aquí planteadas, no se limita a los procedimientos

descritos siempre y cuando se utilice cualquier procedimiento basado en los principios revisados; no perdiendo de vista que por una serie de implicaciones teóricas, técnicas y metodológicas; las técnicas, pruebas y test proyectivos no están indicados para utilizarse como herramienta en las evaluaciones psicológicas forenses.²¹

En cuanto a la verdad o falsedad de una declaración, la Psicología Forense Experimental tiene ya la información necesaria basada en estudios de memoria y psicolingüística que le permite llevar a cabo análisis de contenido que permiten evaluar los testimonios en un doble eje de credibilidad y exactitud, no obstante, el entrenamiento de expertos en procedimientos de:

1. Interrogatorio con técnicas de entrevista adecuadas a situaciones forenses.
2. Análisis de declaraciones.

No existe y por ende mucho menos se materializa, siendo esta situación una laguna que constituye una asignatura pendiente en México, al respecto la Oficina en México

del Alto Comisionado de la ONU, se ha pronunciado de la siguiente manera:

Los psicólogos forenses adquieren sus conocimientos en universidades donde regularmente no existe formación enfocada en la psicología forense. [...] La evaluación psicológica forense, en el contexto de la victimología, ha abierto algunos espacios dirigidos a la evaluación psicológica de la víctima [...] Esto es un acercamiento más afín a lo que pretende el Protocolo de Estambul. [...] y por lo tanto, no existen muchos profesionales con experiencia especializada en estos estudios. Partiendo de esta base, si nos adentramos en el delito de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, el campo de experiencia se reduce mucho más. [...] Esta situación, sumada a las pocas oportunidades de formación continua de los peritos, ha derivado en el uso de técnicas de forma indiferenciada para un caso en el que la persona es acusada de cometer un delito, como para aquellos en los que se está evaluando el daño y efectos de la víctima de un delito (Oficina en México del Alto Comisionado, 2007, p. 56).

Respecto a la documentación psicológica, el Protocolo deja espacios metodológicos abiertos a la orientación teórica del psicólogo. *Estos vacíos en la precisión de instrumentos y herramientas de evaluación psicológica útiles para los casos de víctimas de tortura, han hecho que la selección de los instrumentos de evaluación quede a criterio del perito psicólogo [cursivas añadidas]. Sin embargo, la realidad nos indica que frente a la falta de formación en técnicas de evaluación psicológica forense centrada en las víctimas, el perito psicólogo utiliza indistintamente instrumentos de evaluación dirigidos a la*

²¹ Por un lado porque la interpretación es de quien la hace; y por otro, porque el "Coeficiente de Validez" que tienen en promedio las Pruebas Proyectivas, es de .5 cuando se recomienda que este Coeficiente debe ser mínimo de .8 para evaluaciones forenses; y mínimo de .9 cuando se van a tomar decisiones sobre la vida de las personas.

rehabilitación psicológica y psicodiagnóstico, a determinar la imputabilidad o no de un acusado, a determinar el daño y secuelas sufridos por una víctima, o a analizar la credibilidad del testimonio. Por ello es necesario, además de conocer el Protocolo, recibir formación específica sobre técnicas de evaluación psicológica en casos de víctimas de tortura (Oficina en México del Alto Comisionado, 2007, p. 57).

Como se puede observar, realizar una evaluación psicológica de la tortura conlleva más consideraciones técnicas, teóricas y prácticas que las planteadas en el Protocolo de Estambul, el cual contiene y manifiesta muchas lagunas al respecto siendo incluso estas tan graves que se deja a criterio del perito psicólogo evaluador la selección de instrumentos y herramientas para la evaluación de la tortura.²²

Con lo hasta aquí expuesto se puede resumir que la Psicología Forense, puesto que realiza evaluaciones en ambientes jurídico-forenses y no en ambientes clínicos, se debe centrar primero en aplicar una técnica de entrevista correcta; segundo en evaluar la credibilidad y exactitud de los dichos, testimonios y/o declaraciones; y, tercero y último en la utilización de un instrumento que permita a la vez detectar los síntomas reportados, el engaño y la manipulación de la información;

²² Es una laguna grave el dejar la selección al evaluador porque: 1) Se supone que el protocolo es un manual; y

este procedimiento toma en cuenta las diferencias de contexto, objeto y abordaje que plantea una evaluación forense frente a una evaluación clínica, considerar estos desencuentros a la hora de evaluar tortura puede hacer una gran diferencia en los resultados obtenidos, pues como ya se comentó, en una evaluación clínica hay voluntad, empatía y sinceridad por parte del evaluado, cosas que no existen en una evaluación forense, pues para el evaluado y los actores alternos hay muchos intereses en juego.

III. PROBATORIEDAD DE TORTURA Y CERTIFICACIÓN EVALUATIVA

A. LA DEBILIDAD PROBATORIA Y LA FALACIA DE CERTIFICACIÓN

El presente ensayo realiza una revisión del papel central de la evaluación psicológica en la investigación y documentación de la tortura desde dos perspectivas distintas; por un lado desde el planteamiento que hace el Protocolo de Estambul y, por el otro, desde el planteamiento

como se ha venido exponiendo, nunca dice que hay que hacer realmente para evaluar, limitándose someramente a recomendar la entrevista, evaluación y valoración clínicas y no forenses. 2) Como ya se ha expuesto los psicólogos carecen de formación forense e inferencialmente aplican enfoques, instrumentos y herramientas creadas para ámbitos clínicos.

de una propuesta basada en la metodología, herramientas y conceptos que se han desarrollado en el ámbito de la Psicología Forense, intentando mostrar las razones de porqué, una evaluación del tipo que es la evaluación de la tortura, para su acreditación jurídica, no puede depender ni de una evaluación de corte clínico, y mucho menos de unos lineamientos técnicos más difusos que básicos; como los que están plasmados y propuestos en el Protocolo de Estambul.

Si bien el Protocolo de Estambul se autodenomina como un *Manual para la Investigación y Documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, nada más alejado que esto, pues por su propia constitución y construcción técnicamente difusa no puede sostenerse *per se* como una guía técnica de evaluación psicológica de la tortura y mucho menos ostentarse como un conjunto de estándares internacionales que garantizan la evaluación, investigación y documentación eficaces de las alegaciones de tortura; en todo caso lo que sí puede pregonar es que es un conjunto de estándares internacionales en derechos humanos para respetar, proteger, garantizar y promover estos derechos durante el proceso de investigación y documentación de las alegaciones de tortura, y es precisamente ahí, en las características

intrínsecas del mismo Protocolo de Estambul que subyace su debilidad probatoria ante la acreditación jurídica de la tortura, pues no tiene la altura técnica y metodológica para servir de guía y mucho menos para dar las directrices que sirvan para realizar una adecuada evaluación psicológica de la tortura.

En cuanto a la certificación, esta se define como “acción y efecto de certificar” (Real Academia Española, s.f.) y certificar se define como: “1) Asegurar, afirmar, dar por cierto algo. 2) Hacer constar por escrito una realidad de hecho por quien tenga fe pública o atribución para ello. 3) Fijar, señalar con certeza”. (Real Academia Española, s.f.). De acuerdo a las definiciones la certificación implica un proceso en el que un tercero independiente verifica que una entidad y/o persona reúne los atributos y requisitos de conformidad con una norma de referencia o documento normativo determinado, dando por hecho *a priori* que, “con y solo con”, estos atributos determinados de antemano en la norma se estará autorizado y/o capacitado para llevar a cabo determinada acción y/o función, es decir, la función del tercero es evaluar la conformidad y comprobar y dar fe sobre el cumplimiento de una norma de referencia. Cualquier certificación, en estos términos, tiene que ver más con el tener que con

el ser, pues por un lado la certificación no es efecto de lo que se hace sino de lo que se obtiene y por ende luego se tiene, y por otro, se impone el discurso de la norma desde la institucionalización que implica el proceso de certificación, lo cual impronta *a priori* el discurso establecido en la norma, en la entidad a certificar, atravesándola con una serie de afirmaciones que están preestablecidas en la norma que no solo no se pueden comprobar sino que se toman como “verdad”, y cuando un discurso²³ hace una afirmación que se toma como “verdad”, de algo que no se puede comprobar y además se da por sentado unilateralmente, entonces, la responsabilidad de enunciar lo que no se puede comprobar es de quien enuncia, y perdiendo de vista esto, mal se hace cuando se pretende hacer de esta enunciación una “interpretación-verdadera” y una “sentencia vitalicia” ambas basadas en la “certidumbre anticipada” (Lacan, 1989) de garantía que da la certificación de algo que no se puede comprobar ni amparar con ninguna certificación porque solo es una construcción y no efecto de lo que se hace.

²³ Como lo es el discurso contenido en la norma a través de la cual se certifica y que *a priori* conlleva *per se* la certidumbre anticipada de verdad de que “con y solo con” este discurso se pueden y se deben hacer bien las cosas, perdiendo de vista y dejando fuera muchas otras formas de hacer igual de bien o incluso mejor las cosas.

Un hecho histórico que aporta gran peso al argumento de la falacia de las certificaciones tuvo lugar en el ámbito jurídico norteamericano en el año 1962 con el caso Jenkins cuando el Juez Bazelon admite la cualificación del psicólogo para diagnosticar (Garrido Martín, 1994, p. 19) y donde en el recurso de casación la Corte Americana establece y afirma que: “Los títulos o grados son insuficientes para cualificar a un perito y esta competencia depende de la autoridad en la materia del sujeto” (Hernández Sánchez, Vázquez Mezquita y Sánchez Arenas, 1991).

Como puede observarse, toda certificación **viola la ley de Hume**, pues al sustentarse en la adhesión y cumplimiento de una norma se está no solo pretendiendo sino dando por hecho que se pueden cambiar cosas del **ser** desde el **deber ser**, es decir, desde la norma, por lo que se comete la falacia normativista o idealista, y bien dice el dicho que: “el hábito no hace al monje”, así como el título, el grado o la certificación **no hacen al experto**, pues la experticia en algo es efecto de lo que se hace en conjunción con lo que se es y no de lo que se tiene/obtiene, por lo que tiene que ver más con el ser que con el tener. El creer, argumentar y pretender que con las certificaciones se garantiza y comprueba taxativamente la experticia solo es

producto del discurso que impronta una **biopolítica** de control que se apuntala en una estructura normativa de poder que define —desde un discurso del deber ser— la forma en la que, quien tiene poder de definición, va a legitimar y justificar un discurso de control y manipulación que le permita mantener y reproducir su poder a través de ideologías que producen servidumbres voluntarias, adheridas por ende, a discursos oficiales. En este sentido toda certificación aparte de ser una forma de mantener el control ideológico es una manera de legitimar y disfrazar la **cooptación** de todos aquellos que han comprado la idea a través de ponerse ciega y acríticamente²⁴ la camiseta. En concreto, **toda certificación es biopolítica** pues constituye un *mecanismo de control*, signado por un lado por la **inclusión**, y por el otro por la **exclusión**, todo lo cual implica *per se* un saber sometido a los intereses de quien tiene poder de definición.

A partir de las apreciaciones anteriores se puede cuestionar: ¿Quién es quién? ¿Desde dónde? ¿Con qué autoridad? ¿Quién certifica al certificador?, aterrizando estos cuestionamientos podemos decir que para el caso de México, aunque se ha acordado que la capacitación se

facilite por parte de la PGR no existe ninguna institución certificada y por ende ni persona ni institución avalada como certificador. Incluso la misma PGR reconoce que no tiene certificación y que capacita en base a las recomendaciones emitidas por la ONU a la vez que también reconoce que el Protocolo de Estambul es un documento no vinculatorio.²⁵

El Comité contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanos o Degradantes de las Naciones Unidas, emitió a México, en el cuarto informe derivado de la convención CAT/C/MEX/CO/4 entre otras, lo siguiente: [...] Extender la implementación del Protocolo de Estambul en todas las entidades federativas del país. [...] Por lo anterior, la Procuraduría General de la Republica y diversas Procuradurías de entidades federativas, acordaron, se facilitara la capacitación por parte de la primera para contextualizar el instrumento internacional conocido como Protocolo de Estambul, a fin que las Procuradurías Estatales, lo incorporaran a su normatividad interna [...] Aunque el protocolo de Estambul es un documento no vinculatorio, la normatividad internacional, obliga a los gobiernos a investigar y documentar

solo es más de lo mismo. Lo cual no implica ni quiere decir que la PGR está a cargo en sentido jerárquico ni mucho menos que esta certifica a nadie, como para que: “sí, y solo sí”, se está certificado por la PGR, se pueda evaluar tortura.

²⁵ Por lo tanto no obligatorio (para ser obligatorio tendría que emanar de un tratado internacional celebrado por el presidente y aprobado por el senado como lo establece el 133 constitucional) y, en este sentido no se puede pretender ni estar certificado, ni tener la calidad de organismo certificador ni mucho menos exigir certificación alguna a nadie.

²⁴ En caso de existir crítica, esta solo es crítica ingenua y como tal se ciñe y apega irremediable, inadvertida e involuntariamente al discurso oficial, lo cual para el caso

los incidentes de tortura [...] La Institución [PGR] no cuenta con una certificación como tal para la aplicación del Protocolo de Estambul, sin embargo, se tiene el reconocimiento internacional en cumplimiento a las recomendaciones emitidas por organismos internacionales (Procuraduría General de la República, 2012, pp. 12, 13).

Como bien queda claro el Protocolo de Estambul no puede sostenerse ni para ostentar una calidad probatoria ni para embestirse como una autoridad certificadora.

IV. CONCLUSIONES

La debilidad probatoria de la acreditación jurídica de la tortura a partir del Protocolo de Estambul, está dada no solo por la constitución, construcción y falta de fundamentos teórico técnicos en cuanto a la evaluación psicológica de la tortura del mismo Protocolo, sino también desde la falta de formación y desconocimiento de las técnicas y métodos adecuados para este tipo de evaluaciones por parte de los peritos psicólogos que desconocen las diferencias significativas entre una evaluación clínica y una evaluación forense.

En cuanto a la certificación para evaluar la tortura esta no es más que una falacia que surge y parte de una serie de intentos deliberados de

mantener de forma hegemónica el control y el poder, desoyendo e ignorando descaradamente una serie de recomendaciones en el sentido de la independencia y desvinculación institucional y funcional que se debe tener de las organizaciones, instituciones y organismos gubernamentales cuando se evalúa la tortura: “El SPT [Subcomité para la Prevención de la Tortura] considera que como prevención de riesgos de tortura y malos tratos, debería existir una separación funcional e institucional entre investigación, acusación y responsabilidad durante la detención” (Subcomité para la Prevención de la Tortura, 2010, p. 10).

En función de esta orientación, es que el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura de las Naciones Unidas a través del Subcomité para la Prevención de la Tortura (SPT), se ha pronunciado a favor de una independencia evaluativa al investigar y dictaminar médica y psicológicamente la tortura a la vez que manifiesta la recomendación de aceptar peritajes de parte en las etapas procesales:

El SPT recomienda que se fortalezca la aplicación del Protocolo de Estambul mediante la garantía de investigaciones independientes, prontas y exhaustivas y que los profesionales que practiquen el dictamen médico psicológico pertenezcan a institutos de medicatura forense

con demostrada independencia y que se acepten peritajes de parte en las etapas procesales correspondientes conforme a los criterios de valoración judicial correspondientes (Subcomité para la Prevención de la Tortura, 2010, p. 64).

El incumplimiento a las recomendaciones y manifestaciones anteriores tiene importantes y evidentes repercusiones, pues las víctimas expresan y presentan una desconfianza a los sistemas oficiales de peritación lo suficientemente importante como para terminar abandonando sus denuncias sobre tortura dejando así este tipo de delitos en la impunidad.²⁶ Estas situaciones revisten tal importancia que ya han sido evidenciadas por el Relator Especial de las Naciones Unidas para la tortura en uno de sus reportes:

Existe desconfianza de las víctimas hacia los sistemas periciales oficiales porque a menudo los peritos dependen orgánica y laboralmente de la misma institución gubernamental a la que pertenecen los supuestos responsables de ejecutar la tortura. [...] resulta en el abandono por parte de la supuesta víctima de continuar con su denuncia, dejando que el delito se quede en la impunidad por la enorme frustración que la víctima ha encontrado en el sistema de justicia y en particular

por las acciones de los servicios periciales. Este aspecto ha sido abordado por el Relator Especial de Naciones Unidas para la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, en su informe de marzo de 2006: 183. Los médicos asignados a la protección, atención y trato de personas privadas de libertad deben ser empleados con independencia de la institución en que ejerzan su práctica [...] 184. Según la información recibida por fuentes no gubernamentales, no se habría cumplido esta recomendación. Los profesionales encargados de la protección, atención y trato a personas privadas de la libertad, siguen dependiendo directamente de las instituciones para las que prestan sus servicios, por lo que no se garantiza independencia en su actuación, [...] En el marco del manual elaborado por la Procuraduría General de la República con el fin de implantar el Protocolo de Estambul, se observa que los médicos carecen de independencia ya que dependen jerárquicamente de la misma PGR. En conclusión, y con base en esta realidad, teniendo en cuenta la condición indispensable de establecer una relación de confianza entre perito y supuesta víctima para obtener un adecuado diagnóstico, debe existir una diferenciación entre el perito que evalúe la credibilidad del testimonio y el que realice una evaluación sobre el daño (Oficina en México del Alto Comisionado, 2007, p. 59, 60).

Un dato que viene a agravar las situaciones anteriores, a la vez que expone la importancia de incorporar la priorización de las recomendaciones asociadas, es la información obtenida por la Oficina en México del Alto Comisionado

²⁶ Aunque el tema de análisis de este trabajo no es la impunidad, la pertinencia de destacarla está en que es una consecuencia directa y trascendental de la pretendida certificación, que junto con desacreditar a los evaluadores independientes, sirve para legitimar los abusos de poder como lo son el no acatar las recomendaciones y el ocultar crímenes de estado como la tortura.

de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos por medio de una encuesta anónima aplicada a los peritos médicos y psicólogos de las procuradurías estatales y federal que documentan y peritan las denuncias de tortura, la cual arrojó como resultado que los peritos cuando son funcionarios públicos no denunciaban la tortura por miedo a represalias de tipo físico y laboral:

Una encuesta anónima dirigida a los peritos médicos y psicólogos de las procuradurías estatales y federal, encargados de documentar los aspectos físicos y psicológicos de las denuncias de tortura o maltrato. [...] los resultados acerca de las prácticas y actitudes de estos servidores públicos fueron preocupantes, en especial la incidencia de miedo a represalias físicas y/o laborales por el hecho de documentar evidencias de tortura o maltrato, lo cual fomentaba el silencio frente a la obligación de denunciar dichos hechos (Oficina en México del Alto Comisionado, 2007, pág. 10).

Los resultados evidencian, como también señala este reporte, que las dificultades en la investigación y documentación de los casos de tortura son técnicas y estructurales.

El descaro e incongruencia de las instituciones gubernamentales para mantener el control y el poder de forma hegemónica ha llegado al grado que las autoridades manifiestan que las personas que denuncian

tortura mienten y dan falsos testimonios, haciendo hincapié en que la falta de “positivos a tortura” en los Protocolos de Estambul realizados son prueba fehaciente de que la tortura se ha erradicado de México:

Sin embargo lo que se sugiere por parte de las autoridades es que la gran mayoría de personas que denuncian tortura miente y da falsos testimonios. [...] Generalmente los exámenes concluyen que no existen suficientes elementos para respaldar la denuncia del afectado y se descarta la denuncia por tortura. [...] El gobierno no deja de subrayar que todo eso ha sido un paso importante en la prevención de tortura y que los bajos números de “positivos” en los Protocolos de Estambul aplicados demuestran que la tortura ha sido casi erradicada en México (Treue y Enríquez Sam, 2009, p. 110, 111).

Situación que ha generado por parte del Subcomité para la Prevención de la Tortura (SPT) recomendaciones en el sentido de que los dictámenes médicos y psicológicos derivados de lo establecido en el Protocolo de Estambul no sean utilizados para documentar y argumentar que las personas que denuncian tortura están mintiendo y emitiendo falsos testimonios:

El SPT insta al Estado parte a que revise la práctica y los programas de capacitación, para que los dictámenes médicos psicológicos realizados conforme al Protocolo de Estambul recobren su naturaleza originaria claramente establecida en

el propio Protocolo y no se utilicen como una prueba para argumentar la falsedad de las declaraciones de las víctimas (Subcomité para la Prevención de la Tortura, 2010, p. 64).

Hay que destacar que en esta última recomendación, el SPT, al indicar que el Estado debe revisar la práctica y los programas de capacitación en relación a los dictámenes médicos y psicológicos, pierde de vista las recomendaciones sobre la independencia evaluativa y que la tortura al ser un crimen de Estado demanda más por parte del Estado una capacitación preventiva en los cuerpos policiales y de custodia, pues son estos precisamente, los que infligen, a través de una serie de prácticas viciadas la tortura, circunstancia que ha sido también motivo de recomendaciones por parte del SPT:

294. El SPT insta al Estado parte a que doblegue sus esfuerzos en lo que se refiere a una capacitación apropiada como mecanismo de prevención de la tortura. La capacitación policial ha de tener carácter preventivo. Asimismo, insta a las autoridades competentes a que revisen y actualicen todos los programas y cursos de capacitación policial, en todos los niveles, de forma que se adecuen a los principios, estándares y ejes transversales de los derechos humanos y, de forma particular, a la prevención de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. [...] 301. El SPT recomienda al Estado parte que genere un proceso de capacitación y sensibilización de prevención de la tortura

para los agentes policiales más susceptibles de cometer actos de abuso de autoridad durante los procesos de detención. [...] El SPT recomienda al Estado parte que refuerce las medidas de control para evitar que los agentes policiales cometan arbitrariedades a la hora de detener a alguna persona. [...] 311. El SPT recomienda encarecidamente al Estado parte que la supervisión del comportamiento de los oficiales de la policía sea reforzada de manera sistemática y urgente. Los abusos de poder deben ser tratados de manera estricta (Subcomité para la Prevención de la Tortura, 2010, p. 64, 67).

No obstante todo lo anterior, la PGR pretende monopolizar la evaluación de la tortura a través de seguir insistiendo en certificar a los peritos que evalúan tortura,²⁷ y desoyendo las recomendaciones en cuanto a la independencia evaluativa capacita y certifica a su propio personal negando y desconociendo la igualdad que debiera existir entre los peritos oficiales e independientes, situaciones que se ven claramente reflejadas por un lado en la discriminación a los peritos y organizaciones independientes (siendo que a estos les asiste mayor credibilidad dada su independencia, particularmente tratándose de la evaluación de la tortura) y por otro lado en el hecho de que los

²⁷ Cuando es el caso que la propia PGR reconoce que ni ella cuenta ni con certificación ni con reconocimiento para certificar como lo demuestra la cita en las págs. 122 y 123.

tribunales no aceptan peritajes de tortura que no sean oficiales:

El intento de la PGR por monopolizar lo que denomina Protocolo de Estambul, la criminalización de las organizaciones independientes de defensa de los derechos humanos y - no en última instancia - la consigna de los tribunales mexicanos de no aceptar peritajes que no sean producidos por las autoridades policíacas. Como no se ha sentado jurisprudencia sobre la independencia y la imparcialidad de los peritos, es decisión del juez qué valor otorga a las pruebas aportadas por los peritos independientes. En varios casos, los profesionales del CCTI [Colectivo Contra la Tortura y la Impunidad] han sido tomados en cuenta ante los tribunales sólo como "testigos" o "coadyuvantes" (Loewe, 2009, p. 106).

Cuestión que no solo ha sido motivo de recomendaciones sino también de denuncias y exigencias de cumplimiento a dichas recomendaciones:

Exigimos a las autoridades mexicanas que: 1. Tomen las medidas legislativas e institucionales necesarias para asegurar la independencia de los peritos y agentes del Ministerio Público encargados de investigar denuncias por tortura. 2. Se respete el modelo interdisciplinario propuesto por el Protocolo de Estambul, para que peritos particulares sean debidamente autorizados para intervenir en las investigaciones oficiales. Red Nacional de Organismos Civiles de Derechos Humanos "Todos los derechos para Todos" (Loewe, 2009, p. 103).

Las autoridades no solo no acatan las recomendaciones sino que las manipulan para esconder y negar la tortura, situación que debido al desconocimiento general no solo se posibilita sino que además permite esgrimir y sostener una imagen de respeto a los derechos humanos en función y acorde a los estándares establecidos internacionalmente para tal efecto.

Entonces, lo que inicialmente puede ser visto como un paso positivo hacia una mejor documentación de tortura e instrumento en la prevención de tortura, se convirtió en una situación que abre nuevos caminos para las autoridades para esconder y negar la tortura, mientras mantiene su imagen de respetar estándares internacionales de Derechos Humanos. Nos parece de suma importancia analizar la estrategia utilizada por el gobierno para llegar a este punto y hemos identificado los siguientes pasos o elementos:

1. Un discurso público desconcertante, contradictorio e incompetente acerca de las características, objetivos y contenidos del Protocolo de Estambul por parte de las autoridades. En varias ocasiones el PE [Protocolo de Estambul] fue presentado como un convenio internacional que requiere la firma y ratificación del Estado, el examen médico-psicológico fue presentado como el Protocolo de Estambul, el PE fue descrito como instrumento para proteger a las fuerzas policíacas contra falsas alegatos de tortura, etc.
2. La adopción del examen médico fuera del marco y contexto legal y los estándares mínimos descritos en el Manual,

especialmente los principios guía de imparcialidad e independencia.

3. La promoción de la hegemonía del personal forense para la aplicación del Protocolo de Estambul mediante:
 - a. La formación de peritos quienes laboran en las instituciones, especialmente en la oficina del Procurador de la Republica.
 - b. Asegurar el reconocimiento internacional de la capacitación mediante la participación de expertos internacionales.
 - c. La definición de procedimientos administrativos para la aplicación del Protocolo, p.ej. el uso de papel membretado.
 - d. La negación de igualdad entre el perito oficial y peritos independientes.
4. La presentación pública de los resultados de la aplicación del PE, mismos que niegan 90% de las denuncias por tortura y presentan a las víctimas como criminales que buscan beneficios para sus procesos mediante la denuncia que han sido torturados.
5. La falta de transparencia y control sobre el proceso de aplicación del examen (Treue y Enríquez Sam, 2009, p. 111, 112).

En suma, la enarbolada y enaltecida certificación, consiste solo en que alguien venga a ver cómo otro hace las cosas para terminar constando y diciendo que las hace bien, y, ¿por qué las hace bien?, pues porque “ese alguien dice” que las hace bien y porque además las hace como “ese alguien dice” que se deben hacer las cosas para que estén

bien hechas; esta posición y argumento implícito *per se* es una aberración, pues deja fuera muchas otras formas diferentes de hacer bien las cosas autorizando a hacerlas solo a aquellos “dizque certificados”. En las evaluaciones forenses se debe erradicar la práctica de todo tipo de certificación pues solo limita los métodos de aproximación. En este sentido deberá ser el juez quien determine en base a los argumentos y fundamentos presentados caso por caso quién o qué dictamen cumple con los requisitos indispensables de idoneidad, imparcialidad y rigor técnico²⁸ lo anterior debe ser puesto en una balanza más allá de todo título, cualificación y/o certificación; pues así de esta manera se permite la diversidad de pensamiento a la vez que se impiden prácticas hegemónicas que acaparan el discurso y se apropian de la libertad de pensamiento en un claro acto deliberado de control y abuso de poder; que aparentando un supuesto respeto al Estado de derecho, ignoran convenientemente de paso, que éste,²⁹ es una parte de la superestructura que solo legitima y legaliza entre

²⁸ Estos tres aspectos no tienen nada que ver con títulos y/o grados y si con la autoridad en la materia del sujeto que funge como perito como ya se mencionó anteriormente.

²⁹ “Este” se refiere y hace alusión al Estado de derecho. No está de más destacar e insistir, que “se aparenta un supuesto respeto a los derechos humanos sobre la base de un Estado de derecho”.

otros a los aparatos ideológicos de Estado.

El objetivo de este ensayo no es desacreditar ni mucho menos desdiseñar en su totalidad al Protocolo de Estambul³⁰, pues este tiene aspectos positivos que ponen sobre la mesa temas y consideraciones que se estaban pasando por alto en cuanto a la protección efectiva de

los derechos humanos de víctimas de crímenes de Estado; como lo es la tortura, la intención ha sido más bien desenmascarar lo que se ha pretendido y dicho sobre lo que supuestamente es y que alejadamente de la realidad no es el Protocolo de Estambul, es decir: “No es un Manual Técnico para Evaluar Tortura”. El Protocolo de Estambul

Figura 2. Evaluación de tortura basada en el Protocolo de Estambul



* Cuadro de elaboración propia

³⁰ Es importante definir que lo aquí planteado tiene dos vertientes; lo referente a la evaluación psicológica se identifica como un problema relacionado con lo señalado en el Protocolo; en cuanto a la certificación, se destaca que es un problema derivado de la aplicación que se ha hecho del mismo.

más que una Guía Técnica de Evaluación Psicológica³¹ es una guía que contiene los lineamientos básicos con estándares internacionales en derechos humanos para la valoración médica y psicológica de la tortura; por tal, es más un instrumento de protección de derechos humanos durante el proceso de investigar y documentar la tortura (figura 2).

V. FUENTES DE CONSULTA

- Alonso-Quecuty, M. (1994). “Psicología Forense Experimental: el testigo deshonesto”. *Manual de Psicología Jurídica*. Barcelona, España: Paidós.
- . (1998). “Psicología y testimonio”. *Fundamentos de la Psicología Jurídica*. Madrid, España: Pirámide.
- Casullo, M. M., et al. (1999). *Aplicaciones del MMPI-2 en los ámbitos clínico, forense y laboral*. Buenos Aires-Barcelona-México: Paidós.
- Díaz Colorado, F. (2011). “Parte II: Psicología forense”. *Psicología y Ley*. Bogotá, Colombia: PSICOM Editores.

- Diges, M. (1994). “El psicólogo forense experimental y el testigo honrado”. *Manual de Psicología Jurídica*. Barcelona, España: Paidós.
- Domínguez Trejo, B. (2010). “Mentir con la verdad. Avances y problemas en el estudio psicológico del engaño”. *Fundamentos de Psicología jurídica y forense*. México: Oxford University Press.
- Echeburúa, E. et al. (2011). “La evaluación psicológica forense frente a la evaluación clínica: propuestas y retos de futuro”. *International Journal of Clinical and Health Psychology*.
- Farré Martí, J. M. et al. (s.f.). *Enciclopedia de la Psicología*. España: Oceano.
- García López, E. et al. (2010). “Psicología jurídica en México”. *Fundamentos de Psicología jurídica y forense*. México: Oxford University Press.
- Garrido, E. y Masip, J. (2006). “La obtención de información mediante entrevistas”. *Psicología jurídica*. Madrid, España: Pearson Prentice Hall.
- Garrido Martín, E. (1994). “Relaciones entre la psicología y la ley”. *Manual de Psicología Jurídica*. Barcelona, España: Paidós.
- Godoy-Cervera, V. y Dzib-Aguilar, P. (2010). “Psicología del testimonio: técnicas, instrumentos y procedimientos”. *Fundamentos de*

³¹ El Protocolo de Estambul no solo deja a criterio del perito psicólogo evaluador, la selección de herramientas e instrumentos, sino que manifiesta una acusada carencia de especificación metodológica, de instrumentos y de herramientas, junto con unos lineamientos técnicos de corte clínico y no forense que son más difusos que básicos.

- Psicología jurídica y forense*. México: Oxford University Press.
- Hernández Sánchez, J. A. *et al.* (Febrero de 1991). *Aproximación a la Psicología y el Trabajo Social Forense*. Recuperado el 24 de julio de 2015, de Papeles del Psicólogo: <http://www.papelesdelpsicologo.es/vernumero.asp?id=483>
- International Rehabilitation Council for Torture, V. (2007). *Protocolo de Estambul: Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*.
- La Evaluación Psicológica de Alegaciones de Tortura: Una guía práctica del Protocolo de Estambul para psicólogos*. Dinamarca: Scanprint.
- Lacan, J. (1989). *Escritos I: El Tiempo Lógico y el Aserto de Certidumbre Anticipada. Un Nuevo Sofisma*. México: Siglo Veintiuno Editores.
- Lemos, S. (s.f.). “Clasificación y diagnóstico en psicopatología”. *Manual de Psicopatología: Volumen 1*. Mc Graw Hill.
- Loewe, R. (2009). “Recuento de la Implementación del Protocolo de Estambul en México”. *III. El Protocolo de Estambul, la Experiencia en México*. Recuperado el 9 de junio de 2015, de http://www.contralatortura.org/uploads/13ce9e_cap_tres.pdf
- Martín Reich, R. (s.f.). *Técnicas de Entrevista de Testigos*. Recuperado el 10 de mayo de 2006, de <http://psicologiajuridica.org/psj150.html>
- Masip, J. y Alonso, H. (2006). “Verdades, mentiras y su detección: aproximaciones verbales y psicofisiológicas”. *Psicología jurídica*. Madrid, España: Pearson Prentice Hall.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones, U. (2001). *Protocolo de Estambul: Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*. Nueva York y Ginebra.
- Publicación de las Naciones Unidas*. (2007). Oficina en México del Alto Comisionado, N. Consideraciones para la investigación y documentación de la tortura en México. México: OACNUDH.
- Procuraduría General de la República. (2012). *Memoria Documental: Dictamen Médico/Psicológico Especializado para casos de Posible Tortura y/o Maltrato*. Gobierno Federal.
- Real Academia Española. (s.f.). *Diccionario de la Lengua Española (22ª edición)*. Recuperado el 26 de julio de 2015, de <http://lema.rae.es/drae/?val=certificacion> y <http://lema.rae.es/drae/?val=certificar>
- Sáiz Roca, D. *et al.* (2006). “Psicología del testigo: Conceptos fundamentales”. *Psicología criminal*. Madrid, España: Pearson Prentice Hall.

Subcomité para la Prevención de la Tortura. (2010). *Informe sobre la visita a México del Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*. Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes Naciones Unidas CAT/OP/MEX/1.

Tapias Saldaña, A. C. *et al.* (07 de octubre de 2009). “El Valor de la Prueba Psicológica frente al Delito Sexual”. Recuperado el 05 de febrero de 2010, de Asociación Latinoamericana de Psicología Jurídica y Forense: <http://psicologiajuridica.org/archives/1407>

Treue, F. y Enríquez Sam, J. (2009). “La Lucha por la imparcialidad en la investigación y documentación de la tortura. Experiencias con la implementación del Protocolo de Estambul en México”. *III. El Protocolo De Estambul. La Experiencia En México*. Recuperado el 9 de junio de 2015, de http://www.contralatortura.org/uploads/13ce9e_cap_tres.pdf

Urra Portillo, J. (1993). “Definición de Psicología Forense”. *Manual de Psicología Forense*. España: Siglo XXI.

RETOS EN LA PROCURACIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

COOPERACIÓN EN MATERIA DE SEGURIDAD EN AMÉRICA DEL NORTE EN LA ERA DE TRUMP

○ Athanasios Hristoulas*

* Profesor-investigador del Departamento de Estudios Internacionales del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM). Contacto: Saki@itam.mx

PALABRAS CLAVE

KEYWORDS

○ **TLCAN**

NAFTA

○ **Seguridad nacional**

National Security

○ **Agenda trilateral**

Trilateral agenda

○ **Frontera**

Border

Resumen. La cooperación entre los tres países de América del Norte en materia de seguridad ha sido problemática. Si bien hubo momentos de cooperación internacional y en algunos casos ha sido proactiva: México, Estados Unidos y Canadá son tres Estados diferentes con agendas nacionales distintas.

En este artículo se remarcan los problemas más significativos de la relación trilateral desde la firma del Tratado de Libre Comercio (1993) hasta los actuales retos que existen en materia de seguridad tras la victoria de Donald Trump, la cual ha impactado a toda América del Norte.

Abstract. The cooperation among the three North American countries in terms of security has been problematic. Although there were moments of international cooperation and in some cases that has been proactive: Mexico, the United States and Canada are three different States with different national agendas. This article highlights the most significant problems of the trilateral relationship since the signing of the Free Trade Agreement (1993) to the current security challenges after the victory of Donald Trump, which has impacted the entire North America.

SUMARIO:

I. Introducción. II. Antecedentes. III. ¿Cambio de rumbo? IV. La naturaleza de la cooperación en materia de Seguridad Norteamericana. V. Más allá de las fronteras. VI. Consideraciones finales. VII. Fuentes de consulta.

I. INTRODUCCIÓN

La cooperación en Norteamérica ha sido problemática para México, Canadá y Estados Unidos, sobre todo por la dificultad de agregar el aspecto de seguridad al ámbito económico de la región. En la historia de la relación entre los tres Estados han existido diversos momentos en lo que ha parecido que se podría lograr una mayor cooperación por necesidad, como se observó después de los ataques terroristas en 2001, o por intentos proactivos como en 2005, con la firma de la Alianza para la Seguridad y la Prosperidad de América del Norte (ASPA). Sin embargo, la cooperación ha sido nebulosa y caracterizada por conflictos de personalidad entre los tomadores de decisiones y diferencias entre agendas nacionales. En Norteamérica tenemos tres países muy diferentes, con distintas problemáticas, fortalezas y agendas.

Este artículo remarca los problemas más significativos en la relación en el contexto de América del Norte. Se empezará con una breve explicación del inicio de la relación trilateral bajo la firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) en 1993, dejando ver que las dificultades conceptuales en la relación se dieron desde entonces. Se continuará con el periodo después de los ataques del 11 de septiembre y los diversos intentos que se hicieron para crear una agenda trilateral común de seguridad, condenada desde sus inicios por la falta de interés canadiense. La investigación termina examinando cómo la victoria electoral de Donald Trump ha impactado a América del Norte.

Se subraya la naturaleza bilateral de la cooperación en seguridad, sobre todo entre Canadá y Estados Unidos. En este aspecto, en la actualidad, inclusive México se ha dado cuenta que la idea de crear un espacio común de seguridad norteamericano, llamado perímetro de seguridad o TLCAN, no es viable.

Las últimas administraciones mexicanas se han concentrado en el trabajo bilateral con Estados Unidos, como el caso de Calderón, o se han enfocado en los asuntos internos, dejando en segundo plano la agenda de cooperación en

seguridad, lo cual ha caracterizado a la administración de Peña Nieto.

II. ANTECEDENTES

La firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) marca la primera vez el concepto de “Norteamérica”, no solo como extensión territorial, sino como región política, cobra importancia (Brown, 1977). Este tratado da inicio a la idea de una Norteamérica unida. Sin embargo, los problemas para este nuevo proyecto de unión comercial se vislumbran desde sus inicios. La propuesta del presidente mexicano, Carlos Salinas de Gortari, de un tratado trilateral de libre comercio, se vio en Canadá como una amenaza al mercado canadiense. Los tomadores de decisiones de Canadá veían a México como un competidor económico que podría obstaculizar el intercambio canadiense hacia Estados Unidos. Los costos laborales en México, por ejemplo, eran considerablemente menores que los de Canadá. Por esta razón, los tomadores de decisión canadienses trataron de convencer a Estados Unidos, en un inicio, de que el TLCAN no era imperioso (Buzan, Waever y De Wilde, 1998). Argumentaron que México sería un socio comercial poco confiable, ya

que su país era subdesarrollado y corrupto.

La indecisión del gobierno canadiense en cuanto a su participación, a pesar de la clara disposición mexicana para facilitar las negociaciones, causó el enojo de los negociadores mexicanos y conllevó problemas con México. Hizo falta la intervención de Estados Unidos, el cual presionó a Canadá para que aceptara el tratado, para solucionar la situación. Este punto de conflicto puede ser considerado como el momento inicial de los problemas entre Canadá y México.

Oficialmente se dijo que la entrada de Canadá al tratado tenía como objetivo el beneficiarse con el libre comercio, pero la determinación se basó en el reconocimiento de que los gobiernos de Estados Unidos y México continuarían con la negociación, estuviera Canadá presente o no. El gobierno abogó por no quedar excluido del proceso, ya que no tenían otra opción más que participar. No sería completamente desatinado aseverar que Canadá participó en el proceso del TLCAN por razones puramente defensivas: para asegurarse que el tratado no pudiera perjudicar a Canadá y mantener vigilado su funcionamiento. Así, al colaborar, los negociadores podrían influir en el diseño del tratado de una manera favorable para Canadá.

A partir de la firma del TLCAN y hasta el 2001, la relación entre los tres países se mantuvo estable y no hubo muchas modificaciones en el tratado, ya que no había necesidad. Después de los ataques del 11 de septiembre, surge el interés por expandir el TLCAN (conocido como TLCAN+), así como la idea de crear *perímetros de seguridad*. A principios de octubre, el presidente Vicente Fox declaraba que México: “considera la lucha contra el terrorismo como parte del acuerdo con Canadá y Estados Unidos para construir, dentro del marco de trabajo del tratado de libre comercio entre los países norteamericanos, un espacio compartido de desarrollo, bienestar e integral”. (*The Canadian Press*, febrero 2, 2002).

Ese mismo año, Jorge Castañeda, el entonces secretario de relaciones exteriores, dijo: “México favorecería un acercamiento continental para los problemas fronterizos, ampliando la alianza norteamericana que funciona en el ámbito comercial”. En el mismo discurso, Castañeda señaló que el gobierno mexicano preferiría extender el perímetro de seguridad “tanto como sea posible, pero depende de los canadienses y americanos” (*Ibidem*).

Las diversas declaraciones del presidente Fox dejaban en claro que la implementación de un perímetro de seguridad norteamericano

en el cual participaran de manera conjunta Estados Unidos, Canadá y México, era prioritario en su agenda de política exterior. México llegó inclusive a proponer la desaparición de las fronteras entre los tres países. Los mexicanos querían un acuerdo migratorio parecido al de la Unión Europea, pero Canadá no deseaba participar en una idea que le parecía problemática y poco ventajosa. El primer ministro de Canadá, Jean Chrétien, así como elementos clave del gobierno liberal canadiense como John Manley, rechazaron la necesidad de implementar un mecanismo tan extenso e interconectado como el que proponía México.

La posición canadiense se justifica de diversas maneras: para Canadá, los ajustes debían ser pequeños y enfocados a los temas concernientes al terrorismo y comercio, con la intención de aplacar las inseguridades estadounidenses originadas por los ataques del 11 de septiembre. Desde la perspectiva canadiense, México significaba problemas. La intención del gobierno mexicano de “encadenar” a los tres países significaría la concepción de agendas comunes en materia de seguridad, las cuales resultaban inviables para Canadá por dos razones: la primera, se basaba en las diferentes naturalezas de las problemáticas fronterizas, en la que a diferencia

de Canadá, las dificultades entre la frontera México-EUA era mucho más compleja, caracterizada no solo por los altos niveles de comercio, sino por la migración ilegal, tráfico de drogas y corrupción (Armijo, 2011). La segunda razón, se asentaba en la enorme diferencia en la capacidad tecnológica entre ambas fronteras. Además, para Canadá, en el contexto de los ataques del 2001, la idea de un perímetro de seguridad era mucho menos importante que las posibles amenazas comerciales con Estados Unidos. Debido a esto, ambos países iniciaron negociaciones para buscar hacer más eficiente la frontera, y al mismo tiempo, más segura (Boucher, 2009).

Como resultado, Canadá y México firmaron, por separado, acuerdos de Fronteras Inteligentes en 2001 y 2002 (un plan de 32 puntos entre Canadá y Estados Unidos y otro de 22 puntos entre Estados Unidos y México) diseñados para proteger las fronteras comunes contra posibles amenazas y al mismo tiempo dar eficiencia al comercio, migración y turismo. La idea de las Fronteras Inteligentes era crear mecanismos que identificaran las amenazas en las fronteras y las diferenciaran de aquellas empresas y personas “seguras”. Ambos acuerdos eran casi idénticos, pero en la práctica, el funcionamiento del tratado entre Canadá y Estados

Unidos sobrepasó por mucho el trabajo realizado en la frontera sureña.

Por otra parte, la tecnología de “Fronteras Inteligentes” en la frontera entre Canadá y E.U.A. se utilizaba desde antes de los ataques terroristas del 2001. No se puede decir lo mismo de la frontera México-Estados Unidos. México, a pesar de la firma del acuerdo bilateral con E.U.A., quedó decepcionado ante el derrumbe de la cooperación trilateral.

III. ¿CAMBIO DE RUMBO?

Ante los atentados del 11 de septiembre de 2001, México decide adoptar el discurso en el que expresaba que Estados Unidos nunca estaría seguro teniendo un país tan inseguro como vecino. Fue entonces cuando se firmó el Acuerdo Frontera Inteligente, anteriormente mencionado y, tres años después, la Alianza para la Seguridad y Prosperidad de América del Norte (ASPAN) en 2005 en Waco, Texas.

La ASPAN intentaba ser el proceso permanente y trilateral diseñado para incrementar la cooperación en Norteamérica. El acuerdo estaba enfocado en dos áreas principales. La primera en promover el crecimiento económico, competitividad norteamericana *vis a vis* con otras naciones y el nivel de vida en

América del Norte. La segunda, en definir un foco común en materia de seguridad, con el propósito de:

1. Proteger a Norteamérica contra las amenazas externas comunes;
2. Prevenir y responder a las amenazas internas de la región, y
3. Volver más eficiente el tránsito de bienes, servicios y personas a través de las fronteras.

Si bien, los ataques terroristas sirvieron como el evento que daría inicio al movimiento hacia una Norteamérica más unida (Boucher, 2009) en el momento en el que la cruzada antiterrorista perdió su atractivo —por lo menos para Canadá y México— el deseo por una Norteamérica más unida fue disminuyendo. En el caso de Canadá, a pesar que la preocupación por el terrorismo permaneció vigente, los tomadores de decisiones vieron poca utilidad en trabajar con México para manejar esta amenaza. Canadá consideraba que la amenaza podía ser tratada de manera bilateral con Estados Unidos, sin necesidad de la ambiciosa visión de Norteamérica que el Secretario de Relaciones Exteriores mexicano, Jorge Castañeda, había planteado.

Para agosto del 2009 el proyecto se dio por terminado, había perdido su encanto para México. El apoyo de Fox al TLCAN+ estaba basado

en la equivocada creencia de que si México cooperaba en el ámbito de seguridad con Canadá y Estados Unidos, podría conseguir un acuerdo migratorio con ambos. La idea que tenían los tomadores de decisiones mexicanos era que el aceptar las condiciones estadounidenses en cuanto a los términos de seguridad, generaría externalidades positivas en otras áreas de interés para México. Sin embargo, el plan migratorio fue visto por Washington como demasiado ambicioso y políticamente imposible. Para el año 2007, el plan fracasó de manera oficial cuando el Secretario de Estados Unidos decidió que ya no habría ningún debate sobre un cuerpo migratorio integral.

En ese mismo año, México y Estados Unidos firmaron La Iniciativa Mérida. Durante el gobierno de Felipe Calderón, se priorizó, tanto interna como externamente, la guerra contra el narcotráfico. Este acuerdo, evidentemente simboliza el abandono de la búsqueda de una mayor cooperación trilateral de la política exterior mexicana. México encauzó por completo su énfasis de la seguridad hacia Estado Unidos, excluyendo a Canadá.

La Iniciativa Mérida es considerada un momento inédito en la relación bilateral México- EUA, en la que hubo un aumento significativo

en material y dinero para la lucha contra el narcotráfico. Sin embargo, la cuestión clave —argumenta Deare (2017, 430)— no fue el financiamiento que los mexicanos recibieron, sino, el fortalecimiento en las competencias y capacidades que cada lado militar recibió al encontrarse trabajando juntos. Se puede decir que por primera vez, México y E.U.A., estaban realmente interactuando y cooperando en asuntos de seguridad.

Anteriormente, la cooperación entre ambos países se había limitado a proporcionar equipo y entrenamiento a las fuerzas especiales mexicanas tanto militares como policiales. La Iniciativa Mérida también incluyó entrenamiento y ayuda administrativa a las agencias de protección civil mexicanas y al sector de justicia. El acuerdo marca un momento clave en la política exterior mexicana, ya que el país se sumerge en la campaña nacional contra el narcotráfico con la cooperación de EUA (Ayob, 1995). Cabe añadir que a diferencia de ocasiones anteriores, se buscó colocar los problemas ocasionados por el crimen organizado, el tráfico de drogas y la violencia que se les atribuye a ambos actores en un contexto multinacional. Es decir, los países involucrados, ya no buscan culparse mutuamente por no tomar las medidas necesarias para detener el

consumo, producción y tráfico de los narcóticos ilegales.

Como argumenta Deare (2017), la Iniciativa Mérida fue uno de los pocos alcances de Bush que se mantuvieron al llegar Obama a la presidencia e incluso Trump. Pero en la actualidad, se enfoca menos en brindar equipo militar y se ha centrado mucho más en las reformas judiciales, la seguridad de las ciudades y la capacitación de la policía a nivel estatal.

Lo que resulta interesante del abandono del mayor intento de integración norteamericana en los últimos 10 años, es que uno esperaría que el actor clave para su hundimiento hubiera sido Estados Unidos. Llama la atención el rol preponderante que tuvieron Canadá y México en el desarrollo de los debates y políticas sobre el futuro de la integración norteamericana.

En su mayoría, Estados Unidos mantuvo una postura de “esperar y ver” respecto a Norteamérica. Desde la firma de los tratados de Fronteras Inteligentes en 2001 y 2002, EUA, a pesar de haber apoyado en un principio la idea de México de un tratado trilateral, demostró que su preocupación por aumentar la cooperación en las fronteras tenía prioridad sobre la integración norteamericana. Inclusive se podría argumentar que el gobierno

americano prefería mantener el ámbito de negociaciones bilaterales, pues comprendía las diferentes problemáticas de cada frontera y deseaba aprovechar y profundizar la relación cooperativa que ya existía con Canadá. Además, en el contexto de los ataques del 2001, la cooperación con Canadá tenía prioridad, con el objetivo de controlar el terrorismo y su entrada a Estados Unidos por la frontera norte.

El foco de atención de la política exterior estadounidense abandonó las medidas regionales para concentrarse en las guerras que estaba liberando en Medio Oriente, dejando Norteamérica en manos de los mexicanos y canadienses. Dada la cantidad apabullante de recursos monetarios y tiempo que se estaban gastando en las guerras contra Afganistán e Irak, esto no resulta sorprendente.

IV. LA NATURALEZA DE LA COOPERACIÓN EN MATERIA DE SEGURIDAD NORTEAMERICANA

Hay una larga tradición de cooperación bilateral entre Canadá y Estados Unidos en temas de seguridad continental. Desde la Segunda Guerra Mundial, Canadá y Estados Unidos han trabajado juntos para garantizar la defensa de América

del Norte (Trager y Kronenberg, 2009). El tratado bilateral de defensa más importante entre Estados Unidos y Canadá es el Mando Norteamericano de Defensa Aeroespacial (NORAD por sus siglas en inglés). Este, fue establecido en 1958 por ambos países para monitorear y defender su espacio aéreo y es comandado de manera conjunta por fuerzas canadienses y estadounidenses.

Los atentados del 11 de septiembre causaron un cambio en la organización del NORAD, en el que este fue incorporado al Comando Norte de los Estados Unidos (USNORTHCOM por sus siglas en inglés). El objetivo del Comando Norte es disuadir, prevenir y enfrentar las amenazas dirigidas contra Estados Unidos, sus territorios e intereses. Esto incluye el espacio aéreo, sus bienes marítimos y terrestres además del territorio continental de Estados Unidos, Alaska, Canadá, México y las aguas que se extienden a 500 millas náuticas, tales como el Golfo de México. El rol de Canadá dentro de NORTHCOM consiste en la defensa del espacio aéreo estipulado en NORAD. Es importante remarcar que el NORTHCOM no es considerado como una amenaza para la soberanía canadiense, es visto como un mecanismo de cooperación militar entre los dos países. En ese sentido los canadienses y los

norteamericanos consideran su seguridad nacional como integrada.

Canadá y Estados Unidos también han implementado el Integrated Border Enforcement Teams (IBETs), el cual funciona en 23 puntos a lo largo de la frontera Canadá-Estados Unidos. Este programa binacional está compuesto por equipos de aplicación de la ley de múltiples agencias que se centran en actividades delictivas transfronterizas. El programa, permite el intercambio de información y el trabajo en operaciones conjuntas de cinco agencias de seguridad con las autoridades locales, estatales y provinciales. Estas agencias cooperan en asuntos de seguridad nacional, crimen organizado y otros delitos cometidos a lo largo de la frontera Estados Unidos-Canadá. Las agencias involucradas en IBETs incluyen a la Policía Montada de Canadá RMCP (por sus siglas en inglés), la Agencia de Servicios Fronterizos de Canadá (ADFC), Oficina de Aduanas y Protección Fronteriza de los Estados Unidos, Servicio de Inmigración y Control de Aduanas de los Estados Unidos y la Guardia Costera de Estados Unidos. Estos equipos son operativos tácticos, lo que significa que participan en operaciones conjuntas fronterizas y están preautorizados para cruzar la frontera entre ambos países para facilitar el trabajo y la cooperación.

De igual manera, Canadá ha posicionado cuatro Integrated National Security Enforcement Teams (INSETs) en las zonas urbanas de Toronto, Montreal, Vancouver y Ottawa. Los INSETs incrementan la capacidad de Canadá para recolectar, compartir y analizar la información reunida por diversas agencias canadienses entre las cuales se cuentan la RMCP, el Servicio de Inteligencia y de Canadá (CSIS por sus siglas en inglés), el Departamento de Ciudadanía e Inmigración de Canadá y otras autoridades locales (Chesterman, 2006).

Al contrario de Canadá, quien se ha mantenido consistente en su comportamiento hacia Estados Unidos, la historia de la seguridad bilateral entre Estados Unidos y México puede ser vista como conflictiva, y su política exterior como inconexa y mal articulada (Brown, 1983). Existía una gran falta de comunicación e intercambio de información entre ambos países (Banisar, 2006), en la que:

Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley se encontraban de manera frecuente en situaciones frustrantes, incapaces de lidiar con la ineficiencia y corrupción que caracterizaba a los oficiales mexicanos, mientras que estos resentían el unilateralismo estadounidense y no contaban con el conocimiento técnico para fomentar el desarrollo de mecanismos de cooperación más profundos (Shirk, 2002).

Esto resultó en una falta de confianza en materia de seguridad por parte de las autoridades de ambos países en el enfoque de la cooperación binacional y en reducir malentendidos en lugar de coordinar operaciones conjuntas.

Washington, ante la situación descrita, llegó a la conclusión de que México no sería un buen aliado en la “guerra contra el terrorismo”. Sin embargo, esta situación comenzó a cambiar con el giro en las prioridades que se dieron durante el gobierno de Calderón, en el cual, se le dio mayor importancia al tema del combate contra los cárteles de narcotráfico sobre el tema de la migración. De manera evidente, este cambio requirió de la transformación de la política interna y externa. Domésticamente, Calderón priorizó la seguridad pública y la legalidad, por lo cual abrió las puertas al acercamiento con Estados Unidos, coordinando las fuerzas militares y operativos policiales entre ambos países para recuperar el territorio tomado por el crimen organizado, particularmente en el norte del país (Agüero, 1995).

La seguridad en Norteamérica ha, y parece que continuará funcionando sobre este mecanismo doble. Canadá y Estados Unidos continuarán desarrollando su larga relación bilateral en seguridad, la cual comienza en Norteamérica pero se

extiende a otras partes del mundo, como Afganistán. Mientras tanto y de manera simultánea, México y Estados Unidos empezarán a trabajar de manera más cercana en temas de seguridad como se vio con la Iniciativa Mérida.

V. MÁS ALLÁ DE LAS FRONTERAS

Con la terminación del ASPAN, Canadá y Estados Unidos firmaron en 2011 el plan de acción “Más Allá de la Frontera”, el cual reiteraba y reforzaba esencialmente el Acuerdo de Fronteras Inteligentes de 2001. Además, el plan tenía la intención de reemplazar a la Alianza de 2005. Había una diferencia clara entre el Acuerdo Más Allá de la Frontera y el ASPAN: México había sido excluido del proceso. Al firmar el acuerdo, Canadá consiguió finalmente lo que había anhelado por 20 años cuando firmó el TLC y el TLCAN: un acuerdo de comercio bilateral con Estados Unidos, institucionalizado por un tratado y garantizado por una implementación de tecnología inteligente en la frontera y otros mecanismos de seguridad diseñados únicamente para asegurar el flujo libre de bienes entre los dos países, excluyendo expresamente a México (Fisher, 1993). La idea de mayor cooperación y el

establecimiento del perímetro de seguridad de manera trilateral que había sido originalmente planteado por México, fue convertida en un acuerdo bilateral que, aunque mantuvo el trasfondo original y logró la profundización de la relación entre Canadá y Estados Unidos, acabó con el sueño de una Norteamérica unida (Dogan, M. y Kazancigil, 1994).

La intención de este acuerdo es lograr el trabajo conjunto para hacer frente a las amenazas dentro y fuera de las fronteras que comparthen los países norteamericanos y agilizar tanto el intercambio comercial como los viajes turísticos. El Plan de Acción representa compromisos significativos por parte de ambos países, buscando hacerlos más seguros y económicamente competitivos. Se basa en el respeto mutuo de la soberanía, confianza y la similitud operacional entre ambos. El acuerdo se enfoca en cinco áreas clave de cooperación: el frente común a las amenazas tempranas, la facilitación del comercio, crecimiento económico y empleo, los Equipos Bilaterales de Vigilancia Fronteriza y por último la infraestructura como redes eléctricas y seguridad cibernética (como ataques por parte de individuos o países enemigos en sistemas computacionales de red). Adicionalmente se creó el Consejo de Cooperación regulatoria de Canadá-Estados

Unidos, el cual tiene como objetivo lograr alinear los enfoques legislativos para proteger la salud, la seguridad y el medio ambiente mientras apoya el crecimiento, la inversión, innovación y la apertura de los mercados (Humphreys y Sperling, 2007).

Este tratado demuestra la interoperabilidad de las fuerzas canadienses y americanas, la cual surgió durante la Segunda Guerra Mundial con la creación de la Brigada del Diablo, mundialmente reconocido como el primer cuerpo de fuerzas especiales, conformado por soldados canadienses y americanos. A partir de este punto la interoperabilidad militar entre ambos países se ha perfeccionado hasta llegar a los programas tan complejos como *Shiprider*, el cual logró la unificación de las guardias costeras canadienses y americanas en los Grandes Lagos. El programa permite que haya presencia de la guardia costera canadiense en una nave norteamericana y viceversa. Por ende ambos países se encuentran preautorizados para cruzar la frontera marítima.

Las mejoras en la cooperación entre Canadá y Estados Unidos, derivadas de este plan, han sido variadas. En el periodo 2012-2013, Más Allá de la Frontera logró diversos objetivos tales como el lanzamiento de un plan de acción conjunta en ciberseguridad; la reducción de los costos de transacción

para la industria; el lanzamiento del primer Plan de Inversiones e Infraestructura Fronteriza, cuyo objetivo es asegurar una mutua comprensión sobre presupuesto y proyectos en curso o proyectados para mejorar la cooperación.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

La discusión presentada sugiere que no existe razón inherente para que los tres socios cooperen de manera más acentuada, especialmente en el ámbito de seguridad. El perímetro en Norteamérica parecía posible cuando existía un mínimo de interés común en la seguridad, en otras palabras, en los meses inmediatos al 11 de septiembre. Los años transcurridos desde los ataques han mostrado que este se ha disipado. Algunos observadores como Robert Pastor, lamentaron este hecho, argumentando que los tres países norteamericanos perdieron una oportunidad única para convertir el TLC en algo más que un mero tratado comercial.

Mientras los canadienses y los estadounidenses buscan estrategias para incrementar su cooperación, no se puede decir lo mismo en el caso de México y EUA. La relación entre Canadá y Estados Unidos se ha institucionalizado a tal punto que es muy difícil que los cambios en sus

gobiernos modifiquen la dinámica de interacción. Mientras que en el caso de la relación México-Estados Unidos, todavía —como hemos visto últimamente— se encuentra susceptible a las tendencias políticas. En otras palabras, en la relación Canadá-Estados Unidos, se dedican más a la política pública que a la Política, mientras que en el caso de México-Estados Unidos en muchas ocasiones la Política impacta la política pública. Una posible explicación para esta diferencia es que los últimos gobiernos mexicanos han manejado un enfoque muy diferente al de los canadienses y norteamericanos. Mientras Canadá y Estados Unidos prefieren seccionar su agenda, manteniendo separados los diferentes problemas sin permitir por ejemplo, que conflictos económicos se empalmen con los de seguridad, los mexicanos continúan buscando “la enchilada completa”, es decir, combinar todos los ámbitos en uno solo, lo cual, desde la perspectiva de Canadá y EUA, solo entorpece el trabajo. De ligar el futuro del TLC a cooperación en materia de seguridad con Estados Unidos, el gobierno de Peña Nieto ha hecho exactamente lo que no debería hacer.

Además, los intereses de los países norteamericanos no tienen muchos puntos de tangencia, sino al contrario. Particularmente en la

relación de México y Canadá, las prioridades en seguridad de sus respectivas agendas son poco compatibles. Mientras México se centra en sus problemas internos relacionados con el crimen organizado, Canadá prioriza los temas de cooperación con sus aliados y el “internacionalismo”, siendo los principales objetivos de esa política evitar una guerra entre estados e inestabilidad en el sistema internacional (Nossal, 1997). Debido a esto, es poco probable que la cooperación en seguridad en Norteamérica evolucione más allá del *status quo* actual. La ausencia de intereses comunes en seguridad y su estado de competidores por el mercado americano ha ocasionado que la relación entre ambos países se limite a lo económico y se desarrolle en una tensa cordialidad.

Para hacer las cosas aún peores, en la actualidad el panorama en términos de cooperación parece ser poco optimista. Donald Trump, con su plan de inmigración presentado desde su campaña electoral, ha enfatizado la construcción de un muro entre Estados Unidos y México para mantener alejados a los cárteles criminales, la migración y todas las amenazas que representa México para él. Atacar las políticas de Barack Obama y Hillary Clinton sobre migración y prometer hacer a EUA “magnífico de nuevo”, son cuestiones que no deben pasar

desapercibidas. La forma en la que Trump presenta este plan, expone la visión que tiene de México como una amenaza a la seguridad nacional de EUA.

Cabe recalcar que durante la campaña electoral, Trump atacó bastante a México y muy poco a Canadá. En algunos momentos durante su campaña, mencionó que Canadá representaba una amenaza terrorista por sus laxas leyes migratorias. Sin embargo, Trump no pudo movilizar efectivamente a la opinión pública norteamericana en contra de Canadá y decidió dejar este discurso. Lo antes mencionado es un claro ejemplo de que tan difícil es para un presidente norteamericano politizar la relación con Canadá. En cambio, debido a la poca cooperación con México en el tema fronterizo, sus ataques enfocados hacia la frontera sur y México funcionaron electoralmente.

De la misma manera, el gobierno canadiense, aún con el nuevo primer ministro Justin Trudeau, quien prometió durante su campaña mejorar las relaciones con México, ha mostrado la tendencia histórica de Canadá a distanciarse de México cuando le parece más conveniente. Un ejemplo evidente se presenta en el contexto de las renegociaciones del TLCAN, en las que se manifiesta su postura de seguir con un acuerdo de comercio trilateral siempre y

cuando México no represente algún tipo de obstrucción. En este caso el gobierno canadiense está más que dispuesto a firmar un acuerdo bilateral con Estados Unidos, acción similar que se llevó a cabo con el acuerdo Más Allá de las Fronteras.

El gobierno de Peña Nieto ha dicho que ante el fracaso del TLC, México tiene otras opciones comerciales como Europa, América Latina y Asia. Sin embargo, este intento de diversificar la economía está destinada a fracasar.

En primer lugar América Latina no tiene un mercado suficientemente grande para absorber las exportaciones mexicanas. Además, México y las economías más grandes de América Latina como Brasil, son competidores. Y a pesar del hecho que existe la percepción de que América Latina es una región hermana de México, la realidad es muy diferente. Políticamente México y América Latina han tenido una larga historia de diferencias particularmente desde el fin de la Segunda Guerra Mundial.

Del mismo modo, China también es un competidor de México en materia económica. Y conforme se ha desarrollado la relación, el déficit económico mexicano ha crecido. Si esta relación continua creciendo, no hay razón para esperar que milagrosamente México convierta su déficit en superávit. Finalmente es

de conocimiento común que China manipula su moneda.

Europa, por otro lado, está atravesando por una fuerte crisis. El *Brexit* y la existencia de euroescepticismo en otros países como Francia, Italia, etc., es una muestra de lo que podría ser el principio del fin de la Unión Europea. Es demasiado riesgoso para México colocar a Europa como un actor prioritario en su nueva agenda de comercio internacional. Además, a pesar del hecho que México sí tiene un acuerdo de libre comercio con los europeos, no ha generado lo esperado. Simple y sencillamente es más fácil que los europeos pongan atención a un vecino menos desarrollado como Polonia que México. Por la ubicación geográfica, México no ve a la EUA como su mercado ni la EUA ve a México como el suyo. Al revisar las alternativas de cooperación que tiene México, todo lleva a la conclusión de que lejos de voltear a buscar alternativas, debemos cooperar y fortalecer nuestra relación con los vecinos del norte.

Una gran oportunidad de México para mostrar su disposición a cooperar y fortalecer su relación con EUA y Canadá es precisamente el proceso de renegociación del TLCAN, en el que a pesar de las promesas de Donald Trump por retirar a Estados Unidos del TLCAN, se ha reconocido la necesidad por

parte de los tres países miembros de renovar el tratado, reflejando de manera clara las nuevas necesidades de una economía moderna.

Durante las tres primeras rondas de negociación, quedó claro que los objetivos de México, Estados Unidos y Canadá eran muy distintos. La primera ronda fue la que más resaltó las grandes diferencias que tenían los tres países. México, siendo el país que más podría perder en caso de cancelarse la negociación, hizo esfuerzos activos al formular un plan secundario en caso de que este fallara.

La cuarta ronda fue más controvertida todavía, ya que Estados Unidos introdujo dos cláusulas: la primera pidiendo un incremento exponencial de las reglas de origen y la segunda, la famosa “*Sunset Clause*” que establece la eliminación del TLCAN si no se acepta su re-negociación cada cinco años. Uno de los problemas que se vivieron fue cuando Robert Lighthizer, representante de la Oficina de Comercio Internacional de los Estados Unidos, comentó que estaba sorprendido y decepcionado por la resistencia de cambio de México y Canadá ante las propuestas estadounidenses antes mencionadas. Sin embargo, a pesar de la molestia del gobierno, muchas empresas estadounidenses ejercieron presión para mantener vivo el TLCAN y la quinta ronda se

dio de una manera mucho más ágil sin la presencia de los representantes de los Estados.

De la sexta ronda en adelante, los equipos técnicos de los tres países permanecieron en negociaciones permanentes. Se llegó a pensar que el TLCAN estaría listo para la Cumbre de las Américas, a mediados de abril, pero no fue así. Las discusiones han continuado y se espera que el tratado quede listo en este mes de mayo. Durante estas últimas semanas se ha visto un endurecimiento del tono por parte de Estados Unidos (aranceles al acero en caso de no firmar, envío de la guardia nacional a la frontera, etc.), pero también se ha visto que estas amenazas nunca llegan a ser significativas. Uno de los temas más difíciles en estos días ha sido el sector automotriz, por la postura inflexible de Estados Unidos. No es motivo de sorpresa, pues se sabe que Donald Trump tiene esa peculiar forma de negociar: trata de intimidar y asustar a la contraparte y después se flexibiliza.

Podría decirse que el esquema de negociación en este momento ya no es a través de las rondas, sino continuo. Este nuevo sistema responde al interés de Estados Unidos en darle prisa a los acuerdos para poderlos llevar a votación en el Congreso. El problema para el gobierno estadounidense es que en caso de que

el TLCAN no quede listo, serían nuevos congresistas quienes voten la aprobación del proyecto. Esta urgencia puede ser aprovechada por México para obtener beneficios en la negociación.

Las diferentes rondas sugieren que México debe ser cautelosamente optimista, ya que la renegociación del TLC se llevará a cabo con éxito e incluirá la participación de los tres países en esta. En efecto, Estados Unidos no ha mostrado la misma consistencia en el proceso de renegociación que Canadá y México. Semejante inestabilidad se debe principalmente a la circunscripción electoral de Trump, ya que el presidente debe proyectar un cierto discurso hacia los votantes que lo apoyaron, aunque este llegue a ser impulsivo y en algunos aspectos radical. Sin embargo, los intereses económicos del país lo devuelven a la realidad. Al final, las necesidades económicas de los Estados Unidos superarán sus comentarios y actitudes intransigentes y extremistas.

En el ámbito de seguridad, también será posible apreciar la cooperación entre ambos países, especialmente con la nueva dirección que los gobiernos de México y Estados Unidos han decidido darle a la Iniciativa Mérida. Este nuevo enfoque incluye programas en los que se busca la cooperación de la sociedad civil, así como la restauración

de la confianza entre los ciudadanos y el gobierno la cual se ha perdido debido a la guerra contra el narcotráfico.

Dentro de la Iniciativa Mérida, el gobierno de Estados Unidos ha desempeñado un papel fundamental en la creación de programas anticorrupción que incluyen la investigación de policías, el establecimiento de puestos ciudadanos para informar a las víctimas cuáles son sus derechos y la creación de unidades de asuntos internos dentro de las fuerzas policiales. De igual manera, a través de la Iniciativa Mérida, ha apoyado la pronta implementación de las reformas judiciales promulgadas por el gobierno mexicano, las cuales son vitales para cumplir con los objetivos planteados. Si estas se implementan correctamente, México pasará de un proceso inquisitorial a puerta cerrada, basado en argumentos escritos presentados a un juez, a un sistema acusatorio con argumentos orales y presunción de inocencia.

Ambas administraciones han buscado fortalecer el compromiso que existe entre los gobiernos y la sociedad civil para promover el Estado de Derecho y construir comunidades fuertes con mayor conocimiento y respeto por los derechos humanos. Asimismo, han buscado crear cohesión dentro de las comunidades para atender las

necesidades de los segmentos más vulnerables de la sociedad. No obstante, algunos elementos que faltan en esta reforma son la preparación de la policía para realizar investigaciones serias, así como la capacitación a empleados del sistema judicial como jueces, defensores públicos y fiscales, con el fin de mejorar y recuperar la confianza en el sistema judicial.

A pesar de que el gobierno de Peña Nieto le ha dado poca importancia al tema, la Iniciativa Mérida continúa avanzando. Incluso, el presupuesto autorizado por el Congreso para la nueva Iniciativa Mérida en 2017 superó lo que pidió el ejecutivo. Deare (2017) argumenta que a pesar de que la IM no capta la atención pública como lo hizo durante la administración de Calderón, por debajo del radar, la relación de defensa y cooperación entre Estados Unidos y México sigue siendo muy fuerte por una razón muy importante, por lo menos en cuanto a cooperación militar.

A nivel del ejército mexicano, la Secretaría de Defensa y la Secretaría de Marina, valoran el tipo de cooperación que ha tenido lugar en los últimos 10 años. Durante los seis años de Calderón y lo que ha sido hasta ahora el período presidencial de Peña Nieto, es posible decir que ha logrado un impacto positivo en las fuerzas armadas mexicanas. Si

bien, México puede estar en desacuerdo con las políticas de los Estados Unidos, pero debe enfrentar el hecho que su ejército es el mejor entrenado del mundo y cuenta con excelentes programas de capacitación. Es evidente que las fuerzas armadas mexicanas han visto la mejora en calidad y lo valoran. Es un ejército mucho mejor entrenado de lo que era hace 10 años.

México y Estados Unidos están en el inicio de un genuino grado de confianza mutua. Y poco a poco esta confianza está facilitando la institucionalización de la relación. Todavía no hemos llegado al punto en el que el nivel de institucionalización supera discursos políticos como en el caso de Canadá y Estados Unidos, pero es notable que a pesar de lo que ha dicho Trump, él no ha amenazado en parar de cooperar con México en materia de seguridad. Sería prudente que México tampoco ponga en riesgo el inicio de una relación más madura y por ende más productiva en la agenda bilateral de seguridad. Es la única manera en la que seremos capaces de ir más allá de políticas influenciadas y diseñadas para la opinión pública. Ultimadamente, si México y los Estados Unidos son capaces de lograr esto, Canadá comenzará a ver a México como un verdadero compañero en la

agenda económica y de seguridad de América del Norte.

VII. FUENTES DE CONSULTA

- Agüero, F. (1995). *Militares, civiles y democracia*. Madrid: Alianza Editorial.
- Armijo, N., ed. (2011). *Migración y Seguridad: Nuevo desafío en México*. México: Colectivo de Análisis de la Seguridad con Democracia A.C. (CASEDE).
- Ayoob, M. (1995). *The THIRD World Security Predicament: State Making, Regional Conflict, and the International System*. Colorado: Lynne Rienner Publishers.
- Bac, M. (April 2001). "Corruption connections and transparency: Does a better screen imply a better scene?" *Public Choice*. Vol. 107. No.1/2.
- Banisar, D. (2006). "Freedom of Information around the World 2006". *Privacy International*. En http://www.freedominfo.org/documents/global_survey2006.pdf
- Boucher, A. J. (2009). "Threat Assessments and Reviews: A Note on Current Practice". *Pragmatic Steps for Global Security* STIMSON. En http://www.stimson.org/images/uploads/research-pdfs/Stimson_Threat_Assessment_and_Review_Note_FINAL_12dec09_1.pdf
- Brown, L. (1977). "Redefining National Security". *Worldwatch Paper*. Num. 14. Washington, D.C.: Worldwatch Institute.
- Brown, H. (1983). *Thinking about National Security: Defense and Foreign Policy in a Dangerous World*. Colorado EUA: Westview Press.
- Buzan, B. Waever, O. y De Wilde, J. (1998). *Security: A New Framework for Analysis*. Boulder, Colorado: Lynne Rienner.
- Chesterman, S. (2006). "Shared secrets: Intelligence and collective security". *Lowy Institute Paper 10*. Sidney: Lowy Institute for International Policy.
- Deare, C. (2017). *A Tale of Two Eagles: The US-Mexico Bilateral Defense Relationship Post Cold War*. USA: Lanham: Rowman and Littlefield.
- Dogan, M. y Kazancigil, A., eds. (1994). *Comparing Nations. Concepts, Strategies, Substance*. Oxford, UK and Cambridge, USA: Blackwell.
- Fischer, D. (1993). *Non-Military Aspects of Security: A Systems Approach*. Aldershot: United Nations Institute for Disarmament Research Publications.
- Humphreys, C. R. y Sperling, A. V. (2007). "The Evolution of National Security in the United States: A comparative Framing Approach". *Paper presented at the annual meeting of the International Studies Association 48th Annual Con-*

vention. Chicago, IL. En http://www.allacademic.com/meta/p178637_index.html

“Mexico would support shift to security perimeter with U.S. and Canada”. (2 de febrero, 2002). *The Canadian Press*. En www.cp.org/english/hp.htm.

Nossal, K. R. (1997). *The Politics of Canadian Foreign Policy*. Prentice Hall: Scarborough.

Patman, R.G., ed. (2006). *Globalization and Conflict: National Security in a 'New' Strategic Era*. New York: Routledge.

Shirk, D. (2002). *Law Enforcement and Public Security Challenges in the US-Mexican Border Region*.

Treverton, G.F. y Agrell, W., eds. (2009). *National Intelligence Systems: Current Research and Future Prospects*. New York: Cambridge University Press.

FAKE NEWS:
IMPLICACIONES
JURÍDICAS,
DERECHOS HUMANOS
Y ACCESO A LA JUSTICIA

○ Ulrich Richter*

* Abogado litigante. Maestro en Ciencias Penales.

PALABRAS CLAVE

KEYWORDS

○ **Acceso a la justicia**

Justice access

○ **Derechos humanos**

Human rights

○ **Empresa trasnacional**

Transnational incorporated

○ **Google Inc.**

Google Inc.

○ **Noticias falsas**

Fake news

Resumen. Ulrich Richter es conocido en México por ser un litigante de alto perfil que se dedica a litigios estratégicos dentro de los que se puede mencionar la demanda a Google Inc. por daño moral, lo cual estableció un precedente trascendental: cualquier persona puede demandar a una empresa trasnacional en México y acceder a la justicia.

En este artículo además de relatar el proceso jurídico que culminó en el sometimiento de Google Inc., a los tribunales mexicanos, atiende a uno de los debates más importantes de la actualidad: la confrontación entre el derecho a la libertad de expresión en contraposición con las *fake news* y la descalificación del ser humano. Así como también la llegada de la nueva era de la desinformación.

Abstract. Ulrich Richter is known in Mexico for being a high profile litigant who is dedicated to strategic litigation for instance, the demand to Google Inc., for moral damages, which established a transcendental precedent that any person can sue a transnational company in Mexico and access to justice.

In this article, in addition to reporting the legal process that culminated in the submission of Google Inc. to the Mexican courts, it will be addressed one of the most important debates of today: the confrontation between the right to freedom of expression in opposition to the fake news and the disqualification of the human being. As well as the arrival of the new era of misinformation.

SUMARIO:

I. Introducción. II. Antecedentes: un caso de difamación. III. Los derechos fundamentales de acceso a la justicia y la dignidad humana. IV. Conclusión. V. Fuentes de consulta.

I. INTRODUCCIÓN

¿Quieres saber de ti? Búscate en Google.

Uno de los temas que ha generado gran controversia en la actualidad, es la ponderación de los derechos a la libertad de expresión y el derecho a la dignidad humana en franca confrontación con la desinformación. Las llamadas *fake news* —difundidas a través de medios masivos de comunicación con el internet— que transforman percepciones de distintas personas a través de mentiras que pueden dañar de manera directa los derechos de una persona o influir en movimientos sociales, de ahí que surjan interrogantes como: ¿debe existir responsabilidad en el manejo y uso de información? ¿Cuáles son los límites de la libertad de expresión ante las *fake news*? ¿Cómo regular la información falsa que se encuentra presente en una plataforma transnacional y que desafía los límites de las fronteras y la soberanía de un

país? ¿Cómo tratar jurídicamente las *fake news*?

A través de un estudio de caso, el presente artículo busca responder a estas preguntas en las que se contraponen el derecho a la información con la era de la desinformación.

Es importante referir que este texto es resultado de una conferencia impartida en el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), en la cual se realizó la exposición de un juicio interpuesto contra Google Inc., por daño moral en relación con *fake news*.

A partir del análisis de la demanda y del procedimiento que se siguió contra la empresa, realizo un análisis respecto a la ponderación de los derechos humanos a fin de exponer los criterios del Juez Décimo Primero de Distrito en materia civil en la Ciudad de México Lic. Horacio Nicolás Ruiz Palma. Además, indago en el derecho de acceso a la justicia, los paradigmas actuales de las empresas transnacionales y el alcance del derecho mexicano cuando el sujeto demandando trasciende las fronteras del país.

II. ANTECEDENTES: UN CASO DE DIFAMACIÓN

La historia de la demanda contra Google Incorporated por *fake news* fue resultado de un largo proceso.

Inició alrededor de hace cuatro años y medio cuando tomé un caso *pro bono* en donde asumí la defensa de una joven madre, cuyo ex marido —familiar de un político— buscó la manera de quitarle la guardia y custodia de su hija, a través de una espuria averiguación previa.

El caso de la niña pronto se convirtió en nota periodística. El tema generó controversia en los medios de comunicación, quienes muchas veces se pronunciaron a nuestro favor; pero a medida en que se estableció una andanada de apoyo, paralelamente también inició una campaña de desprestigio contra mi clienta y en mi contra.

Para ese entonces aparecieron cinco *blogs*: en cuatro de ellos aparecía con mi clienta y uno era únicamente sobre mí. En los primeros cuatro se utilizó información personal relacionada con el caso pero apareció deformada o alterada, estableciendo una serie de actos difamatorios que buscaban desprestigiar la imagen de la madre. El quinto *blog* era diferente a los otros cuatro porque contenía una copia alterada de un *blog* ciudadano que debido a su modificación o alteración de los acontecimientos resultaban noticias falsas o eventos inexistentes.

De tal situación se detectó la existencia de una estructura cibernética utilizada para acosar y difamar por encargo político a través de distintas

redes sociales. Fue entonces cuando se sostuvo una reunión con intermediarios, se logró eliminar los cuatro *blogs* donde aparecía con mi clienta. No obstante, el quinto, denominado: “Ulrich Richter Morales y sus *chingaderas* a la patria” no fue eliminado por no estar directamente vinculado con el caso que estaba defendiendo.

A decir verdad, fue a través de mi activismo en redes sociales que me percaté de la existencia de lo que para efectos de este artículo podemos llamar *blog* ilegal, en el cual se pueden advertir diversas noticias falsas y fotografías alteradas. Se destaca la afirmación de que me encuentro investigado por la DEA, al tiempo que aparece la portada de un libro de mi autoría cuyo título fue modificado: de *Manual del Poder ciudadano* a *Cómo lavar dinero*.

Como abogado litigante y cualquier persona que presta servicios profesionales, la información que ahí se presentó dañaba mi imagen pública y mi actividad profesional legítima. Se observó que en este *blog* se utilizaban —sin mi consentimiento— datos de mis redes sociales (fotografías, mensajes, imágenes) con el objetivo de modificarlas y construir información falsa que era presentada como verdadera, dañando mi reputación y atentando contra mis derechos fundamentales.

Fue por tales motivos que tomé la iniciativa de presentar una denuncia de hechos ante el Ministerio Público del fuero común. Acusé al autor del *blog* por el delito de usurpación de identidad y se solicitó a la policía cibernética que buscara la dirección de IP a fin de conocer el origen de la página.

Tras la denuncia penal, y en el marco de la investigación, el Ministerio Público citado solicitó la comparecencia de Google Inc., con el objetivo de que la empresa más importante del internet colaborara en la búsqueda y localización del autor del *blog*. Cabe referir que Google, al ser el motor de búsqueda más importante del mundo, cuenta con las herramientas suficientes para localizar el origen y autor de dicha página.

Contrario a lo que pudiera pensarse, el personal de Google Inc., compareció ante el Ministerio Público, lo cual es relevante porque a partir de ese momento, la transnacional tuvo conocimiento de un portal ilegal que se encontraba dentro de su plataforma *blogger* y que violaba las políticas de uso.

Cabe mencionar que Google Inc., cuenta con políticas claras de manejo y distribución de contenido, las cuales visiblemente refieren que la empresa no puede fomentar actividades ilícitas, ni promover contenido relacionado con *spam*, *software*

malicioso y suplantación de identidad; violencia; incitación al odio; contenido terrorista; acoso, intimidación y amenazas; material sexualmente explícito; explotación infantil; información personal y confidencial; actividades ilegales; *streaming* público; infracción de derechos de autor y finalmente, uso y envío de contenido indebido (Google, <https://support.google.com/>).

De acuerdo con lo anterior, en el momento en que la empresa tuvo conocimiento de una investigación delictiva iniciada por suplantación de identidad quedó obligada, de conformidad con sus propias políticas, a eliminar el *blog ilegal* de su plataforma de búsqueda. No obstante lo anterior, Google no colaboró con la investigación en tanto que no aportó información sobre el origen o identidad del autor del *blog ilegal*; y tampoco lo eliminó de su motor de búsqueda. Incluso, hoy en día, es posible encontrarlo en línea.

Fue precisamente en ese momento que inició la lucha contra el gigante del internet; ello de manera independiente a la investigación penal abierta contra el autor material de las noticias falsas en mi contra, por la usurpación de identidad.

En un principio tomé la iniciativa de escribir una carta dirigida a Lino Esteban Cattaruzzi —entonces director de Google México— con el objetivo de solicitar que el

blog ilegal fuera retirado oficialmente del motor de búsqueda. Entregué la solicitud a la empresa y esperé una respuesta que nunca llegó.

La falta de colaboración de Google Inc., tanto en la investigación, como en la eliminación de la información que circulaba en línea, supuso una violación evidente de mis derechos fundamentales, así como una clara contradicción con las propias políticas de información, pues se estaba divulgando a través de un *blog* ilegal una actividad ilícita como lo es el lavado de dinero que violentaba mi ejercicio profesional legítimo a través del uso de *fake news*.

Fue por tales motivos que inicié una demanda de daño moral en contra de Google Inc., precisamente porque la empresa permitió la difusión de información falsa a través de sus motores de búsqueda: las *fake news* contra mi persona, no podrían ser difundidas sin las herramientas de Google, de ahí que la empresa se convirtió en corresponsable del descrédito que tal información falsa pretendió generar y que estaba dentro de sus facultades retirarlo y cesar la acusación del descrédito y daño.

A. SOBRE EL DEMANDADO: GOOGLE INCORPORATED, LA EMPRESA TRANSNACIONAL

La demanda iniciada contra Google Inc., es relevante porque esta se trata de la empresa más importante del internet. Nació en 1997 cuando Lawrence Edward “Larry” Page y Serguéi Brin decidieron presentar un proyecto doctoral en conjunto. Dos años antes, Page había comenzado a estudiar los procesos de selección del motor de búsqueda de *AltaVista* y advirtió que además de la lista de sitios *web*, los resultados presentaban “enlaces” que permitían generar un mayor dinamismo en la red a través de un “clic” que permitía dirigir a la persona a otra página con información (Vise David y Malssed Mark, 2011, p.2)

A partir del análisis de los enlaces, Page desarrolló la siguiente teoría: así como los artículos académicos utilizan citas que remiten al lector a otros libros, de igual manera los enlaces permiten incrementar el acervo de información de la persona que accede al internet, razón por la cual estos deben ser potencializados. A la par, también comenzó a trabajar con un sistema de clasificación de sitios *web*, en donde los enlaces más señalados eran considerados más importantes que otros menos conocidos. De esta forma, tanto Page como Brin comenzaron

a trabajar en la idea del *PageRank*, un algoritmo en el que se le asigna el valor de una página *web* de acuerdo con el número de enlaces que le son otorgados (Vise David y Malsed Mark, 2011, p. 2).

Fue con base en dicho algoritmo que Page y Brin crearon su motor de búsqueda que presentaba aquellas páginas más visitadas en la red. También utilizaron el nombre del número infinito gúgol, (*googolplex* en inglés) como el nombre de la empresa. Ello, atendiendo al infinito de posibilidades que existían en la red y la capacidad que Google tiene para localizar información. El nombre se registró y el motor de búsqueda fue lanzado por primera vez en 1999.

Hoy a 18 años de su nacimiento, Google está en nuestras vidas. Como el oráculo de la antigua Grecia, el motor de búsqueda es la primera opción para responder todas las preguntas. Si tenemos alguna duda, si deseamos saber sobre una persona, si queremos conocer información de cualquier tema, lo primero que hacemos es preguntarle a Google. Toda la información del mundo se encuentra concentrada en el motor de búsqueda, incluso nuestros datos personales.

Por tales motivos, la empresa Google Inc., es considerada uno de los colosos tecnológicos más poderosos. Sus fundadores ocupan

el octavo y el noveno lugar de los hombres más ricos del mundo y, a decir verdad, Page es considerado un prodigio de las matemáticas y pionero de la llamada “inteligencia artificial”.

Una vez referidos los antecedentes generales del gigante tecnológico de Google, he aquí algunas interrogantes: ¿Cómo iniciar una demanda contra una empresa tan poderosa, cuyas oficinas centrales se encuentra en Estados Unidos de América? ¿Cómo argumentar que la información que se presenta en la *web* —en Google— es falsa cuando la gran mayoría de las personas en el mundo la consideran verdadera? ¿Cómo exigir que una página de internet sea bloqueada o eliminada de un motor de búsqueda en clara confrontación con el derecho de libertad de expresión? En este último respecto: ¿Cuáles son los límites del derecho a la libertad de expresión ante la *fake news*? Y finalmente ¿Cómo regular la red y exigir justicia?

B. LA DEMANDA CONTRA GOOGLE INCORPORATED

Hacia el inicio del procedimiento civil por daño moral, se tomó la decisión de presentar la demanda contra:

1. Google Inc. quien era el responsable del motor de búsqueda;
2. Google México quien recibió la carta en la que solicitó bajar el *blog* ilegal de la *web*, y
3. Lino Esteban Cataruzzi, entonces director de la empresa en México.

La razón por la cual se tomó la decisión de contar con tres demandados se centró en la lógica de satisfacer la regla procesal contenida en el artículo 156, fracción IV segundo párrafo del Código de Procedimientos Civiles de la Ciudad de México, que a la letra refiere:

Artículo 156.- Es Juez competente:

...

IV....

Cuando sean varios los demandados y tuvieran diversos domicilios, será competente el juez que se encuentre en turno del domicilio que escoja el actor;

La regla general en materia de competencia, establece que el juicio se llevará en el domicilio de la persona demanda. No obstante, la regla específica del artículo 156 refiere que, si se trata de tres demandados distintos con direcciones diferentes, entonces será el actor quien determinará el turno del domicilio.

Admitida la demanda se procedió a emplazar a Google Inc.,

Google México y a Cataruzzi como las tres personas demandadas. De las contestaciones de demanda, se destaca aquella que se recibió de Google México., donde el apoderado exhibió un documento consistente en una declaración jurada en la que Matthew S. Sucherman, secretario suplente de la empresa Google Inc, señala que no podía someterse a las leyes mexicanas porque la trasnacional no contaba con domicilio en el país. Señalándose a la letra en dicha prueba, de manera específica en el punto 7 que: "...no cuenta con, ni constituye una sucursal, agencia u oficina de representación o un establecimiento en los Estados Unidos Mexicanos".

Lo anterior se trata de una estrategia sistemática que impide la interposición en el extranjero de demandas contra la empresa. En este respecto Google Inc., alegó la excepción de incompetencia según ellos porque los tribunales mexicanos no podían juzgar a una empresa estadounidense que, de acuerdo con su respuesta, "... no cuenta con sucursal, agencia u oficina de representación o un establecimiento..." en México. También se advirtió que el asunto debía resolverse en los tribunales norteamericanos en tanto a que Google se sujetaba a la legislación norteamericana y no mexicana.

Ante la respuesta de la parte demandada, se acudió con un notario público a las oficinas de Google México, ubicadas en Montes Urales 445, Lomas de Chapultepec y se realizó una fe de hechos a fin de acreditar que la empresa trasnacional contaba con oficinas en la Ciudad de México. Además, se advirtió que la trasnacional sí realizaba operaciones en México porque participaba con distintas licitaciones ganadas y contratos firmados con instancias gubernamentales. De hecho, si se utiliza el portal de transparencia del INAI, es posible encontrar alrededor de 255 contratos públicos que la empresa Google Inc., ha firmado con el gobierno mexicano. Si Google Inc. no existe en el país y no realiza operaciones en México, ¿cómo puede celebrar contratos públicos?

Fue de esta forma que el primero de abril de 2016, la Octava Sala de lo Civil de la Ciudad de México declaró improcedente la excepción de incompetencia opuesta por Google Inc. y resolvió que la competencia del juez mexicano era procedente.

De dicha resolución se destaca que el juez resolvió que la negativa de contar con oficinas en México era insuficiente para declarar incompetencia:

Es insuficiente para estimar que por esa sola razón sea incompetente el *A quo*, pues los hechos de que se duele la parte

actora tienen efectos sobre las personas que la conforman, mismos que tienen domicilio en México. (Sala Octava de lo Civil, expediente 907/2015).

De igual forma, también se expuso que:

Por otra parte, lo expuesto por la excepciónista en el sentido de que no tiene en los Estados Unidos Mexicanos sucursal, agencia, enlace u oficina de representación, y sólo acredita ser socia de Google México S. de R. L, tampoco es suficiente para arribar a las consideraciones de darle la razón, porque como se acredita en constancia de autos y ha quedado destacado, la ahora excepcionante fue emplazada a juicio en el domicilio ubicado en esta Ciudad" (Sala Octava de lo Civil, expediente 907/2015).

Debido a que la Sala Octava de lo Civil se declaró competente para conocer del caso, la empresa trasnacional promovió un amparo directo ante el Juzgado Décimo Primero de Distrito en Materia Civil. En dicho documento, Google Inc., refirió que se le violentaron los derechos contenidos en los artículos 14, 16 y 17 de la Constitución, así como el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en relación con las garantías judiciales.

Después de un análisis del caso, el Juez de Distrito citado advirtió que a la empresa trasnacional no se le habían violado sus garantías judiciales en tanto a que sí podía ser

juzgado en México. Esto porque contaba con oficinas y operaciones en el país, además que los actos violatorios de derechos humanos que reclamaba, habían ocurrido en México. Es decir, ratificó la decisión de la Sala Octava de lo Civil.

La sentencia del Juez de Distrito resolvió lo siguiente:

Resolutivos

Primero. La Justicia de la Unión no ampara ni protege a Google Inc. en contra de los actos que reclamó a las autoridades que quedaron precisadas en el resultado primero por los motivos presentados en el considerando (Juzgado Décimo de Distrito Juicio de Amparo 422/2016).

Además de señalar que la empresa trasnacional sí puede ser sometida a la justicia mexicana, el juez advirtió la importancia de establecer una ponderación de los derechos fundamentales violentados en internet:

"...Así, cuando se plantea la afectación de derechos como el honor y la reputación por la divulgación en internet de datos o información de una persona que se aducen como falsos, si bien tal extremo no se encuentra regulado entre los supuestos que rigen la competencia de las autoridades jurisdiccionales, lo cierto es que es jurídicamente factible que los juzgadores mexicanos conozcan del asunto.

Lo anterior, pues como se dijo, los derechos al honor y a la propia imagen constituyen derechos humanos consagrados en el actual marco constitucional, cuya

debida protección incluye el análisis de la divulgación de la información contenida en internet y las consecuencias que tal situación provoca, de acuerdo a la ponderación de las pruebas allegadas y las circunstancias especiales presentadas en cada caso, para lo cual las autoridades jurisdiccionales están autorizadas para realizar una interpretación de la norma más amplia o extensiva, en los términos antes expuestos - de conformidad con los numerales 1 y 133 constitucionales..."

Esta sentencia fue trascendente, no solo porque acreditó la competencia de los tribunales mexicanos a través de la regla específica contenida en el artículo 156 del Código de Procedimientos Civiles, sino que además planteó la importancia de realizar un análisis de los derechos fundamentales evocados por mí, como actor de la demanda por daño moral.

En este sentido, se aludió a mi derecho de acceso a la justicia y mi facultad para ir ante un juez mexicano a pedir justicia; a la par, se advirtió que el fondo del asunto se funda en un ataque a mi persona que engloba el derecho fundamental de la dignidad humana.

Por ello, y a la luz de los principios fundamentales consagrados en el artículo primero de la Constitución, se estableció el importante precedente de que cualquier mexicano puede demandar, no solo a Google, sino también a

Facebook, Twitter y otras empresas que están en internet, cuando estas vulneran los derechos humanos de las personas y que con el pretexto de estar en el extranjero pretenden hacer nugatorio el derecho de acceso a la justicia.

III. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE ACCESO A LA JUSTICIA Y LA DIGNIDAD HUMANA

Una vez referido el caso, es momento de establecer el análisis y marcar las implicaciones que este precedente significa para la justicia, tanto en el marco del derecho internacional privado, como en el debate de los derechos humanos.

A. EL DEBATE DE LOS DERECHOS HUMANOS

Hace más de dos años, cuando se inició la demanda contra la empresa trasnacional, hablar de *fake news* se prestaba en primera observación a una confusión si ello podía atentar contra los derechos consagrados en los artículos 6° y 7° de la Constitución. En ese entonces, veníamos con la inercia de que la libertad de expresión y de información eran intocables: ¿Cómo pedir que se borrara o cambiara una noticia?

La importancia del derecho a la libertad de expresión estriba en que es observado como un elemento fundamental que permite consolidar los regímenes democráticos. Esto porque comprende la posibilidad de buscar, recibir y difundir ideas sin sufrir acciones de persecución política; aun y cuando las ideas se contraponen a los principios ideológicos establecidos por las élites del poder.

En el marco internacional, tales derechos se encuentran previstos en el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 4° de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, artículos 19 y 20 de la Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los artículos 13 y 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En México, la Constitución Política los consagra en los artículos 6° y 7° y a la letra dicen:

Artículo 6° La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el Estado.

Artículo 7° Es inviolable la libertad de difundir opiniones, información e ideas, a través de cualquier medio. No se puede

restringir este derecho por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares, de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios y tecnologías de la información y comunicación encaminados a impedir la transmisión y circulación de ideas y opiniones.

Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni coartar la libertad de difusión, que no tiene más límites que los previstos en el primer párrafo del artículo 6o. de esta Constitución. En ningún caso podrán secuestrarse los bienes utilizados para la difusión de información, opiniones e ideas, como instrumento del delito.

En principio, este derecho comprende dos ejes fundamentales: la posibilidad de exponer libremente las ideas, pero también la facultad libre de buscar, recibir y difundir información de toda índole, a través de la oralidad, distintos medios impresos o electrónicos (Tesis P./J. 25/2007, p. 1520).

Se trata de un derecho conquistado después de una cruenta lucha contra las élites políticas y la censura al periodismo nacional, pues como refiere René Avilés (2007), basta recordar que durante el régimen de López Mateos se documentaron casos de reclusión de periodistas en la cárcel de Lecumberri; con Díaz Ordaz se censuró la información del movimiento estudiantil y la matanza del 68; en el gobierno de

Miguel de la Madrid se desató el asesinato contra periodistas y en el gobierno salinista se censuró el periódico *Excélsior* (p.54).

No fue sino hasta que se consolidó la democracia mexicana que la libertad de expresión comenzó a ejercerse de manera libre, sobre todo, en el marco del periodismo. Fue a partir de los años noventa del siglo pasado que el control de los medios de comunicación se mitigó, lo cual permitió que estos se consolidaran como el denominado cuarto poder.

A ello, se sumó la socialización del internet, la cual permitió la difusión masiva de información sin ningún tipo de censura. A decir verdad, esta herramienta tecnológica se transformó en un elemento fundamental y de “coyuntura por asegurar el pleno goce de los derechos humanos, cuestión que se reconoce cada vez como de mayor importancia por la comunidad internacional” (Rodrigo Galván, 2016, p.40). Esto se debió principalmente a que la red fomentó el flujo de información de manera libre, anónima, masiva y muchas veces irrestricta.

Si bien lo anterior fue trascendental para construir una pluralidad de ideas, lo cierto es que, —por la misma historia de censura en el periodismo— este derecho se consolidó en México sin ningún tipo de límite: prácticamente cualquier

ciudadano puede exponer sin restricción sus ideas, comentarios o tesis bajo el principio de libertad de expresión. Ello, aun y cuando la publicación de tales ideas pueda atentar contra los derechos de otras personas. A decir verdad, el uso irrestricto de este derecho ha traído como consecuencia secundaria, la violación de los derechos de terceros y transgresiones a la vida privada y dignidad individual; incluso, como refiere Rodrigo Galván (2016), el internet se ha convertido en el medio idóneo para replicar la violencia.

Así, la falta de controles en la red, ha fomentado la conformación de nuevos fenómenos delictivos que se han convertido en una auténtica problemática para los distintos Estados. A través de las plataformas disponibles en línea, se ha comenzado a observar el despliegue de distintas modalidades de violencia que atacan a grupos o individuos de manera anónima e inmediata; lo cual genera diversos impactos negativos en las sociedades (Trujano Ruiz, Donantes y Tovilla, 2009).

En el tema que nos ocupa, las *fake news* aparecen como un mecanismo que pretende generar percepciones erróneas de una realidad, ya sea para influir en diversos fenómenos sociales o para afectar la imagen que se tiene de una persona. De acuerdo con Allcott y Gentzkow (2017): “We define “fake news” to

be news articles that are intentionally and verifiably false, and could mislead readers” (p.213).¹

Si bien no es un fenómeno del todo nuevo, lo cierto es que el tema cobró relevancia internacional en el tema de Brexit cuando se descubrió que este tipo de notas facciosas influenciaron de manera determinante en las elecciones presidenciales de los Estados Unidos de América, en 2016.

A manera de ejemplo el sitio *web wtoe5news.com* publicó en julio de 2016, que el Papa Francisco respaldaba la candidatura de Doland Trump a la presidencia. Dicha noticia falsa se compartió un millón de veces en Facebook sin que se estableciera que se trataba de una sátira, por lo cual se generó una percepción generalizada de que el entonces candidato a la presidencia de Estados Unidos contaba con el aval de uno de los líderes religiosos más influyentes y emblemáticos del mundo (Allcott y Gentzkow, 2017, p. 214).

Este tipo de actos también se utilizan con el objetivo de desacreditar la imagen. En mi caso, el sitio *web* denominado “Ulrich Richter y sus chingaderas a la patria” utilizaba mi trabajo legítimo para tergiversar la información y generar una imagen

¹ Nosotros definimos como *fake news* los artículos de noticia que son intencional y verificablemente falsa que y pueden engañar a los lectores.

negativa de mi persona, tanto en el ámbito público, como en mi entorno privado. Se destaca una nota en donde se afirma que era el rey del cabildeo y del lavado de dinero.

El manejo de información falsa, desinforma y manipula a la sociedad, al tiempo que también atenta contra el honor y el buen nombre de las personas. De ahí que en los últimos años se haya generado un intenso debate en torno a la necesidad de regular la “red” y restringir el acceso a la información y la libertad de expresión.

Esto, porque no se trata más del desarrollo de ideas plurales que fomenten el debate público, sino que se conforman como actos de control que pretenden influenciar, a través del ataque a la moral, la vida privada y la dignidad que exceden los límites de la libertad de expresión.

Pero el debate no se encuentra libre de polémicas; la sobreregulación de la red atenta contra el equilibrio de ambos derechos en confrontación, pues con la ponderación del derecho a la dignidad humana se puede correr el riesgo de limitar la expresión de las personas; a la par que bajo el principio de libertad de expresión puede atentar contra la dignidad de la persona.

Es por tales motivos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos refiere algunos parámetros específicos que deben atenderse

al momento de ponderar la supremacía de un derecho sobre otro:

Cuando se trata de Internet, resulta imprescindible evaluar todas las condiciones de legitimidad de las limitaciones del derecho a la libertad de expresión a la luz de estas características propias y especiales [...] Los requisitos esenciales que debe cumplir cualquier restricción del derecho a la libertad de expresión [...] pueden resumirse como (1) consagración legal; (2) búsqueda de una finalidad imperativa; (3) necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida para alcanzar la finalidad perseguida; (4) garantías judiciales; y (5) satisfacción del debido proceso, incluyendo, las notificaciones al usuario. (CIDH, 2013, p.32).

Con la reforma constitucional de 2011, se modificaron de manera trascendental los criterios utilizados por el juzgador; ahora están obligados a atender el principio *pro persona* y utilizar el esquema de mayor protección. Ello, exige ampliar la hermenéutica del orden jurídico de los derechos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales.

De ahí que, desde la interpretación conforme, los juzgadores deben atender en todo momento los derechos humanos y ponderar las violaciones a los mismos. En este respecto, se advirtió que el uso de información falsa utilizada para desacreditar, excede los límites de la libertad de expresión.

De igual forma y cuando se trata de dos derechos en confrontación, el juzgador tiene la obligación de decantarse por el de mayor jerarquía; en este respecto, la dignidad humana supera la libertad de expresión porque hace referencia al trato o respeto que todas las personas merecemos por el hecho de ser seres humanos, atiende al libre desarrollo de la personalidad y se encuentra estrechamente relacionado con el derecho a la libertad y la vida (Martínez Bullé, Goyri, 2013, p.43).

Es así que el criterio general advierte que la vulneración de la dignidad humana por el uso de información falsa es un derecho que se debe proteger. Ahora bien, de acuerdo con los principios de la Corte Interamericana, la ponderación cambia cuando se trata de información verídica y de interés público. Es por ello que el derecho a la libertad de expresión prepondera sobre el de la dignidad humana, toda vez que se privilegia el acceso a la información de interés social. Pero en el caso particular estas ante una *fake news*.

Así, es posible encontrar dos elementos que permiten distinguir la ponderación de los derechos: 1) información verídica *vs* falsa y 2) la finalidad de la información: se pretende denostar a una persona o por el contrario, se presentan datos de interés social, público o político.

A partir de estos elementos centrales, se han generado nuevos paradigmas de acceso a la justicia, en tanto a que, en todo momento, se deben atender a las circunstancias específicas y ponderar los límites de la libertad de expresión en correlación o confrontación con la dignidad humana.

B. EL ACCESO A LA JUSTICIA

El segundo cuestionamiento que se deriva del caso contra Google, Inc. es el derecho de acceso a la justicia, mismo que puede ser observado desde dos vertientes: a la luz de los derechos humanos y a partir de los alcances del derecho mexicano en el marco internacional.

Desde el marco de los derechos humanos y aludiendo al caso aquí presentado, la empresa trasnacional promovió un amparo en el que alegó violación a los artículos 14, 16 y 17 porque un juez mexicano no tenía competencia para someterlo a la justicia mexicana. En este respecto, la sentencia de amparo realizó una ponderación de los derechos y advirtió que: 1) la excepción de incompetencia alegada por la empresa no era procedente y 2) se estableció una ponderación de derechos humanos en la que se determinó que el principio de la dignidad humana

era de mayor jerarquía al establecido por la empresa trasnacional.

En tal respecto, se puede advertir un cambio de paradigma en los procesos de juzgar. Ante todo momento, el juzgador debe atender a la persona y los derechos de las mismas y resolver conforme a la máxima protección. De ahí que la justicia mexicana no amparara a la empresa y haya reconocido competencia nacional para juzgar porque los actos reclamados habían ocurrido en México.

Esta resolución es importante no solo porque sienta un precedente, sino porque establece criterios específicos en torno a los procesos que se siguen contra empresas trasnacionales. Hecho que ha constituido una verdadera problemática en el marco del derecho internacional privado.

Esto es porque la globalización ha provocado un fenómeno que dificulta el buen desarrollo y acceso a la justicia para los ciudadanos de un país, de hecho:

En el marco de "aterritorialidad" e inmaterialidad, las nociones de proximidad física y de comunidad geográfica pierden parte de su sentido, habida cuenta de que para ciertas actividades las fronteras físicas se convierten irrelevantes, lo que se traduce en el cuestionamiento del empleo de la regulación territorial jerárquica producto de la soberanía estatal. (M. Asensio, 2001, p.47).

La socialización del internet, la globalización y el surgimiento de las empresas trasnacionales se conformó bajo un principio que dificultó el derecho de acceso a la justicia cuando los ciudadanos se enfrentaban a gigantes trasnacionales: ¿A quién solicitar justicia?, ¿Quién responde por la vulneración de los derechos cuando una empresa no se sujeta a las normas nacionales?

Esta situación es especialmente problemática en el marco de la regulación del internet porque este se maneja bajo una realidad independiente, en la cual, no se establece un espacio geográfico en específico (Rodríguez Puerto, 2007, p.43). De ahí que en principio, el internet queda fuera de la regulación de los países y también de las personas: ya lo había dicho Mark Zuckerberg en la comparecencia que tuvo ante la Cámara de Representantes: "No pude controlar a mi criatura".

Uno de los grandes fenómenos de las empresas trasnacionales es la llamada crisis de la soberanía; si bien existen tratados internacionales que regulan aspectos comerciales, en el marco de la defensa de los derechos humanos, los Estados cuentan con pocas herramientas para defender a los ciudadanos de los gigantes, de hecho, Ramonet (2007) considera que los países "No tienen medios para enfrentarse al mercado y que los derechos sociales de la

ciudadanía quedan abandonados a la razón competitiva” (Ramonet ctd por Hernández Zubizarreta, 2013, p. 82).

Si atendemos nuevamente el caso de la demanda de Google Inc. se advertirá que la respuesta de la empresa en relación a la excepción de incompetencia, responde al fenómeno transnacional: sí, Google es un motor de búsqueda que tiene presencia en México a través del internet, pero la empresa, físicamente se encuentra en Estados Unidos y, como empresa norteamericana, no puede sujetarse a la jurisdicción nacional. De esta forma, los actos violatorios en los que podría incurrir Google solo pueden ser reclamados en Estados Unidos.

Contrario a la argumentación de la empresa, los resolutiveos del juez de la Sala Octava y del juez Décimo Primero de Distrito, advierten que independientemente del espacio físico en que se encuentra la empresa transnacional:

1. Cuenta con operaciones y licitaciones en el territorio mexicano y,
2. El motor de búsqueda se utilizó para transmitir información falsa en México:

“...Los hechos de los que se duele la parte actora tienen efectos sobre las personas que la confirman, mismos que tienen su domicilio en la Ciudad de México, según se advierte de autos, amén de que se

infiere que tuvieron su origen y efectos en la República Mexicana...”

En este respecto si la empresa opera en México y es utilizada en México, entonces puede quedar sometida a la justicia mexicana, toda vez que los actos reclamados ocurrieron en el país.

Esto supone un precedente importante en el marco de la defensa de los derechos humanos porque establece un nuevo parámetro en el momento de concebir el acceso a la justicia en el marco de las empresas transnacionales, pero también, en la forma en que el internet, puede sujetarse a un marco regulatorio nacional.

Hoy, las empresas como personas jurídicas morales pueden ser sujetos responsables de violaciones civiles o penales. Ello sin importar la procedencia o la naturaleza su actividad.

IV. CONCLUSIÓN

La demanda de daño moral contra Google Inc. es un ejemplo claro de los actuales fenómenos jurídicos a los que se enfrenta el derecho mexicano. En ella se plantean una gran diversidad de cuestionamientos que la ley debe resolver a fin de atener los nacientes paradigmas sociales como son la globalización y la regulación de las empresas transnacionales, así

como la soberanía y los límites del derecho nacional.

También permite incurrir en una de las discusiones más interesantes con relación a la ponderación de los derechos humanos: los límites de la libertad de expresión.

Hace unos pocos años se alabó la gran apertura que habían logrado los medios de comunicación, quienes se separaron del poder político y fomentaron la conformación de una sociedad plural y democrática. Hoy se discute la necesidad de limitar el derecho cuando este entra en clara confrontación con otros principios fundamentales que el Estado está obligado a proteger.

V. FUENTES DE CONSULTA

Allcott, H. y Gentzkow, M. (2017). “Social Media and Fake News in the 2016 Election”. *Journal of Economic Perspectives*, 31, (2).

Avilés, R. (2007). “La censura al periodismo en México: revisión histórica y perspectivas”. *Razón y palabra*. (59), año 12), octubre noviembre, México: ITESM.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2013). *La libertad de expresión en internet. Relatoría Especial para la libertad de expresión*. Costa Rica: CIDH

De Miguel Asensio, P. A. (2001). *Derecho internacional privado ante*

la globalización España: Anuario Español de Derecho internacional privado, Tomo I.

Galván, E. R. (2016). “La libertad de expresión en Internet”. *SID*, 16° Argentina: Simposio Argentino de Informática y Derecho.

Google Inc. “Políticas de uso” (en línea) recuperado el día 10 de mayo de 2017, en <https://support.google.com/>

Hernández Zubizarreta, J. (2013). *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa*. España: Observatorio de las Multinacionales en América Latina

Martínez Bullé-Goyri, V. (2013). “Reflexiones sobre la dignidad humana”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, (139), año XLVI, enero-abril. México: Nueva Serie.

Rodríguez Puerto, M. “La regulación de Internet y la teoría jurídica”. (2007). *Anuario de filosofía del derecho*, (24), 441-464.

Trujano Ruiz, P., Doantes Segura, J. y Tovilla Quesada, V. (2009). “Violencia en Internet: nuevas víctimas, nuevos retos”. *Liberabit*, 15, (1), enero-junio. Lima: Facultad de Ciencias de la Comunicación Turismo y Psicología.

Vise, D. y Malssed, M. (2011). “The Google Story”. *Summaries.com*, en línea pp.1-9. Recuperado el día 10 de mayo de 2018.

DOCUMENTOS JURÍDICOS

Sala Octava de lo Civil, expediente 907/2015.

Sentencia de Amparo. Juzgado Décimo de Distrito, Expediente de Juicio de Amparo 422/2016.

Tesis P./J. 25/2007. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, t. XXV, mayo de 2007, p. 1520.)

LEGISLACIÓN

Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

NUEVO SISTEMA PENAL Y LA ENSEÑANZA DE LA VICTIMOLOGÍA

○ María de la Luz Lima Malvido*

* Doctora en Derecho por la UNAM. Investigadora del INACIPE.

PALABRAS CLAVE

KEYWORDS

○ **Victimología**

Victimology

○ **Sistema de Justicia Penal**

Criminal justice system

○ **Capacitación**

Training

○ **SETEC**

SETEC

Resumen. La implementación del sistema penal acusatorio significó un cambio trascendental en la procuración y administración de justicia que no ha estado exento de retos. Probablemente una de las tareas más difíciles es precisamente la capacitación tanto en la materia como en la enseñanza de la Victimología. Esto, porque el sistema constituye un cambio de foco en torno a cómo se había estado observando el sistema punitivo mexicano y la posición que la víctima había ocupado hasta hace poco. Es por ello que el presente artículo incide en los procesos de enseñanza de la Victimología en el macro del nuevo sistema.

Abstract. The implementation of the accusatory criminal system meant a transcendental change in the implementation and administration of justice that has not been happening without challenges. Probably one of the most difficult tasks is precisely training both: the field and the teaching of Victimology. This is, because the system constitutes a change of focus around how the Mexican punitive system had been observed and the position that the victim had occupied until recently. That is why this article affects the processes of teaching Victimology in the macro spectrum of the new system.

SUMARIO:

I. Introducción. II. Repercusiones de la aprobación del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP). III. Profesionalización en Victimología. IV. Conclusión. V. Fuentes de Consulta.

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo da una visión panorámica de cómo ha evolucionado el eje de capacitación a través de la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para Implementación del Sistema de Justicia (SETEC) y después el Sistema Nacional de Seguridad Pública (SNSP), fijando nuestra atención en ¿cómo las enseñanzas victimológicas van permeando? Y explicamos el papel marginal que por años ha tenido el tema de la atención a las víctimas en este campo, haciéndose consciente ahora que sin ellas no va a tener éxito el nuevo sistema penal.

Desde la emisión del decreto de reformas constitucionales al sistema de justicia penal en junio de 2008, se iniciaron diversas acciones con el objeto de implementarlas plenamente en junio de 2016. Coincidimos con las opiniones expresadas entre otros por el (Centro de Investigación para el Desarrollo,

A.C. CIDAC) (2017), de que el sistema de justicia penal acusatorio no terminó el 18 de junio del 2016; por el contrario, los esfuerzos deben persistir e, incluso, maximizarse para el proceso de consolidación. Y esto se comprueba con la agitada agenda que ha desplegado el Secretario Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública quien asumió la encomienda de dar seguimiento a las actividades que darán pleno desarrollo al nuevo sistema penal (SEGOB, 2017).

En el nuevo sistema de justicia penal existen diversos actores que interactúan en la resolución de los casos por lo que es fundamental la capacitación de los operadores para su desarrollarlo en condiciones óptimas, lo cual exige que se desplieguen múltiples tareas. Se hace necesario especializar al personal en todas las áreas para lograr darle una mejor operatividad al sistema (mediador, conciliador, juez de juicio oral, asesor jurídico, administrador del juzgado, facilitadores, autoridad de evaluación y supervisión de medidas cautelares, perito, consultor jurídico, administrador de causa, policías ministeriales y preventivos y peritos, Ministerio Público, juez de control, archivista, notificador, etc.).

Somos conscientes que el nuevo sistema penal implicó una nueva infraestructura física y tecnológica, reorganización institucional,

seguimiento y consolidación, difusión, entre otras áreas esenciales que fueron necesarias para su implementación, pero consideramos que la selección y la capacitación de los operadores es la más relevante. Hace falta contar muchos jueces, agentes del Ministerio Público, abogados, defensores, facilitadores, asesores jurídicos de víctimas, policías ministeriales y preventivos y peritos capacitados en el nuevo sistema penal preparados para asumir un cambio de paradigma. Sobre todo, porque la resistencia al cambio, sumado a la falta de competencias puede poner en riesgo el éxito de la tarea programada. La resistencia al cambio puede ser una fuente de conflicto funcional y tiene una grave desventaja que obstaculiza la adaptación e influye en su entorno y evita el progreso. Y cuando no se dominan las competencias el personal puede sentirse inseguro y amenazado porque tiene incertidumbre de su futuro. Este es un gran reto para el sistema ya que requiere una organización consolidada que debe cambiar radicalmente y retener al talento humano que esté preparado para ello y que pueda motivar a los demás para alcanzar la renovación.

Han sido desplazados muchos recursos para tareas que nunca se habían realizado, solo por mencionar alguna habría que ver la dignidad de las instalaciones que el poder

judicial construyó en todo el país, que dan otra imagen, ahora se perciben como lugares dignos donde se imparte justicia.

Los operadores son el activo más importante del sistema penal, potenciarlos a nivel individual implica también hacerlo a todo el sistema. Al empoderarlos con conocimientos y competencias estamos construyendo un compromiso de participación hacia la calidad total. El éxito en la gestión de recursos humanos y la dirección dentro de las instituciones promueve el compromiso de la persona, su motivación, desarrollo y retención (Ministerio de Hacienda de Administraciones, 2013). En el contexto de la gestión de calidad total, es importante tomar conciencia de que solo personas satisfechas pueden llevar al sistema hacia usuarios satisfechos. Por ello, es importante asegurar que las capacidades de las personas (selección, asignación y desarrollo) son las adecuadas para desarrollar la misión, así como que las tareas y responsabilidades estén bien distribuidas.

Así mismo hay que puntualizar que el sistema penal acusatorio exige habilidades diferentes a las que requiere un procedimiento penal inquisitivo, por lo que en el proceso de selección se debe identificar si poseen las habilidades que demanda este nuevo sistema: facilidad para la expresión oral, pensamiento

estratégico, toma de decisiones, entre otras, información que será de utilidad para ubicar a cada participante en una especialidad u otra (SEGOB, 2017).

A través de la SETEC se han elaborado diversos programas de capacitación y difusión que han estado en constante actualización desde el primer intento en 2009 (SETEC, 2012, p. 214), se elaboraron varias versiones en distintos periodos. Esta secretaría se creó para dar seguimiento al tema del Comité de Capacitación del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal al que se instruyó, debía enfocarse al desarrollo de habilidades y competencias para todos los intervinientes en el nuevo sistema de justicia penal.

El Lic. Felipe Borrego Estrada, primer secretario técnico del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, decidió aplicar una encuesta sobre el sistema de justicia penal que fuera un primer referente para conocer el impacto que estaba generando en la sociedad la reforma penal, y que esta base de datos fuera un parámetro de comparación obligado, tanto a nivel estatal como nacional de futuros levantamientos en el mediano plazo, para saber si se habían presentado avances o retrocesos con respecto al año 2012. Para elaborar el estudio, se

focalizaron los indicadores en medir tres de los principales objetivos de la reforma penal de 2008:

1. Favorecer el acceso a la justicia,
2. Contar con una justicia eficiente, pronta y expedita, y
3. Tener un procedimiento transparente.

La idea de este primer esfuerzo fue obtener información sobre el estatus que guardan los avances en la implementación de la reforma a nivel nacional: ¿Si estaba teniendo los efectos esperados para que la sociedad tuviera un sistema de justicia penal, más eficiente, transparente y accesible, y por tanto de mejor calidad y capaz de recuperar la confianza perdida en las instituciones que lo conforman?

Los resultados no fueron muy halagadores, en el tema que nos ocupa de atención a las víctimas, en el reconocimiento de sus derechos, en la no revictimización, en el trato recibido y en la capacitación de los operadores de justicia con quienes trataron.

Veamos algunas opiniones vertidas para volverlas nichos de oportunidad de capacitación. Las víctimas mencionaron en entrevistas que los funcionarios no tienen vocación de servicio; les faltaba sensibilidad ante el dolor que ellas sufrían; que eran apáticos y déspotas; que les

otorgaban información contradictoria y que les provocaban pérdida de tiempo. Asimismo que fueron revictimizadas en el proceso de denuncia por las instituciones; específicamente mencionaron que fueron ofendidos al ser tratados como delinquentes o inculpándolos del delito. Además, que les hicieron solicitudes de dinero para darles la atención oportuna. Comentaron que en diversas ocasiones no se les permitió el acceso de familiares de la víctima a las instalaciones. Destacaron, según resultados de la encuesta, que los psicólogos fueron los únicos profesionales que dieron un buen trato. Se encontró un desconocimiento de los derechos de las víctimas y del acusado por parte de los ciudadanos y una carencia de cultura informativa. Este ejercicio resultó vital para tomar en cuenta los resultados en el nuevo diseño de los programas de capacitación.

En 2013, se instruye al Comité de Capacitación para que revise los programas de capacitación aprobados por este Consejo en noviembre de 2012 y se ordena sean adecuados a la nueva visión de la implementación del nuevo sistema de justicia penal y se incluya la codificación procesal penal única cuando esta sea aprobada.

De igual forma se habló de crear un plan rector de capacitación por perfil de operador, ajusta-

do y reorientado para emitir después el Programa Nacional de Capacitación con base en un diagnóstico básico realizado sobre los diferentes perfiles de los operadores, con una metodología común e integral que señalara los contenidos, tiempos y elementos didácticos, todo de acuerdo con las directrices de implementación que en la materia se estructuren. (ACUERDO del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, X Sesión Ordinaria, junio de 2013). En 2014 se aprueba un nuevo programa de capacitación para los perfiles de: juez, Ministerio Público, defensor, conciliador y mediador, perito, policía y personal del sistema penitenciario que deja fuera a los asesores jurídicos (Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal. ACUERDOS II Sesión Extraordinaria, febrero de 2014). El mismo año, se instruye al Comité de Capacitación para que antes de su próxima sesión ordinaria, realice los programas de especialización para cada perfil y elabore el Programa de Capacitación para el perfil de asesor jurídico de víctimas que había quedado pendiente (Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal. ACUERDOS II Sesión Extraordinaria, febrero de 2014).

En todo el plan estratégico de la SETEC no fue considerado el tema de atención a víctimas como prioritario, lo cual no nos llamó la atención, ya que esto es reflejo del desarrollo de las ciencias penales, las que desde la ONU dedicaron a los delincuentes siglos de trabajo antes de voltear a ver a las víctimas de delitos, siendo hasta la aprobación de la “Declaración de los principios de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder”, por las Naciones Unidas en 1985 que nace lo que consideramos el estándar o carta magna de derechos de las víctimas (Asamblea General, 1985). El Gobierno federal por su parte en la construcción de la política pública del tema, no ha consolidado acciones notables emprendidas y ha cambiado de rumbo las estrategias, lo cual ha impedido tener continuidad (Lima Malvido, 2015).

Igualmente, vale la pena reflexionar y analizar la encuesta de ENCUESTA NACIONAL DE VICTIMIZACIÓN Y PERCEPCIÓN SOBRE SEGURIDAD PÚBLICA (ENVIPE) (2016) desde su primera aplicación por el INEGI en 2011 (INEGI, agosto de 2017), observando que el porcentaje de cifra negra que tenemos en el país, que es una de las más altas del mundo (93.7 %) por lo que todo este esfuerzo es finalmente solo para el 6.3 % de la población, ya que el resto ha

decidido resolver sus conflictos fuera del sistema penal. Se estimó en dicha encuesta que hubo 23.3 millones de víctimas de 18 años y más, lo cual representa una tasa de prevalencia delictiva de 28,202 víctimas por cada cien mil habitantes durante 2015.

Si analizamos este panorama lo que corresponde es impulsar los mecanismos alternos de resolución de conflictos no solo penales, como lo que establece la Constitución en sus artículos 17 y 18, y la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en materia penal, sino fuera del sistema formal penal. Se ha emitido para este efecto la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal. Nosotros consideramos que los mecanismos alternos no deben ser penales ya que forman parte de una disciplina jurídica diversa que es la Justicia Restaurativa.

Si analizamos las definiciones científicas del Derecho penal, encontramos que este tiene como fin preservar la seguridad pública y la paz. Y como bien dijo el Dr. Raúl Zaffaroni (1980), la coerción penal es la única coerción jurídica que no persigue primordialmente la reparación. En la medida en que se pretenda que la coerción penal busque la reparación perderá su carácter penal y viceversa, en la medida en que las otras coerciones

jurídicas persigan la prevención especial como objetivo fundamental, irán adquiriendo carácter penal (Zaffaroni, p.63).

En 2013 se aprueba que la comisionada presidenta de la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas recién creada por la Ley de Víctimas, se incorpore al Consejo de forma temporal con voz y sin voto.

II. REPERCUSIONES DE LA APROBACIÓN DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES (CNPP)

A través de las normas que establece el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) se verá beneficiada la víctima solo si los operadores de justicia tienen los conocimientos que les permitan dar un enfoque diferencial al trato que le dan a la misma en las actuaciones, tomando los siguientes elementos:

Primero reconociendo y no denegando a las víctimas el goce y ejercicio de los derechos que se derivan de los estándares internacionales de derechos humanos correspondientes, para lograr la plena vigencia de lo que ordena el artículo primero constitucional, cuyo texto actual deriva de la reforma constitucional de 2011.

Y segundo, aplicando la dogmática victimal que la concebimos como una construcción doctrinaria teórica que estudia las leyes victimales para su conocimiento, su sistematización y correcta aplicación dentro de un ambiente de seguridad, jurídica y constitucional, para optimizar su interpretación y garantizar el respeto de los derechos humanos, fundamentando la teoría de la norma victimal para que sea eficaz.

México, al ratificar estos estándares, ha adquirido compromisos convencionales que lo obligan a tener progresividad con acciones precisas que logren hacer realidad el goce y ejercicio de estos derechos. Esos estándares amplían derechos específicos que deben tenerse en cuenta en el proceso penal. No obstante, este Código Nacional en el artículo 109, Derechos de las víctimas u ofendido, omite mencionar en la fracción I que además de darle a conocer los derechos que en su favor le reconoce la Constitución, se le deben dar a conocer de igual manera los contenidos en los tratados internacionales ratificados por México (Lima Malvido, 2017).

La entrada en vigor del CNPP detonó la necesidad de avanzar en todos los ejes planeados por la SETEC especialmente en el de capacitación. Ya que se debe contar con el equipamiento necesario y

con protocolos de investigación y de actuación del personal sustantivo y con los manuales de procedimientos para el personal administrativo, la homologación de criterios metodológicos, técnicos y procedimentales, para lo que SETEC buscó coordinarse con diversos órganos y demás autoridades involucradas para iniciar este proceso.

Un tema fundamental es el del diseño de los protocolos de actuación alineados al CNPP. Desde noviembre de 2013, la SETEC ya había presentado un primer proyecto de la Metodología de Lineamientos Generales para el Diseño de Protocolos donde señaló que consideraran necesario trabajarlos para que los operadores del sistema de justicia penal laboraran de manera homogénea, tema fundamental en la capacitación.

Los protocolos nacionales hacen más eficaces a los operadores del sistema de justicia penal mexicano, ya que deben armonizarse a los estándares internacionales, y proporciona a las instituciones de elementos técnicos y sólidos para la toma de decisiones en sus respectivos procesos. Los protocolos permiten estandarizar los procesos entre los diferentes operadores del sistema, crean un marco de referencia dentro del cual se delimitan actividades específicas que los operadores deberán seguir y plantean un esquema

de trabajo que facilita la coordinación entre los mismos.

Cada institución ha elaborado sus protocolos y la idea es que se logran homologar los mismos en cuanto esto sea posible. Así entre algunos protocolos elaborados por la SETEC están: Protocolo Modelo Protección para Víctimas u Ofendidos y Testigos en el Procedimiento Penal Acusatorio, Protocolo Modelo del Asesor Jurídico de la Víctima, Protocolo Modelo del Asesor Jurídico de Niñas, Niños y Adolescentes como Víctimas o Testigos, Penales y Reparación del Daño. Por su parte la Suprema Corte ha elaborado o adoptado valiosos protocolos de actuación para quienes imparten justicia.

La SETEC en 2014 emitió un acuerdo por el cual se aprobaron las acciones para la construcción de protocolos de actuación nacionales (Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal ACUERDOS XII, julio de 2014).

También ha ordenado su elaboración la Corte Interamericana de Derechos Humanos en algunas sentencias como lo es el Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Sumando a ello los lineamientos que se desprenden de su jurisprudencia y votos razonados (Corte IDH, Caso González y otras

vs. México, Sentencia de 16 de noviembre de 2009).

Para los operadores y quienes están fuera de las instituciones, como asesores jurídicos particulares, defensores particulares, peritos privados, profesionales y técnicos de las diversas disciplinas (médicas, psicológicas, de trabajo social) se requieren conocimientos y competencias en Victimología y el Derecho victimal, para participar en los asuntos y realizar su trabajo adecuadamente teniendo en cuenta los derechos de las víctimas, lo cual nos lleva a promover nuevas especialidades y cursos de posgrado.

Como fundamento adicional para la capacitación, formación, actualización y especialización de los operadores del sistema específicamente de atención a víctimas, la Ley de Víctimas establece en su título noveno artículo 158, los mandatos en la materia, así como en los artículos transitorios décimo primero y décimo quinto de la Ley de Víctimas fechados el 30 de abril de 2012.

Si todas las entidades federativas van a contar con asesores jurídicos de atención a víctimas se tendrán que capacitar a sus peritos, profesionales y técnicos de las diversas disciplinas (médicas, psicológicas, de trabajo social) que se requieren para la defensa de los derechos de las víctimas; la tarea es titánica. El

SNSP deberá seleccionar, capacitar, formar, actualizar y especializar a miles de profesionales, para cubrir satisfactoriamente con las expectativas que les hemos creado a las víctimas de los delitos y del abuso de poder, a fin de resolver sus necesidades y lograr consolidar este servicio nacional que el sistema penal requiere.

En nuestro tema, uno de los más importantes acuerdos fue el aprobado el 10 de diciembre de 2014, por el que se aprueba que todas las instituciones integrantes del consejo consideran planes y acciones para instrumentar, de forma transversal, los derechos de las víctimas en el nuevo sistema penal (Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal ACUERDOS XIV Sesión Ordinaria, 15 de octubre de 2015).

El 29 de septiembre de 2014, en cumplimiento al Acuerdo COCO/XII/007/14 se instaló el Comité de Seguimiento de los planes y acciones para instrumentar de forma transversal los derechos de las víctimas en el nuevo sistema de justicia penal de corte acusatorio, integrado por:

1. Comisión Nacional de Seguridad;
2. Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal;

3. Cámaras de Senadores y Diputados Congreso de la Unión;
4. Suprema Corte de Justicia de la Nación;
5. Consejo de la Judicatura Federal;
6. Procuraduría General de la República;
7. Conferencia Nacional de Secretarios de Seguridad Pública;
8. Conferencia Nacional de Procuración de Justicia;
9. Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos,
10. Organizaciones académicas;
11. Organizaciones civiles,
12. y Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas.

El 24 de noviembre de 2016, la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas (CEAV) y el Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública (SESNSP) impulsaron el fortalecimiento de la figura de Asesores Jurídicos de Víctimas en las entidades federativas e informaron que en cumplimiento al Acuerdo 04/XL/16 del Consejo Nacional de Seguridad Pública (CNSP) en el que se instruye al SESNSP para que funja como enlace operativo del Poder Ejecutivo e integrante de la instancia tripartita coordinadora de la consolidación del sistema de justicia penal acusatorio.

El Secretario Ejecutivo del SNSP, y el Comisionado de la CEAV, crearon un subprograma diseñado para fortalecer las asesorías jurídicas de víctimas en las entidades federativas, como una de las acciones focalizadas para consolidar el sistema de justicia penal.

Este subprograma permitió otorgar recursos del FASP 2017 a las entidades federativas con el fin de fortalecer e impulsar la operación de las autoridades estatales de atención a víctimas así como al mejoramiento de la infraestructura y equipamiento con el que cuentan dichas oficinas en cada entidad (SNSP, *Boletín número B 099/2016*). Para iniciar su operación se realizaron las siguientes acciones: por parte de la CEAV se realizaron visitas a los titulares y encargados de las Comisiones de Atención a Víctimas del país con el objetivo de dar a conocer este subprograma. Se impulsó la comunicación entre titulares y responsables de atención a víctimas, con los Secretarios Ejecutivos Estatales con el fin de considerar este tema en los proyectos subsecuentes de inversión del FASP (SEGOB, 2017, p. 34.).

III. PROFESIONALIZACIÓN EN VICTIMOLOGÍA

A partir de 1993, cuando la Constitución Política de los Estados

Unidos Mexicanos por primera vez en el mundo incluye los derechos de las víctimas de delitos, se impulsó la apertura de servicios a víctimas en las procuradurías de justicia de todo el país, bajo un enfoque ahora distinto ya que las víctimas son consideradas sujetos de derecho. Esto detonó la necesidad de incursionar en el diseño de especializaciones para todos estos profesionales que aplicarían esa reforma (médicos, trabajadoras sociales, agentes del Ministerio Público, jueces, psicólogos, abogados etc.).

Se sumaron a esta tarea las comisiones de derechos humanos, la nacional y las estatales, organizando foros, abriendo servicios de atención, promoción y respeto a los derechos humanos ya consagrados en nuestra constitución.

La Victimología fue así permeando poco a poco por la gran importancia que tiene para los profesionales en sus tareas de la procuración e impartición de la justicia, en la atención de la salud de víctimas de delitos, en la defensa de los derechos humanos y de la atención victimológica de las víctimas de delitos.

Con pena decimos que no es muy común que los planes de estudios de profesionales en las licenciaturas de Derecho, Trabajo Social, Medicina, Psicología y otras afines reciban una visión de esta materia. Por ello

cuando los profesionales son reclutados en las áreas de justicia a víctimas se llega a incurrir en errores.

Sin lugar a duda, uno de los avances más significativos que se logró en México fue la creación de la maestría en Victimología, del Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), asistido por la Sociedad Mexicana de Victimología y con el apoyo de la Sociedad Mundial de Victimología (WSV por sus siglas en inglés). Se diseñó el plan de estudios original de dos años,¹ que fue la primera maestría en su género en el mundo (Lima Malvido, 2016).

La idea de su creación fue el resultado de una amplia consulta a especialistas y académicos en el campo de las ciencias penales, la Criminología y la Política criminal, así como de instituciones gubernamentales y no gubernamentales, abocadas a la protección y defensa de los derechos de las víctimas y de los detenidos (Comité de Planeación para la Maestría en Victimología, 2000).

Como secretaria de la Junta de Gobierno del INACIPE, presenté la maestría de Victimología a la junta de gobierno la cual fue aprobada el 21 de noviembre de 2001.

Esta maestría acaba de pasar por un cuidadoso proceso de actualización en el que participamos tres

¹ En este proyecto de la maestría colaboró conmigo la Dra. Teresa Ambrosio, abogada, victimóloga egresada del INACIPE.

profesionales buscando, en la medida de lo posible, trabajarla en competencias para que los egresados alcancen el perfil de egresos propuesto. Esta fue alineada a los requerimientos especiales de la nueva legislación victimal, al nuevo sistema nacional de víctimas y el actual sistema penal.

En 2011 tuve el ofrecimiento de la Dra. Elia Quiterio Montiel, rectora del Instituto de Ciencias Forenses y Periciales de Puebla (CFP) y destacada criminalista, para diseñar el plan de estudios de la maestría en Victimología con orientación pericial en ciencias forenses que actualmente se imparte en dicha institución.²

En 2015, previo diagnóstico riguroso de las necesidades institucionales y las de las víctimas del delito del sureste, elaboré el programa de la maestría en Victimología con enfoque en derechos humanos que ofrece el Instituto de Formación Académica del Centro y Sureste (INAFSA) en Chiapas.³

Este fue un proyecto que se realizó gracias al convenio firmado entre esta institución académica y el Instituto de Investigación y Profesionalización de la Fiscalía General del Estado. Se abrió la

primera generación para la formación de maestría en Victimología, certificando el plan de estudios del Sistema Nacional de Seguridad Pública, el que aportó recursos financieros para tal efecto. Han concluido 61 profesionales, esto marca una práctica exitosa impulsada por el INAFSA Chiapas e indudablemente veremos sus resultados en diversas instituciones; ahora en la Fiscalía General del Estado y pronto en el desarrollo de toda la política pública victimal del estado de Chiapas, gracias a la visión estratégica del rector Oscar Lanuza y la vicerrectora Ericka Calderillo.

En ese contexto, surgen en el mundo otras maestrías, diplomados y cursos que actualmente ofertan en diversas regiones, así podemos mencionar la maestría en Victimología de las universidades de Tilburg (Holanda) y Tokiwa (Japón). En el ámbito internacional otros países ofertan cursos o especialidades en los que incluyen esta disciplina como Bélgica, Croacia, Japón, Sudáfrica, Argentina, Honduras y Colombia.

A. CAMPO DE TRABAJO DESARROLLO PROFESIONAL

La maestría en Victimología ofrece una alternativa a la reforma constitucional y al sistema penal,

² Nuevamente en este proyecto colaboró conmigo la Dra. Teresa Ambrosio.

³ Colaboró en este proyecto el Mtro. Samuel Zenteno Zamudio, egresado de la maestría Jurídico Penal del INACIPE.

mediante la formación humanista y sólida de profesionales con base en los derechos humanos, y la capacidad de diversificar sus servicios profesionales de forma asertiva y especializada.

Esta capacidad no es exclusiva del ámbito penal, puede llevarse hacia otras áreas de la administración pública, organismos gubernamentales y no gubernamentales a nivel federal, estatal y municipal, así como en un ámbito internacional.

B. PERFILES DE EGRESO OPCIONAL

Partiendo de nuestra experiencia en el trabajo operativo en diversas instituciones nacionales e internacionales en la atención a víctimas he desarrollado este perfil de egreso para la maestría en Victimología.

Los egresados de la maestría en Victimología contarán con los conocimientos, habilidades, actitudes, destrezas y valores para identificar, analizar e investigar los problemas del campo de estudio de la ciencia en el contexto de la compleja sociedad actual, a fin de evaluar, asesorar y diseñar alternativas victimológicas para promover los derechos de las víctimas, así como su goce y ejercicio (cabe la salvedad de que, en cada lugar, estado, región, hay diversas formas de victimización que mediante un diagnóstico previo

deben analizarse, así como la fortaleza institucional a fin de ajustar los contenidos de programas a las necesidades específicas de cada lugar).

El egresado desarrolla las siguientes competencias:

1. Conocimientos:

- a. El marco teórico, conceptual y contexto en el cual se desarrolla la Victimología.
- b. El Derecho victimal como paradigma y sus implicaciones dogmáticas, así como la integración de la constelación de las ciencias victimales para alcanzar un trabajo transdisciplinario.
- c. El contenido del Plan Nacional de Desarrollo, para ubicar las prioridades victimológicas.
- d. Los conceptos vinculados a la seguridad llegando a comprender sus implicaciones y alcances.
- e. Los principios tutelados por la justicia restaurativa y su diferencia con la retributiva, así como las características conceptuales y prácticas de la justicia terapéutica, los mecanismos de solución alternativa de conflictos y valor, las ventajas y desventajas de la participación de la víctima en los mismos.
- f. Los elementos básicos que tiene un modelo de atención para crear diversos tipos para diferentes clases de víctimas, con enfoque

- diferencial, tanto para instancias públicas como privadas.
- g. La clasificación de los distintos servicios de atención a víctimas que se pueden incluir en un modelo de atención.
 - h. El marco normativo que sustenta el trabajo de la Clínica victimológica y como invocarlo para fundamentar sus actividades.
 - i. Las fases clínicas y su impacto dentro de la Clínica victimológica.
 - j. Las bases del litigio estratégico y como utilizarlo en casos de abuso de poder.
 - k. Los mecanismos mediante los que las organizaciones y redes pueden participar en los ámbitos internacional y regional (Organización de las Naciones Unidas y en la Organización de los Estados Americanos).
 - l. Cómo y cuándo se utiliza la figura del *Amicus Curiae* en los casos que se litiguen ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
 - m. La importancia que han tenido los movimientos sociales con la evolución de la Victimología y el Derecho victimal.
 - n. Las diversas ideologías que fundamentan la Política criminal, la Prevención del delito y de la Prevención victimal dentro de la Victimología, así como su vinculación y aplicación en programas dentro y fuera del Sistema de Justicia Penal.
 - o. Los mecanismos y organismos que protegen los derechos de las víctimas de abuso de poder, y la función y alcance que tienen en la Justicia transicional.
 - p. Contenido y alcance del Estatuto de Roma y la aplicación de las reglas relativas de procedimiento y prueba de la Corte Penal Internacional y cómo argumentar la petición para la reparación del daño de la víctima.
 - q. Comprender las epistemologías emergentes y teorías del pensamiento, así como métodos cuantitativos, cualitativos y mixtos, con una visión prospectiva.
 - r. Los aspectos básicos para realizar una práctica profesional, ética y con base en el respeto a los derechos humanos.
 - s. Las violencias sociales y los factores de riesgo que influyen en la creación de condiciones de vulnerabilidad.
 - t. Los problemas que actualmente enfrenta, no solo la víctima sino también la Victimología y las tendencias al respecto, tanto nacionales como internacionales, locales y globales.
 - u. Conoce las tipologías e importancia de delinear estrategias de atención e intervención frente a actos terroristas.

- v. Conoce qué es una comisión de la verdad y cuál es su función.
- w. Reconoce los órganos y programas para atender a las macrovíctimas.
- x. Conoce el concepto de resiliencia, los procesos de resignificación y de los factores socioculturales en los procesos de victimización.

2. Habilidades:

- a. Diferencia los factores endógenos y exógenos, comprende el enfoque diferencial y compara los indicadores de victimización.
- b. Diferencia las distintas clases de víctimas y compara los tipos de victimización.
- c. Esquematiza los derechos humanos necesarios para actuar en los ámbitos nacional, local o internacional, basándose en los estándares, y distingue los sistemas de protección y promoción de los derechos humanos.
- d. Explica e interpreta la filosofía del conocimiento humano, así como sus distintas corrientes del pensamiento, y describe un proceso de conocimiento determinado, y aplica su estructura general y sus rasgos fundamentales en la investigación científica.
- e. Analiza los factores de vulnerabilidad, riesgo y de protección en los procesos de victimización y desvictimización.
- f. Interpreta las alteraciones psicopatológicas que se observan en víctimas del delito y sus principales efectos.
- g. Utiliza herramientas adecuadas para acompañar a las víctimas individuales y colectivas en sus procesos de resignificación tomando en cuenta sus factores socioculturales en los procesos de victimización.
- h. Utiliza el concepto de estándar y diferencia las distintas categorías, para su adecuada aplicación en los casos concretos.
- i. Ubica a las principales autoridades u organismos no gubernamentales que formulan políticas públicas para la atención a víctimas y se enlaza con ellos en su trabajo.
- j. Realiza análisis del proceso de políticas públicas y reconoce los mecanismos de evaluación e indicadores internacionales, regional o nacionales de una política pública.
- k. Explica el fenómeno de la violencia utilizando sus tipologías, clasificaciones, manifestaciones y consecuencias.
- l. Distingue entre las investigaciones cualitativas, cuantitativas y mixtas; y explica los procesos sociales relacionados con la víctima, la violencia y el delito.
- m. Identifica las características especiales de diversos grupos

victimales en condiciones de vulnerabilidad victimal, reconoce sus necesidades, estándares de derechos humanos aplicables, y domina los elementos mínimos de un modelo de atención y protocolos básicos.

- n. Aplica en diversas etapas de intervención técnicas y herramientas clínicas.
- o. Ubica el panorama de la Clínica victimológica y toma conciencia de la importancia en la Victimología.
- p. Detecta las causas, síntomas del síndrome de burnout y aplica medidas de prevención en caso de que detecte que alguien del personal lo padece.
- q. Explica las nuevas tendencias victimales y reconoce los temas de mayor relevancia para poder elegir tema de su tesis de grado.
- r. Identifica las principales redes y organizaciones nacionales e internacionales que trabajan con víctimas para promover su defensa.
- s. Asocia la prevención del delito y la prevención victimal y, además, contrasta los términos vulnerabilidad y prevención para analizar los factores de protección y riesgo.
- t. Identifica la aplicación de las reglas relativas a las víctimas que existen dentro del procedimiento penal ante la Corte Penal

Internacional y argumenta la petición para la reparación del daño de la víctima.

- u. Identifica, describe y aplica el saber científico victimológico con relación a problemas planteados y casos estudiados y elabora protocolos de investigación y desarrolla planteamientos de investigación victimológica, con motivo de la elaboración de su tesis de grado.

3. Destrezas:

- a. Compara las distintas tipologías victimales y las asocia con los criterios de clasificación en casos reales.
- b. Contrasta la relación víctima–victimario y diferencia las teorías del *Iter-criminis e Iter-victimae*.
- c. Categoriza los métodos de investigación criminalística a través de sus protocolos y reconoce la función, importancia y alcance de la medicina forense con un enfoque victimológico.
- d. Clasifica los distintos grupos en condiciones de vulnerabilidad y riesgo, a fin de otorgarles atención con enfoque diferencial y, en su caso, elige el modelo de atención más adecuado.
- e. Domina y aplica los fundamentos del sistema jurídico mexicano y del Nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio (reformas cons-

titucionales tanto del 2008 como de la del 2011), y garantiza su protección integral y asistencia jurídica.

- f. Dimensiona el ciclo de las políticas públicas, a través del modelo sistémico, y aplica herramientas metodológicas en la planeación estratégica, diseño, implementación y evaluación de las mismas.
- g. Realiza diagnósticos sociales victimales y analiza los diversos indicadores y costos que genera la violencia en México.
- h. Emplea los mecanismos para evaluar modelos de atención a víctimas y detecta los parámetros de calidad y eficiencia.
- i. Destina las reglas diferenciales para cada clase de víctima en el examen clínico que se le practique y distingue las especificidades y el enfoque conducente cuando se trate de una víctima individual o una colectiva.
- j. Identifica las técnicas clínicas, los protocolos o estándares y realiza el trabajo clínico-victimológico.
- k. Interpreta y compara los datos extraídos de las encuestas y diagnósticos para comprobar la efectividad de los programas de prevención del delito.
- l. Identifica los elementos de las políticas públicas de prevención y aplica materiales de programas de prevención.

- m. Identifica, analiza, y toma decisiones frente a problemas éticos que se presenten en su trabajo con asertividad.

4. Actitudes:

- a. Justifica la vinculación que debe existir entre el gobierno y la sociedad civil, empoderándola, identificando sus derechos y fortaleciendo su participación en la defensa, ejercicio y goce de los derechos de las víctimas.
- b. Critica los excesos en la actuación de grupos sociales que llegan a usar la violencia para exigir sus derechos.
- c. Demuestra, a través del pensamiento filosófico y ético, la responsabilidad y moralidad de cada uno de los actos.
- d. Brinda a las víctimas la seguridad y la fortaleza humana que requieren con un criterio sensible y de acogida.
- e. Reconoce a las víctimas como agentes éticos de la convivencia.
- f. Identifica y usa los principios éticos que guían su actuación base y además de los derivados de su especialidad.
- g. Diferencia y cumple los deberes para con las víctimas, en el actuar como estudiante, profesional, operador, investigador y docente en la ejecución de sus actividades.

h. Ubica los dilemas que tendrá en la práctica de esta profesión, e infiere posibles soluciones éticas.

VI. CONCLUSIÓN

Aún tenemos mucho que trabajar para que esos mandatos constitucionales que dan derechos a las víctimas se apliquen en el sistema penal acusatorio, y las víctimas de delitos y abuso del poder logren pleno goce y ejercicio de los mismos.

El SNSP y la CEAV deben incluir en los programas de capacitación temas victimológicos no solo jurídicos que darán al profesional una visión más completa de la atención que esperan las víctimas.

Todos los profesionales que trabajen en las oficinas de asesoría jurídica para las víctimas deben incluirse en los planes de capacitación.

Las organizaciones civiles y universidades públicas y privadas deben impulsar la apertura de materias, diplomados y cursos de Victimología y Derecho victimal para enriquecer la gran demanda de estos profesionales en las diversas instituciones.

VII. FUENTES DE CONSULTA

Lima Malvido, M. (2015). *Políticas Públicas en Atención a Víctimas*.

Una propuesta metodológica. 1ª. ed. México: INACIPE.

—. (2016). “El Desarrollo del Instituto Nacional de Ciencias Penales en el periodo 2001-2003. Un Enfoque Victimológico”. *40 años, 40 voces*. México, INACIPE.

—. (2017) “La Víctima en el Nuevo Proceso Penal”. *Diez años del juicio oral en Oaxaca. Una década de experiencias*. México: Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca.

Zaffaroni, Raúl (1980). *Tratado de Derecho Penal. Parte General, 1*. Buenos Aires: Ediar.

DOCUMENTOS

CIDAC. Reporte de Hallazgos 2016, Seguimiento y Evaluación de la Operación del Sistema de Justicia Penal en México. México, 2017. Recuperado el 11 de agosto de 2017 de <http://cidac.org/hallazgos-2016-2/>.

Corte IDH. Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Recuperado el 15 de agosto de 2017 de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf

Comité de Planeación para la maestría en Victimología (2000). Primer Plan de Maestría en Victimología. México: INACIPE.

Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal ACUERDOS XIV Sesión Ordinaria - 15 de octubre de 2015 COCO/XIII/003/14.- Por el cual se aprueba que la Conferencia Nacional de Gobernadores, forme parte integrante con derecho a voz y voto del Comité de seguimiento de los planes y acciones para instrumentar de forma transversal, los Derechos de las Víctimas en el Nuevo Sistema de Justicia Penal de corte Acusatorio. Recuperado el 11 de agosto de 2017 de http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5411643&fecha=15/10/2015.

Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal. ACUERDOS II Sesión Extraordinaria - 25 de febrero de 2014. COCO/EXT/II/004/14.- Acuerdo del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal por el que se aprueban los Programas de Capacitación Integral 2014 para los perfiles de: Juez, Ministerio Público, Defensor, Conciliador y Mediador, Perito, Policía y Personal del Sistema Penitenciario, elaborados y validados por el Comité de Capacitación, que forman parte del Plan Nacional de

Capacitación, por lo que son de observancia obligatoria para la capacitación sobre el Nuevo Sistema de Justicia Penal en todo el país siempre que se desarrollen con aportaciones federales; asimismo, estos programas deberán ser revisados y actualizados de manera permanente o conforme a los cambios legislativos que se presente. Recuperado el 11 de agosto de 2017 de http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5337624&fecha=20/03/2014.

Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal. ACUERDOS II Sesión Extraordinaria - 25 de febrero de 2014. COCO/EXT/II/005/14.- Acuerdo del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal por el que se instruye al Comité de Capacitación para que antes de la próxima sesión ordinaria, elabore los programas de especialización para cada perfil y elabore el Programa de Capacitación para el perfil “Asesor Jurídico de Víctimas”, mismos que deberán adecuarse a la actual visión de la implementación del Nuevo Sistema de Justicia Penal de este Consejo, al Código Nacional de Procedimientos Penales y los posibles cambios legislativos que se

generen, y una vez desarrollados deberán presentarse a este Consejo para su aprobación.

Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal ACUERDOS XII Sesión Ordinaria - 14 de julio de 2014. COCO/XII/005/14.- Acuerdo del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal por el que aprueban las acciones para la construcción de Protocolos de actuación nacionales, conforme a la Metodología de Lineamientos Generales para el Diseño de Protocolos.

Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, ACUERDOS X Sesión Ordinaria - 24 de junio de 2013. COCO/010/X/13.- Acuerdo del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal por el que se instruye al Comité de Capacitación para que revise los programas de capacitación aprobados por este Consejo en noviembre de 2012 y sean adecuados a la nueva visión de la implementación del Nuevo Sistema de Justicia Penal de este Consejo y a la codificación procesal penal única cuando esta sea aprobada. De igual forma para que elabore el plan rector de

capacitación por perfil de operador, de acuerdo con las instrucciones del Consejo y conforme al nuevo programa de capacitación que se apruebe. Recuperado el 11 de agosto de 2017 de http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5312605&fecha=03/09/2013.

Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder. Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985. Recuperado el 15 de agosto de 2017 de <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/VictimsOfCrimeAndAbuseOfPower.aspx>.

INEGI. Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública (ENVIPE) 2016. *Boletín de prensa núm. 399/16*. México, Instituto Nacional de Estadística y Geografía, 2016. Recuperado el 14 de agosto de 2017 de http://www.inegi.org.mx/saladeprensa/boletines/2016/especiales/especiales2016_09_04.pdf.

Ministerio de Hacienda de Administraciones Públicas. Mejora de las organizaciones públicas por medio de la evaluación 2013. Gobierno de España. Agencia de evaluación de calidad 2009. Recuperado el 11 de agosto de

2017 de http://www.eipa.eu/files/File/CAF/ES_CAF_2013.pdf.

Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal (SETEC). *Libro Blanco de la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal de la Gestión, 2009-2012*, p. 214. Recuperado el 11 de agosto de 2017 de http://www.gobernacion.gob.mx/work/models/SEGOB/Resource/1325/1/images/Secretaria_Tecnica_del_Consejo_de_Coordinacion_para_la_Implementacion_del_Sistema_de_Justicia_Penal.pdf.

SEGOB. Consolidación del Sistema de Justicia Penal. Informe de Acciones Octubre 2016 – Junio 2017. México. Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, 2017, p. 34. Recuperado el 14 de agosto de 2017 de http://secretariadoejecutivo.gob.mx/SJP/Informe_Consolidacion_SJP.pdf.

SEGOB. Consolidación del Sistema de Justicia Penal. Informe de Acciones Octubre 2016 – Junio 2017. México. Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, 2017. Recuperado el 14 de agosto de 2017 de http://secretariadoejecutivo.gob.mx/SJP/Informe_Consolidacion_SJP.pdf.

SEGOB. Programa Rector de Profesionalización. Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública. México, 2017, p. 54. Recuperado el 11 de agosto de 2017 de http://secretariadoejecutivo.gob.mx/doc/PRP_2017.pdf.

SNSP. *Boletín número B 099/2016 de la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas*, de 24 de noviembre de 2016. Recuperado el 15 de agosto de 2017 de http://secretariadoejecutivo.gob.mx/docs/boletines/CEAV_y_SESNP_AJF.pdf.

LA APLICACIÓN DE LA EVALUACIÓN POLIGRÁFICA AL SERVICIO PROFESIONAL DE CARRERA: MINISTERIAL, POLICIAL Y PERICIAL

● Aura Itzel Ruiz Guarneros*

*Licenciada en Criminología y Criminalística por la Academia Internacional de Formación en Ciencias Forenses.

PALABRAS CLAVE

KEYWORDS

○ **Control de confianza**

Trust control

○ **Selección**

Selection

○ **Ingreso**

Admission

○ **Polígrafo**

Polygraph

Resumen. En este artículo se abordan las características generales del proceso de evaluación de control de confianza que se realiza a los integrantes de las instituciones para la selección, ingreso y permanencia del personal que conforman las diferentes unidades y agrupamientos del sector gubernamental; dicho proceso comprende cinco evaluaciones (entorno social, psicológico, médico, toxicológico), sin embargo para fines del presente ensayo únicamente se abordará la evaluación poligráfica, así como su aplicación y funcionamiento en el centro de evaluación y control de confianza de la Procuraduría General de la República (PGR), aplicado en este caso a la triada investigadora que interviene en el Sistema Penal Acusatorio.

Abstract. This article deals with the general characteristics of the process of evaluation of confidence control that is made to the members of the institutions for the selection, entry and permanence of the personnel that make up the different units and groups of the governmental sector. This process includes five evaluations (social environment, psychological, medical and toxicological) but will address the polygraphic evaluation, as well as its application and operation in the center of evaluation and control of confidence of Attorney General of the Republic (PGR), applied in this case to the research triad that intervenes in the Criminal Accusatory System.

SUMARIO:

I. Introducción. II. Centro de Evaluación y Control de Confianza de la Procuraduría General de la República. III. ¿En qué consisten los exámenes de evaluación y control de confianza? IV. ¿En qué consiste la evaluación poligráfica? V. ¿Permanencia o destitución del cargo? VI. Conclusión. VII. Fuentes de consulta.

I. INTRODUCCIÓN

En la historia de las instituciones de seguridad pública del país, por primera vez se ha logrado instaurar un programa de evaluación en control de confianza, bajo un modelo que ha desarrollado una metodología y protocolos de operación homogéneos a nivel nacional, para la creación y el fortalecimiento de los Centros de Evaluación y Control de Confianza acreditados, que actualmente operan en las entidades del país, existen 38 Centros acreditados, 35 Centros en entidades federativas y 3 Centros en dependencias federales (Secretariado Ejecutivo, 2014), para la creación y fortalecimiento de dichos centros del 2009 al 2014, se han invertido más de 5,770 mdp, destinados a la infraestructura y equipamiento del personal.

En el *Acuerdo Nacional por la Seguridad, la Justicia y la Legalidad*, publicado el 28 de agosto de 2008 en el *Diario Oficial de la Federación*, se establecieron los compromisos de los gobiernos federales, estatales y municipales para depurar y fortalecer las instituciones de seguridad y procuración de justicia. Así, inició oficialmente el concepto de **evaluación y control de confianza**, un esquema generalizado para las organizaciones en materia de seguridad. La relevancia de estas evaluaciones en particular debe de tener presente e interiorizar que la actuación de todo el personal de la PGR deberá desplegarse en el marco de reformas y orientaciones que en los últimos años han redefinido la concepción y procuración de justicia en México, tales como el nuevo sistema penal acusatorio.

Es de interés fundamental allegar a la procuraduría a los profesionales más idóneos para los puestos de Servicio Profesional de Carrera (SPC), quienes se harán cargo de la investigación de los delitos en el sistema penal acusatorio, la también llamada triada investigadora.

II. CENTRO DE EVALUACIÓN Y CONTROL DE CONFIANZA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

El Centro de Evaluación y Control de Confianza es un órgano desconcentrado de la Procuraduría General de la República (PGR); tiene a su cargo la aplicación, calificación y valoración de los procesos de evaluación de control de confianza, del desempeño y competencias profesionales que se aplican para el ingreso y permanencia de los servidores públicos. Dichas evaluaciones se aplican bajo la normatividad del Centro Nacional de Certificación y Acreditación, la Ley Orgánica de la PGR y su reglamento.¹

Derivado del Acuerdo de la Comisión Permanente de Certificación y Acreditación del Consejo Nacional de Seguridad Pública, menciona que “La Comisión Permanente de Certificación y Acreditación acuerda que el Centro Nacional de Certificación y Acreditación, determine que los Centros de Evaluación consideren para las evaluaciones de control de confianza y la emisión del certificado correspondiente, al

personal del Servicio Profesional de Carrera de las Instituciones de Seguridad Pública,² es decir, **a Policías, Ministerios Públicos y Peritos**, así como altos mandos de las mismas. Por ello el reclutamiento es una parte primordial en la cadena de profesionalización del SPC de la PGR, esto con el objetivo que permita seleccionar de entre los candidatos a aquellos que poseen las capacidades y aptitudes para desempeñar más idóneamente las funciones de los puestos.

La PGR cuenta con manuales e instrumentos formales³ donde se da cuenta de las características generales de los puestos y de los perfiles de ocupación correspondientes, también es cierto que esos instrumentos deben ser puestos al día, con el fin —entre otras cosas— de revisar

² Véase Ley del servicio profesional de carrera en la administración pública federal, Título primero disposiciones generales, Capítulo Único De la naturaleza y objeto de la Ley, artículo 2, Diario Oficial de la Federación 9 de septiembre del 2006. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/260.pdf>

³ Cabe mencionar que los métodos de selección que serán utilizados son una mezcla de instrumentos de examinación (por ejemplo, exámenes de capacidades cognitivas, test de personalidad, exámenes de capacidad física, exámenes de integridad, exámenes médicos y, de ser posible, exámenes de muestras de trabajo a cargo de los aspirantes), instrumentos para la recolección de información biográfica de los aspirantes (por ejemplo, formatos de solicitud, currículum vitae de los aspirantes), y entrevistas, que podrán ser estructuradas (o semi-estructuradas) para medir características específicas de los aspirantes (por ejemplo, capacidad mental, personalidad, capacidad de comunicación, habilidades de interrelación social, o conocimiento de los procedimientos propios de la posición de trabajo sujeta a concurso).

¹ En el ejercicio de sus funciones, el Centro de Evaluación y Control de Confianza de la Procuraduría General de la República podrá auxiliarse de las distintas unidades administrativas de la PGR, así como de órganos desconcentrados y organismos descentralizados, y se sujetará a los criterios, normas, procedimientos técnicos y protocolos que se establezcan para tales efectos en el marco del Sistema Nacional de Seguridad Pública.

el conjunto de competencias, conocimientos, habilidades y aptitudes que el nuevo sistema penal acusatorio⁴ reclamará de los funcionarios que integran los cuerpos del servicio profesional de carrera. A partir de su actualización, el (re)diseño u organización del trabajo será útil para definir lo que se espera de quienes pretendan ingresar a la Institución (Merino Huerta, 2013).

Los lineamientos que se mencionan a continuación serán de aplicación general para el proceso de reclutamiento y selección en el SPC de la PGR, que servirán de guía en el desarrollo de tareas específicas relacionadas con (Merino Huerta, 2013):

Definición de perfiles y puestos de trabajo: La definición y, en su caso, actualización de perfiles de ingreso, será una variable relevante a considerar en los procesos de reclutamiento de personal sustantivo de PGR. Dicha tarea está vinculada con el actual diseño de puestos del Servicio Profesional de Carrera.

Reclutamiento: El reclutamiento para los tres cuerpos que integran el Servicio Profesional de Carrera de la PGR será un proceso que permita identificar y atraer a personal profesional, idóneo, para laborar en la institución.

Selección: La selección de servidores públicos es el proceso de escoger a las personas que se incorporan a una organización.

Posteriormente se realizará la evaluación de control de confianza, la cual se define como un sistema especializado de selección de personal, cuyo objetivo es detectar a la persona idónea para desarrollar las funciones de un puesto e identificar satisfactoriamente que las conductas de un candidato sean confiables con el propósito de fortalecer la actuación de un cargo público (Peláez, G. y Pedraza 2012). La Evaluación de Control y Confianza es un proceso que consta de cinco evaluaciones.

III. ¿EN QUÉ CONSISTEN LOS EXÁMENES DE EVALUACIÓN Y CONTROL DE CONFIANZA?

Artículo 49.- Los servidores públicos de la Procuraduría General de la República deberán someterse y aprobar los procesos de evaluación de control de confianza, del desempeño y de competencias profesionales, de conformidad con lo dispuesto en esta ley y demás normas aplicables:

- Entorno social y situación patrimonial: En esta evaluación se

⁴ Véase el artículo 33 (fracciones II, III y IV) de la Ley Orgánica de la PGR.

verifica la congruencia en la información proporcionada y la documentación presentada, con el fin de verificar congruencia entre el nivel de ingreso y la situación patrimonial del evaluado; validar autenticidad de documentos e investigar antecedentes registrales, administrativos, penales, laborales, etc.

- **Psicológico:** En esta evaluación se busca conocer e identificar las características de personalidad, inteligencia y habilidades generales del personal que será evaluado a través de la aplicación de una batería de pruebas específicas y de la realización de una entrevista profunda.
- **Médico:** Esta evaluación se aplica para conocer el estado general de salud, detectar alguna enfermedad o padecimiento, para que permita el cumplimiento de las funciones en el puesto y, en su caso, proponer medidas preventivas y correctivas.
- **Toxicológico:** En esta evaluación se determina si los aspirantes o el personal en activo han ingerido o ingiere sustancias psicotrópicas, estupefacientes u otras que produzcan efectos similares.

- **Poligráfico:** En esta evaluación se busca, a través del polígrafo, las reacciones psicofisiológicas (como son el ritmo respiratorio, la respuesta electro-dermal y la presión y la frecuencia cardíacas), se detecta si el evaluado se conduce con veracidad en la información que proporciona y su actuar dentro de la institución a la que pertenece o pretende ingresar en las instituciones de seguridad pública.

Esta última es la que nos interesa ya que la polémica que se ha generado a partir de las evaluaciones de control y confianza que se aplican actualmente a los miembros de las instituciones de seguridad pública, los cambios masivos que se han propiciado a partir de su desaprobación y la inquietud con respecto a sus ocupaciones futuras, tomando en cuenta que se trata de un sector que posee información privilegiada en materia de inteligencia y seguridad. Es importante partir del instrumento que se emplea en la evaluación, antes debemos aclarar que hacemos mal en llamar a un polígrafo “detector de mentiras”, ya que un polígrafo no tiene la capacidad de detectar mentiras o la verdad. Es un aparato que mide fluctuación de ciertas variables vitales frente a ciertos estímulos, plasmándola sobre un papel continuo. Para ello el polígrafo cuyo

nombre proviene del poli (varios) y grafos (gráficos) (Ferrari, 2011, p.1).

La explicación más simple y general es que el polígrafo mide un estímulo, es decir, se observa un cambio y se mide la respuesta que este tiene. Como mencionamos anteriormente el polígrafo no detecta mentiras, mide alteraciones fisiológicas de la persona, es decir, el polígrafo recogerá datos de por lo menos tres sistemas en el cuerpo humano:

1. Ritmo cardíaco *por el neumógrafo que registra el grado de inhalación/exhalación* (torácica y abdominal).
2. Presión sanguínea *con el esfigmomanómetro compuesto de una manga y un manómetro.*
3. Conductividad de la piel *con el galvanómetro que registra la conductancia galvánica de la piel (sudoración)* (Asociación Americana de Poligrafistas, 2011).

En algunos casos como aditamento se usa el sensor de movimiento que **proporciona un registro gráfico del movimiento del examinado.**

IV. ¿EN QUÉ CONSISTE LA EVALUACIÓN POLIGRÁFICA?

El Centro de Evaluación y Control de Confianza (CECC), desarrolla

dos tipos de procesos de evaluación (Lara Martínez, 2013).

- El primero es para aspirantes de nuevo ingreso: esta evaluación se practica a personas que pretenden ingresar a las instituciones de seguridad pública y tiene como objetivo seleccionar a personal competente y confiable cuya condición sea acorde con el perfil de puesto y con los demás requisitos establecidos en las disposiciones aplicables.
- El segundo es para personal en activo: esta evaluación se realiza a los integrantes de las instituciones de seguridad pública y su finalidad es fortalecer niveles de seguridad, confiabilidad, competencia y disciplina (este proceso comprende, principalmente, las evaluaciones para permanencia, promoción y cambio de funciones).

La evaluación poligráfica tiene una duración aproximada de entre 90 y 120 minutos, dependiendo fundamentalmente, y en cada caso concreto, del examinando y de la técnica a aplicar y son tres las etapas en que se va desarrollando la evaluación (Ruiz Guarneros, 2016).

El Centro emite resultados, es decir a quienes aprueben las evaluaciones de control de confianza,

del desempeño y de competencias profesionales se les expedirá la certificación a que se refiere el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. La certificación a que se refiere el párrafo anterior deberá expedirse en un plazo no mayor a sesenta días naturales contados a partir de la conclusión del proceso de certificación, a efecto de su registro, esto con lo dispuesto por el artículo 67 de la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública (LGSNSP) y el artículo 58 la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

El proceso de evaluación concluye cuando el evaluado realiza su última evaluación en el Centro. La notificación de resultados del proceso de evaluación se realiza a través de oficio dirigido al titular de la institución que corresponda o, en su defecto, a la persona que se designe expresamente para el puesto deseado. La notificación se realiza a través de un sobre cerrado, pues los resultados de los procesos de evaluación y los expedientes que se conformen con los mismos son confidenciales (salvo aquellos casos en que deban presentarse en procedimientos y procesos administrativos o jurisdiccionales), según lo dispuesto por los artículos 56, segundo párrafo y 108, fracción IV, de la LGSNSP y en vinculación con lo señalado en los artículos 15 y 19 de la

Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

El seguimiento de resultados y actualización de plantilla de personal, corresponde a las instituciones de seguridad pública quienes remiten a los CECC de su entidad federativa correspondiente, la actualización del personal adscrito, notificando mensualmente *altas y bajas* realizadas en el periodo que se informe. Dichos centros emitirán resultados de las evaluaciones:

- a. Conforme a lo previsto en la LGSNSP, solo podrá permanecer en las instituciones de seguridad pública el personal certificado, es decir, aquellos elementos que hayan aprobado sus exámenes de control de confianza y, en su caso, los demás requisitos establecidos como parte de su proceso de certificación.
- b. Respecto del personal de instituciones de seguridad pública que obtengan resultados de “Aprobado” y el CECC precise restricciones, observaciones o recomendaciones, los titulares de las instituciones de la adscripción del evaluado serán responsables de dar seguimiento a las mismas.

En el caso de que el resultado sea “No aprobado”, implicará que se den las conclusiones de los motivos porque no podrá permanecer en el

puesto en el cual se desempeñaba en el momento de la evaluación.

Por su parte el Centro Nacional establecerá los lineamientos específicos para el personal administrativo que deberá ser considerado en las evaluaciones, atendiendo a su nivel jerárquico, acceso a información sensible o nivel de mando y decisión, o en su caso, evaluación específica que lo amerite.⁵ El proceso de evaluación tiene por objeto coadyuvar en el fortalecimiento de los niveles de confiabilidad y eficiencia de los integrantes y aspirantes a ingresar a las instituciones de seguridad pública. Dicho proceso se lleva a cabo de acuerdo con los lineamientos, criterios, políticas, protocolos y procedimientos que establezcan el Centro Nacional de Certificación y Acreditación (CNCA).⁶

⁵ Véase Informe de noviembre de 2014 al cumplimiento al artículo transitorio de la LGSNSP Evaluación de control de confianza y certificación al personal del servicio profesional de carrera de las Instituciones de Seguridad Pública, Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, México.

⁶ Dependiente del Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública el cual funge como instancia rectora de orden nacional; así, este Centro Nacional, de acuerdo al artículo 22 de la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública, es la instancia facultada para verificar la tarea evaluadora de los centros de evaluación del país. Véase CRITERIOS SESNSP/CNCA/CR/03/2010, PARA LA CERTIFICACIÓN DE PROCESOS DE EVALUACIÓN DE LOS CENTROS DE EVALUACIÓN Y CONTROL DE CONFIANZA. http://www.secretariadoejecutivo.gob.mx/docs/pdfs/certificacion_acreditacion/2%20CRITERIOS/1%20CRITRIOS_CERTIFICACION_PROCESOS_EVALUACION_DE_EVALUACION_CONTROL_DE_CONFIANZA.pdf

Si bien puede resultar incómoda la práctica de dichas pruebas, tal injerencia se torna razonable para proteger los derechos de terceros, así como en el orden público y en el interés social, a su vez hacemos hincapié que el evaluado presenta derechos al realizar este tipo de evaluaciones entre los que destacan:

- Recibir la notificación de la fecha de evaluación, donde se indique las condiciones para su aplicación y los documentos requeridos, así mismo recibir la notificación de la aplicación de las evaluaciones con el tiempo suficiente que permita su traslado a las instalaciones en donde tendrá lugar la aplicación de referencia.
- Recibir por parte del personal del Centro de Evaluación y Control de Confianza del Estado, un trato igualitario, respetuoso y profesional durante el proceso de evaluación.
- Recibir la explicación del procedimiento a seguir dentro del proceso de evaluación, las fases que lo conforman, instrumentos a utilizar, duración estimada, tema o temas a profundizar, en el entendido que imperará un ambiente de respeto mutuo y que cualquier inconformidad puede manifestarse en todo momento.

- Para el caso de la práctica de las evaluaciones médicas, el evaluado recibirá el servicio con el equipo adecuado y el instrumental nuevo o, esterilizado, según sea el caso.
- Que se le explique que puede retirarse en cualquier momento de su evaluación, si es su voluntad.

Cabe señalar que el artículo 67 de la LGSNSP indica que la vigencia de certificados en las instituciones de procuración de justicia será de tres años, así mismo en el artículo 69 de dicha ley menciona que los servidores públicos de las instituciones de procuración de justicia deberán someterse a los procesos de evaluación en los términos de la normatividad correspondiente, con seis meses de anticipación a la expiración de la validez de su certificado y registro, a fin de obtener la revalidación de los mismos, en los términos que determinen las autoridades competentes. Y que para efectos de revalidación de la certificación y el registro, seis meses antes de la expiración de su vigencia los servidores públicos de la PGR deberán someterse a los procesos de evaluación respectivos. Será responsabilidad del titular del área de adscripción solicitar con oportunidad al centro de evaluación y control de confianza de la Procuraduría General de la

República la programación de las evaluaciones correspondientes. En todo caso, el propio servidor público tendrá derecho a solicitar la programación de sus evaluaciones. Ninguna persona podrá prestar sus servicios en la PGR, si no cuenta con la certificación vigente.

V. ¿PERMANENCIA O DESTITUCIÓN DEL CARGO?

La separación del SPC, Ministerial, Policial y Pericial, por las causas a que se refiere el inciso a) de la fracción I, del artículo 47 de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, se realizará cuando el superior jerárquico presente una queja fundada y motivada ante el Consejo de Profesionalización, en la cual deberá señalar el requisito de ingreso o permanencia que presuntamente haya sido incumplido por el servidor público de que se trate, adjuntando los documentos y demás pruebas que considere pertinentes; la diversidad de criterios que actualmente giran en torno al régimen jurídico al que se encuentran sujetos los miembros de las instituciones de seguridad pública, la cual se potenció con la entrada en vigor de la reforma al artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de derechos humanos; suceso

a partir del cual se evidenció el trato desigual que padecían dichos servidores públicos lo cual hizo necesario revolucionar el sistema jurídico tradicional conforme al cual laboraban, eran sancionados, se les remuneraba y recibían prestaciones de seguridad social, lo anterior por considerarse restringidos en comparación con el resto de los servidores públicos que no desempeñan labores de seguridad pública.

Las evaluaciones de control y confianza que se aplican actualmente a los miembros de las instituciones de seguridad pública, —dicha seguridad y cuya función a cargo del Estado— deben regirse bajo los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos; misma que tiene como fines salvaguardar la integridad y derechos de las personas, así como preservar las libertades, el orden y la paz públicos, artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y artículo 2 de la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública. Y por último no debe pasar desapercibido que es necesario crear certeza jurídica bajo condiciones de igualdad laboral a las personas que prestan servicios de seguridad pública, por su parte el artículo 123, Apartado B, fracción XIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,

contiene lo que podrían ser las bases de la estabilidad laboral y de la seguridad social complementaria para los integrantes de los cuerpos de seguridad pública. (Tesis: 2a. /J. 79/2002, Segunda Sala, Tomo XVI, Julio de 2002). Así como la inestabilidad laboral e indemnización, la primera al prescribir que los agentes del Ministerio Público, los peritos y los miembros de las instituciones policiales de la federación, Ciudad de México, los estados y los municipios, podrán ser separados de sus cargos si no cumplen con los requisitos que las leyes vigentes en el momento del acto señalen para permanecer en dichas instituciones, o removidos por incurrir en responsabilidad en el desempeño de sus funciones.

Asimismo la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República establece en su —artículo 57— que los miembros del SPC, que no cumplan con los requisitos de permanencia en los procesos de evaluación de control de confianza, del desempeño o de competencias profesionales, dejarán de prestar sus servicios en la PGR.

En la Tesis: P. /J. 12/2012 se determinó que: *Las evaluaciones de control de confianza son instrumentos para acreditar que quienes se someten a ellas poseen ciertas cualidades para acceder o mantenerse en el ejercicio de alguna actividad dentro del servicio público*, esto es,

son medios y no fines en sí mismos. Por otra parte, los requisitos y calidades que debe reunir una persona para acceder a un cargo público o mantenerse en él deben estar previstos forzosamente en la ley, para que la eventual práctica de tales evaluaciones oficiales sean instrumentos válidos, útiles y razonables desde la perspectiva constitucional. Lo anterior significa que no son las evaluaciones de control de confianza las que pueden formar parte de los requisitos para acceder a un cargo público, sino aquellas condiciones para el acceso y ejercicio de determinados cargos y que puedan medirse con tales exámenes, lo cual estará sujeto al respeto de los derechos humanos garantizados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea Parte (Tesis: P. /J. 12/2012 (10a.) PLENO, Libro X, julio de 2012).

Ahora bien, la LGSNSP contempla la aprobación de evaluaciones de control de confianza como un requisito previo al ingreso en las instituciones y que, inclusive, dicha ley establece como delito —Artículo 139, fracción IV— el asignar nombramiento de policía, Ministerio Público o perito oficial a persona que no haya sido certificada. Siendo así un mecanismo eficaz que permita asegurar que ningún servidor

público pueda ser contratado sin antes haber sido evaluado y certificado, o con el objetivo primordial de tener al personal capacitado y adecuado en las instituciones (Lara Martínez. 2013, p.105).

VI. CONCLUSIÓN

El proceso de control de confianza es solo una parte del sistema de profesionalización, cuyo propósito es fortalecer los márgenes de seguridad, confiabilidad, eficiencia y competencia del personal. Bajo este esquema resulta indispensable el establecimiento y operación de un procedimiento sistemático, uniforme y estandarizado de evaluación, lo cual nos permite regular sistemas de control de ingreso del personal así como el desempeño, conductas y antecedentes de cada servidor y fortalecer procesos, es por ello que los exámenes de control de confianza sirven para seleccionar y evaluar al personal y permite detectar vulnerabilidades para no correr riesgos de corrupción, impunidad e incluso la penetración del crimen organizado que puedan dañar el patrimonio y el cumplimiento de los objetivos de las instituciones.

El estudio de la confianza en las instituciones en México es de suma importancia ya que se considera un tema muy polémico porque al

pretender determinar la “confianza” en una persona, se puede realizar a partir de dos enfoques; uno de ellos está basado en el alcance físico o de aptitudes que se refleja propiamente en lo que identificaríamos como la “competencia” de la persona para considerarla capaz de procurar y lograr los resultados en determinada actividad; y el otro enfoque basado propiamente en la “conducta”, es decir, aquel aspecto que depende de las tendencias conductuales, voluntad y decisión de la persona, sin duda alguna, este enfoque es precisamente el polémico asunto de la **confiabilidad**, ya que las instituciones han tenido que valerse de instrumentos y técnicas que ayuden a determinarla, en este caso nos referimos al polígrafo.

Cabe mencionar que **el polígrafo no es la única evaluación que determina el ingreso o permanencia en las instituciones** ya que son cinco evaluaciones, como lo mencionamos anteriormente, es por ello que este artículo menciona la relevancia del uso del polígrafo y a su vez el tema en relación con la permanencia o sustitución del cargo, ya que se ha planteado que el realizar este examen constituye una violación a los derechos humanos, sobre esto podemos decir que, en primera instancia, una persona que se somete a un examen de polígrafo debe hacerlo voluntariamente

y ratifica su voluntad firmando un documento de autorización, y si hablamos de hostilidad y presión psicológica durante la evaluación de control de confianza en el Centro de Evaluación y Control de Confianza, en este punto resulta necesario precisar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha emitido opinión sobre la evaluación poligráfica, la cual versa sobre los siguientes puntos:

- La prueba poligráfica, no es inconstitucional en tanto que tiene sustento en los artículos 21 y 123, apartado B, fracción XIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y de las instituciones de seguridad pública.
- La inclusión de la prueba poligráfica dentro de las evaluaciones de control de confianza es constitucionalmente válida.

VII. FUENTES DE CONSULTA

Acuerdo Nacional por la Seguridad, la Justicia y la Legalidad. *Diario Oficial de la Federación*. Disponible en http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5057719&

Baques Cardona, J. (2012). “Otras Técnicas en Psicología Forense:

detección de mentiras en la declaración de testigos”. *Manual de psicología penal forense*. Miguel Ángel Soria. Barcelona: Atelier.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (14 de agosto de 2001). *Diario Oficial de la Federación*. Disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_29ene16.pdf

Cortes Coto, D. y Arana Rojas, M. A. (2005). “El detector de mentiras en nuestro proceso penal”. *Revista de la Asociación de Ciencias Penales*. Año 12, (23). Costa Rica: Intemem.

Costa, V. (2013). “La validez del Polígrafo”. C & N Abogados Penal y Fiscal. España. Disponible en <http://virginiacostaabogados.com/2013/01/19/la-validez-del-poligrafo/>

Domínguez Trejo, B. (2004). *El estudio de las mentiras verdaderas. Reseñas sobre el Abuso del Polígrafo*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. México. Disponible en http://www.psicol.unam.mx/profesionales/psic clinica/iem/descargas/est_men_ver.pdf

García Huitron, A. (2014). *La política de seguridad en México. Evaluación y reflexiones desde la Criminología crítica (2006-2012)*. México: INACIPE.

Informe al 30 de abril de 2016. Evaluación de control de confianza y certificación al personal del servicio profesional de

carrera de las Instituciones de Seguridad Pública. Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública. México, Disponible en http://www.secretariadoejecutivo.gob.mx/docs/Informe_Centro%20Nacional%20de%20Certificaci%C3%B3n%20y%20Acreditaci%C3%B3n_Abril%202016.pdf

Informe de noviembre de 2014 al cumplimiento al artículo transitorio de la LGSNSP. Evaluación de control de confianza y certificación al personal del servicio profesional de carrera de las Instituciones de Seguridad Pública. Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, México. Disponible en http://www.secretariadoejecutivo.sns.gov.mx/work/models/SecretariadoEjecutivo/Resource/1052/1/images/PRESENTACION_07112014.pdf

Lara Martínez, A. (coord.).(2013). *Régimen jurídico de los miembros de cuerpos de seguridad pública*. Tribunal de lo Contencioso Administrativo, México. Disponible en <http://tcagto.gob.mx/wp-content/uploads/2014/12/LIBRO-REGIMEN-JURIDICO.pdf>

Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública. (29 de octubre de 2013). *Diario Oficial de la Federación*. Disponible

- en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGTAIP.pdf>
- Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública. (29 de octubre de 2013). *Diario Oficial de la Federación*. Disponible en www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGSNSP.pdf
- Merino Huerta, M. (2013). *Lineamientos generales de operación para el Servicio Profesional de la PGR*. Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE). México. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/site/destacados/cide-pgr/proyecto-2-servicio-profesional/pgr-lineamientos.pdf>
- Office of Technology Assessment United States Congress. (2004). *Scientific Validity of Polygraph Testing: A Research Review and Evaluation*. Hawaii: University Press of the Pacific.
- Peláez, G. y Pedraza, M. (2011). “La validez y fiabilidad de la prueba de polígrafo”. *Control de confianza: hacia una nueva cultura policial para México*. Centro de Investigaciones y Estudios en Seguridad. Asociación Americana de Poligrafistas.
- Procuraduría General de la República, (2013). Plan de Trabajo de la Procuraduría General de la República. Presentado al Senado de la República el 20 de mayo del 2013.
- Raskin, D., Malangón, F. y Novoa, M. (2013). “Validez de los exámenes poligráficos”. *El poligrafista internacional*, 9. Disponible en https://issuu.com/juanmartinez16/docs/el_poligrafista_internacional_num9_
- Rodríguez Manzanera, L. (1965). *El Polígrafo: Detector de Mentiras*. México: Panamericana.
- Rosen, T. (2002). *El Polígrafo Mitos y Realidades*. México: INACIPE.
- Ruiz Guarneros, A. I. (2016). “El polígrafo. Un instrumento científico”. *Iter Criminis. Revista de ciencias penales*, 12, enero-marzo, pp. 140-143.
- Sánchez Sandoval, A. (2000). *Derechos humanos, seguridad pública y seguridad nacional*. México: INACIPE.
- Tesis: P. /J. 12/2012 (10a.). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, 2001108, PLENO, Libro X, julio de 2012, Tomo 1, pág. 243, Jurisprudencia (Constitucional), rubro: Evaluaciones de control de confianza. Son medios y no fines en sí mismos, y su constitucionalidad depende de la validez del requisito legal que pretenden medir. Disponible en <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/2001/2001108.pdf>

Tesis: 2a. /J. 79/2002. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, 186427, Segunda Sala, Tomo XVI, Julio de 2002, pág. 356, Jurisprudencia (Administrativa). Rubro: Seguridad pública.

Tesis: P. /J. 35/2000. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, 192083, Pleno, Tomo XI, abril de 2000, pág. 557, Jurisprudencia (Constitucional), rubro: Seguridad pública.

VISIONES PARA EL FUTURO

CONCURSOS DE OPOSICIÓN: INJUSTAS GENERALIZACIONES

○ César Esquinca Muñoa*

* Doctor en Derecho por la UNAM.

PALABRAS CLAVE

KEYWORDS

○ **Administración de justicia**

Administration of justice

○ **Concursos de oposición**

Opposition competitions

○ **Poder Judicial de la Federación**

Federal Judicial Branch

○ **Carrera judicial**

Judicial career

Resumen. La construcción de un sistema profesional de carrera en el ámbito de la Administración de Justicia no ha estado exento de problemáticas. César Esquinca Muñoa realiza un recuento de la conformación de los concursos de oposición para presentar una asidua crítica de los procesos que actualmente se están siguiendo.

Abstract. The construction of a professional career system in the field of the Administration of Justice has not been happening without problems. César Esquinca Muñoa recounts the composition of the opposition competitions to present an assiduous critique of the processes that are currently being followed.

SUMARIO:

I. Orígenes. II. Inicio. III. Complicado transitar. IV. Injustas generalizaciones.

I. ORÍGENES

La reforma a la Ley Suprema de 31 de diciembre de 1994, una de las más importantes en materia de justicia de las últimas décadas, descansó en tres ejes rectores esenciales: la transformación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en un tribunal constitucional, la creación del Consejo de la Judicatura como órgano de gobierno del Poder Judicial de la Federación, y el reconocimiento de la carrera judicial regida por los principios de excelencia, objetividad, imparcialidad, profesionalismo e independencia.

Este último, a pesar de haber sido el menos publicitado, resultó a mi parecer el más importante para la transformación del sistema de impartición de justicia, que es el que importa al común de las personas, porque a través del mismo se resuelven los pequeños grandes problemas que afectan en lo cotidiano, cualquiera que sea la materia que les de sustancia.

Esto es, lo que importa al ciudadano común y corriente —categoría en la que tenemos cabida todos,

con independencia de posiciones sociales o jerarquías—, es que se le imparta la justicia pronta, imparcial y completa que mandata el artículo 17 constitucional, que por desgracia estamos muy lejos de alcanzar, lo que provoca el desencanto y la frustración de una sociedad justamente indignada.

Reglamentando las disposiciones de la Carta Magna, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación de 18 de abril de 1995 estableció en su Título Séptimo, artículos 110 y 112, las categorías integrantes de la carrera judicial y el sistema de concurso interno de oposición y oposición libre para el ingreso y promoción a las categorías terminales, que son las de juez de Distrito y Magistrado de Circuito, quedando así superado el llamado sistema tutorial, en el que esas designaciones dependían únicamente de la voluntad de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que por turno hacían las propuestas al Pleno sin encontrar oposición de sus pares.

En realidad, al establecerse el nuevo sistema para el efecto de realizar tales designaciones, se democratizó el Poder Judicial de la Federación al permitir que en los concursos de oposición participaran, en igualdad de circunstancias y sin discriminación alguna, todos quienes reunieran los requisitos

constitucionales, legales y reglamentarios exigidos para ocupar esos cargos, dependiendo el resultado únicamente de sus conocimientos y aptitudes, fomentándose así la cultura del esfuerzo y eliminando padrinazgos y recomendaciones.

II. INICIO

Nada fácil fue la organización de los primeros concursos, responsabilidad que recayó en el Instituto de la Judicatura Federal, órgano auxiliar del Consejo de la Judicatura, porque no se tenía ningún antecedente en nuestro país y esto obligó a investigar en la doctrina y en fuentes académicas nacionales y extranjeras.

Desde un principio se tomaron medidas extremas de control procediéndose a integrar una base de datos con los reactivos formulados por los miembros del Comité Académico —todos juristas de reconocido prestigio—, depurados por el director general cuidando que no fueran demasiado sencillos ni de extrema dificultad, mismos que fueron capturados en un equipo de cómputo instalado en su oficina exclusivamente para ese efecto al que solo tenía acceso una oficial judicial, odontóloga de profesión, que por lo tanto no tenía el menor conocimiento de cuestiones jurídicas, y de una discreción tal que era

imposible arrancarle palabra alguna al respecto.

Las medidas de seguridad también se extremaron y nadie tenía acceso a la información relacionada con los concursos, incluyendo a los consejeros que siempre fueron respetuosos de la reglas impuestas por la Dirección, aunque no faltó quien las considerara excesivas; sin embargo, por ser el inicio de un nuevo sistema de designación y promoción a los cargos terminales de la carrera judicial, que era necesario legitimar y darle credibilidad, me pareció que era preferible pecar por exceso que por defecto.

El primer concurso interno de oposición para la designación de magistrados de Circuito tuvo lugar en 1996 y fue verdaderamente exitoso, lográndose vencer resistencias y acallar voces malintencionadas que insistían en que era una simple simulación y que los nombrados serían los recomendados de ministros y consejeros.

El éxito obedeció no solo a las medidas de seguridad previas al concurso, sino también a las adoptadas al inicio y durante su desarrollo. Así, la tarde anterior a la celebración de la primera etapa —respuesta al cuestionario escrito—, ante la fe de una secretaria se procedió a integrar el cuestionario seleccionando aleatoriamente cien reactivos de la base de datos,

cuidando el equilibrio en las materias básicas que todo juzgador debía conocer (constitucional, amparo, penal, civil, administrativo y laboral) para que todos los concursantes tuvieran las mismas oportunidades, labor realizada con el auxilio de la oficial judicial responsable del manejo de la computadora. Una vez integrado, con el auxilio de las mismas dos personas se procedió a su reproducción en una fotocopidora instalada también en la Dirección General, labor que concluyó a altas horas de la noche, colocándolos en sobres e integrándose después paquetes flejados, sellados, lacrados y firmados para garantizar su inviolabilidad, terminando en la madrugada del día siguiente sin que durante todas esas horas nadie hubiera tenido acceso a la oficina.

A partir de las 7.00 horas inició el proceso de identificación y registro de los concursantes de forma manual ya que no se contaba con los sistemas informáticos de la actualidad, pero sí con personal debidamente capacitado y eficiente. A las 9.00 horas, estando todos en los lugares que les fueron asignados, se les instruyó respecto a la forma en que debían utilizar las hojas de respuestas —las cuales estaban identificadas con códigos de barras para evitar que quienes las calificaran conocieran la identidad de sus autores—, las prohibiciones y forma de

conducirse, así como las consecuencias de su incumplimiento, dándose diez minutos de tolerancia por el posible retraso de algún aspirante, pasados los cuales fueron cerradas las puertas del auditorio. Acto seguido se procedió a la apertura de los paquetes en presencia de los concursantes y cada uno de ellos pasó a tomar uno de los sobres que contenían los cuestionarios, empezando todos a la misma hora a resolverlos.

La lectura de las hojas de respuestas que según lo antes dicho estaban —identificadas únicamente con códigos de barras—, la realizó una compañía especializada externa y el resultado se obtuvo el mismo día por la tarde-noche, sin que pudiera darse a conocer de inmediato porque estaba previsto su envío al *Diario Oficial de la Federación* para su publicación que surtía efectos de notificación a los interesados.

Iguales medidas de seguridad y disciplina fueron aplicadas en las siguientes etapas: solución de casos prácticos —uno sobre la materia elegida por el concursante y otro asignado aleatoriamente de entre las restantes—, utilizándose también para los proyectos códigos de barras y examen oral público, contando siempre con el apoyo institucional de los consejeros, miembros del Comité Académico y magistrados integrantes de los comités de evaluación y jurados.

Esta fue la forma de celebrar los concursos de oposición internos para la designación de magistrados de Circuito y jueces de Distrito durante los años de 1996 a 1999, obteniéndose siempre resultados satisfactorios. Desde luego que no faltaron incidentes menores —alguien que pretendió copiar, preguntar a sus compañeros o consultar notas no permitidas— que por la estricta vigilancia implementada eran resueltos de inmediato sin que trascendieran a los resultados. Sin lugar a dudas se logró legitimar el sistema, darle credibilidad y despertar la confianza de los servidores del Poder Judicial de la Federación, que por primera vez tuvieron la convicción de que únicamente con dedicación, esfuerzo, estudio y perseverancia podían acceder a los cargos más importantes de la carrera judicial: juez de Distrito y magistrado de Circuito.

De esas generaciones surgieron las juzgadoras y juzgadores que ahora, dos décadas después, constituyen la columna vertebral del Poder Judicial de la Federación.

III. COMPLICADO TRANSITAR

Vinieron cambios cupulares y de dirección que repercutieron en los concursos, que se multiplicaron más de lo aconsejable sin la previa

preparación del material humano, flexibilizándose los requisitos para participar y dejándose de actualizar la base datos, además de minimizar las reglas disciplinarias y disminuir los controles. Tal vez lo más negativo fue que empezaron a intervenir demasiadas personas de la sede central y de las extensiones del Instituto, particularmente en la primera etapa que es la puerta de entrada para participar en las subsiguientes. Quizá por eso empezaron a presentarse inconformidades con los resultados por quienes los consideraban inexplicables, debido a que varios de los que aprobaban no eran los mejores y eso les hacía pensar en favoritismos, aunque en honor a la verdad debe decirse que nunca se aportó prueba alguna de ello.

Sin embargo, fueron esos resultados los que dieron origen a lo que denominamos cultura del recurso, que fue creciendo hasta convertirse en un verdadero tsunami ya que los concursantes empezaron a inconformarse de todo: el acuerdo base, la convocatoria, los reactivos, los casos prácticos, los exámenes orales y las calificaciones obtenidas en cada etapa, los factores de evaluación judicial y desde luego los resultados finales. Ante ese cúmulo de recursos, la Suprema Corte fue estableciendo criterios cada vez más severos e invasivos que acabaron por desnaturalizar la esencia de los concursos,

sobre todo cuando determinaban la calificación a otorgar.

En una decisión cuestionable el Consejo decidió publicar antes de cada concurso, a título de guía de estudio, todos los reactivos. La consecuencia fue que los secretarios aspirantes a acceder al cargo de juez de Distrito dedicaran todo su tiempo a memorizarlos, en perjuicio del desempeño de sus funciones que dejaban en manos de los oficiales judiciales, y como en ocasiones los concursos para esa categoría y para la de magistrado de Circuito coincidían en tiempo, llegó a darse el caso de que los jueces aspirantes procedieran de igual manera con grave afectación a la impartición de justicia.

Con ese sistema, quienes no obtenían entre 98 y 100 en la primera etapa no accedían a la segunda, llegándose a pregonar la excelencia a la que supuestamente se había llegado cuando no era sino un falso espejismo porque se trataba simplemente de buenos memoristas, que no es precisamente la cualidad más importante de un buen juzgador. Debo aclarar que los menos responsables de esta situación —excepto en lo de descuidar sus funciones— eran los concursantes, que tan solo aprovecharon las circunstancias favorables derivadas de decisiones culpares poco afortunadas.

El primer problema serio que puso en entredicho el sistema aconteció al celebrarse un concurso interno de oposición para la designación de jueces de Distrito, en el que se insistió en que se había filtrado información e incluso que algunos de los participantes conocieron con antelación el caso práctico que resolverían en la segunda etapa. Si bien quienes efectivamente tuvieron ese conocimiento fueron separados del concurso, tal vez para evitar escándalos no hubo difusión de lo ocurrido ni llegó a saberse a ciencia cierta cómo obtuvieron el expediente, perdiéndose una valiosa oportunidad para dar un golpe de autoridad y sancionar severamente a los implicados a fin de evitar que en el futuro pudieran repetirse actos de esa naturaleza.

La creciente problemática me llevo a sostener en el libro *Consejo de la Judicatura. Experiencia Mexicana*, publicado en 2010 pero escrito en años anteriores, página 424, que: “Ante lo ocurrido en los últimos años con los concursos de oposición internos y libres, lo importante es reorientar las funciones del Instituto de la Judicatura Federal para vincularlas estrictamente con la función de jueces y magistrados, reafirmando así su carácter de escuela judicial. En concreto se propone que a través de las reformas legales conducentes se determine

que los cursos de formación sean el acceso al cargo, siguiendo el ejemplo de la Escuela de la Magistratura Francesa, en la inteligencia de que para evitar críticas de endogamia los concursos se mantendrían como vía de acceso a dichos cursos...de lo que se trata es de impartir cursos de tiempo completo, con alumnos cuidadosamente seleccionados por concurso, a los que se les imparta una preparación teórico-práctica con tutorías y estancias en juzgados y tribunales, juntas de conciliación y arbitraje, procuradurías y todos aquellos órganos jurisdiccionales con los que está vinculada la función jurisdiccional federal, particularmente a través de la vía del amparo...Desde luego que la propuesta es de cursos impartidos con severidad académica y disciplina a fin de consolidar capacidades jurídicas y técnicas, además de conocer aspectos de personalidad que trascienden a la función jurisdiccional, como lo demuestra la problemática que actualmente estamos viviendo. En este último aspecto el objetivo es el de propiciar que los problemas de conducta sean superados, de manera que al nombrarse un juez no sólo se tenga la seguridad de su capacidad técnica jurídica, sino también de que es una persona equilibrada y sensata”.

Estas consideraciones no fueron del agrado de algunos altos

funcionarios judiciales y como consecuencia al libro no se le dio ninguna difusión, no obstante que por la información que contiene resulta esencial para conocer al Consejo, un órgano constitucional de gobierno que a la fecha sigue siendo poco conocido incluso para los integrantes del Poder Judicial de la Federación

Poco tiempo después, al tomar posesión del cargo de Consejero de la Judicatura Federal ante los Plenos de la Suprema Corte del Tribunal Electoral y del Consejo, el 26 de noviembre de 2009 insistí en el tema al exponer: “El sistema de concursos instaurado en 1996, que democratizó las designaciones al brindar oportunidades antes inexistentes, ya cumplió su ciclo. Así lo demuestran las continuas inconformidades y múltiples recursos interpuestos contra sus resultados. Es el momento de impulsar reformas legales que permitan sustituirlo por otro en el que el Instituto de la Judicatura sea la puerta de entrada a la carrera judicial, a través de cursos diseñados con el mayor rigor académico, alumnos de tiempo completo, con tutorías y estancias en órganos jurisdiccionales de distintas especialidades que les den una visión universal de los problemas de la justicia; con un seguimiento puntual de conductas y tendencias que permita superar problemas de personalidad, que

ahora no conocemos hasta que el designado entra en funciones”.

Debo reconocer que lo único que logré durante mi gestión fue eliminar la absurda publicación de los reactivos y devolver la seriedad, disciplina y transparencia en el desarrollo de los concursos, pero esto fue suficiente para volver a la realidad, que no es otra que la deficiente capacitación y las bajas calificaciones obtenidas, ya que la constante ha sido que, por ejemplo, en los concursos internos para la designación de jueces de Distrito, del número de aspirantes admitidos en cada uno, tan solo entre un ocho y un diez por ciento alcancen la calificación requerida en la primera etapa para acceder a la segunda, resultados insatisfactorios si tomamos en cuenta que se trata de servidores públicos de carrera judicial con varios años de servicios —algunos décadas— que además han aprobado numerosos cursos en el Instituto de la Judicatura.

En esa época se presentó un nuevo problema serio, aunque por causas muy diferentes del anterior. Resultó que al estarse celebrando dos concursos internos paralelos para la designación de jueces de Distrito —con lo que nunca estuve de acuerdo porque por razón natural los participantes serían calificados con criterios diferentes de los integrantes de los diversos comités

de evaluación y jurados—, en uno de ellos fueron modificadas las calificaciones de algunos concursantes que ya habían sido del conocimiento de los demás participantes al publicarse en los tableros. En realidad se trató de enmendar errores y en un acto de justicia otorgarles la calificación que realmente merecían, pero como ese procedimiento no estaba previsto en la ley ni en acuerdo respectivo, ante las suspicacias y desconfianza que despertó se tomó la determinación de anular ambos concursos.

Todo lo anterior me llevó a realizar un exhaustivo estudio de los concursos de oposición celebrados entre los años de 1995 y 2015 para acceder a los cargos de juez de Distrito y magistrado de Circuito en sus diferentes versiones (de méritos, internos y libres) poniendo énfasis en sus aciertos, errores, contradicciones y decisiones inexplicables, cuyos pormenores pueden consultarse en el libro *Carrera Judicial. Antecedentes, Realidades y Prospectiva* publicado en el año 2016, páginas 277 a 356, al que tampoco se le dio difusión a pesar de contener información esencial para los integrantes del Poder Judicial de la Federación y en especial para quienes forman parte de la carrera judicial tanto en el fuero federal como en el local.

En particular preocupa el pobre resultado de estos concursos,

especialmente los internos, cuenta habida de que según lo antes dicho los participantes son servidores públicos de esa carrera con años de experiencia y múltiples cursos aprobados en el Instituto de la Judicatura. A título de ejemplo cito los siguientes: décimo octavo para la designación de jueces de Distrito, al que fueron admitidos 1,400 aspirantes de los que solo el 10.20 % superaron la primera etapa; el vigésimo primero también para designar jueces de Distrito, en el que participaron 1,600 y únicamente el 4.95 % accedieron a la segunda etapa; el primer concurso interno de oposición para la designación de jueces de Distrito especializados en el nuevo proceso penal acusatorio, al que se admitieron 1,221 aspirantes, de los que solo el 1.31% superó la primera etapa; el segundo concurso interno de esa especialidad, al que fueron admitidos 866 de los que tan solo el 6.36 % accedieron a la segunda etapa; la inusual celebración de seis concursos simultáneos en diferentes sedes también para designar jueces de Distrito en esa especialidad, a los que se admitieron en total a 1206 aspirantes de los que únicamente el 8.13 % accedió a la segunda etapa.

Estas consideraciones, apoyadas en datos duros, me llevaron a sostener una vez más en el libro citado que "...tomando en cuenta todo lo expuesto en relación a los concursos

de oposición como vía de acceso a los cargos terminales de la carrera judicial federal, que denotan inconsistencias, serios cuestionamientos y pérdida de credibilidad, la conclusión ineludible es que ya cumplieron su ciclo, están agotados y deben ser sustituidos por nuevos procedimientos a través de la escuela judicial, en los que prive la apertura, objetividad y transparencia".

IV. INJUSTAS GENERALIZACIONES

El 12 de octubre de 2017 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la convocatoria al vigésimo octavo concurso interno de oposición para la designación de jueces de Distrito, siendo 50 las plazas concursadas. El 7 de diciembre siguiente fue publicada la lista de los 2601 aspirantes aceptados, a quienes se les exigió, entre otros requisitos, que tuvieran cuando menos una antigüedad de seis años en una o varias de las categorías señaladas en el artículo 110 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Este concurso fue muy desafortunado por errores, descuidos y deslealtades cometidos por personal del Instituto de la Judicatura, responsable del desarrollo de la primera etapa, que llevaron a un desenlace insólito y preocupante.

En principio, para integrar el cuestionario de 100 reactivos que deberían contestar los aspirantes en la primera etapa, la base de datos estaba integrada con tan solo 120 o 130 (las dos cifras se han mencionado), cuando la experiencia demuestra que para no correr ningún riesgo era necesario contar con un total de entre 800 y 1000, a fin de que la integración aleatoria de dicho cuestionario estuviera blindada contra cualquier posible filtración.

Después, la estrategia a seguir en el desarrollo de la primera etapa, fijada para el 4 de enero de 2018, no fue la correcta porque ante el inusitado número de concursantes, 2601, que superaba con creces los máximos históricos anteriores que hasta donde tengo registrado fluctuaron entre 1400 y 1600, lo aconsejable era que esa etapa fuera celebrada en al menos cinco sedes distribuidas estratégicamente en el norte, centro y sur de la república, lo que además disminuiría los gastos de traslado, hospedaje y alimentación de los participantes. No fue así y se les citó a todos para que se presentaran en la sede central del Instituto a partir de las siete de la mañana para registrarse, siendo muchos los que lo hicieron con horas de anticipación, en especial los provenientes del interior de la república.

La logística falló porque, por una parte, era obvio que a pesar de sus

amplias instalaciones el Instituto no contaba con espacios suficientes para instalar a todos dentro de ellas, de manera que conforme se registraban se les iba acomodando en las aulas y espacios interiores. Estos fueron los menos, ya que la mayoría fueron instalados en el estacionamiento del propio Instituto, lugar totalmente inapropiado.

Por otra parte, a pesar de contar con todos los apoyos informáticos necesarios, el procedimiento de integración del cuestionario y su reproducción tardaron más de lo debido, lo que trajo como consecuencia que el examen iniciara después de las 13:00 horas. Es pertinente hacer notar que una vez registrados los concursantes ya no podían abandonar sus lugares y aun cuando se les dio un refrigerio, la tensión, ansiedad y angustia fue incrementándose con el paso de las horas, en particular para quienes estaban en el estacionamiento soportando las corrientes de aire frío de esa mañana y los malos olores provenientes de los sanitarios portátiles ahí instalados para que los utilizaran.

El día 18 del propio mes de enero se publicó el resultado del examen, francamente poco alentador ya que de los 2601 aspirantes aceptados tan solo 91 alcanzaron la calificación mínima exigida para pasar a la segunda etapa, esto es, aproximadamente el 3.50 %, pero

aparentemente normal tomando en cuenta porcentajes de los concursos anteriormente mencionados y el tiempo de espera de hasta más de seis horas para iniciar la respuesta del cuestionario en las condiciones adversas señaladas.

Lo inesperado fue el aviso publicado el 16 de febrero siguiente, informando a los participantes lo determinado por el Pleno del Consejo de la Judicatura Federal en sesión ordinaria del día 14 de ese mes, en el sentido de anular el vigésimo octavo concurso interno de oposición para la designación de jueces de Distrito, con apoyo en los artículos 97, párrafo primero, 110, párrafos primero, cuarto y séptimo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y 51 del Acuerdo General que establece el procedimiento y lineamientos generales para acceder al cargo de juez de Distrito mediante concursos internos de oposición.

El escueto aviso no da razones ni motivos de la anulación, pero pronto se supo que obedeció al informe rendido por el director del Instituto de la Judicatura en el sentido de que los reactivos del examen fueron sustraídos y comercializados, especulándose después en diversas publicaciones periodísticas que el precio de venta había fluctuado entre cuatrocientos mil y cien mil pesos. Este fue un golpe demoledor

a la credibilidad de los concursos, porque si bien antes se habían cometido errores y desatinos como los señalados en párrafos anteriores, nunca se llegó al extremo totalmente inadmisibles de la sustracción y venta de los reactivos con los que se integran los cuestionarios. Siendo así, la determinación del Ministro Presidente y de los Consejeros de anular el concurso, fue más que justificada.

Quienes dedicamos toda nuestra vida laboral a servir al Poder Judicial de la Federación nos sentimos indignados con lo acontecido y confiamos en que las investigaciones iniciadas para esclarecer los hechos concluyan a la brevedad y los responsables de esas vergonzosas conductas —que agravan a todos los integrantes de ese Poder—, ya sean servidores públicos administrativos o de carrera judicial, cualquiera que sea su jerarquía, sean sancionados con el máximo rigor de la ley en los ámbitos administrativo, laboral y penal. Nunca más ninguno de ellos deberá formar parte del que ha sido y es el más íntegro y transparente de los tres Poderes que integran el Supremo de la Federación.

Ahora bien, estos hechos sin duda reprobables e inadmisibles, han sido aprovechados por periodistas ignorantes y de mala fe para tratar de poner en duda la legitimidad

de jueces y magistrados que accedieron a esos cargos a través de concursos de oposición, sugiriendo que todos hicieron trampas y “compraron las plazas” según información de “fuentes que pidieron no mencionar sus nombres por razones de seguridad”, lo que no es sino una forma de ocultarse en el anonimato para denostar a respetables juzgadores federales.

Esta forma de proceder, desinformando a una sociedad ya de por sí indignada por lo que ha ocurrido en los últimos años en materia de corrupción e impunidad, es una cobardía y una canallada porque la predispone en contra de quienes son el último valladar para hacer respetar los derechos humanos y las garantías individuales consagradas en la Constitución Federal.

Tratar de desprestigiar a los juzgadores federales es atentar contra el estado de derecho, avivando el fuego de la hoguera en tiempos en que el deporte nacional ya no es el fútbol sino el cuestionamiento y golpeo a todos los órganos que representan a la autoridad —Presidencia de la República, Ejército, Armada, Congreso de la Unión, Suprema Corte de Justicia de la Unión y tribunales federales—, sin reflexionar que esa posición destructiva a lo único que puede llevarnos, como país, es al debilitamiento de las instituciones y al caos como consecuencia,

y no es lo que deseamos la inmensa mayoría de los mexicanos.

De lo analizado en este artículo queda claro que desde hace más de una década he sido un crítico severo pero constructivo del sistema de concursos como vía de acceso a los cargos terminales de la carrera judicial federal, por las razones aquí expuestas y en mis libros. Sin embargo, reconozco y enfatizo que los juristas que alcanzaron esos honorosos cargos lo hicieron por merecimientos propios, con toda limpieza y cumpliendo cabalmente los requisitos constitucionales, legales y reglamentarios. Si en algunos concursos hubo errores, desaciertos o descuidos, no fue responsabilidad de ellos, y ninguno, lo afirmo con conocimiento de causa, hizo trampa o “compró la plaza” como irresponsablemente se ha sugerido en notas de una prensa sensacionalista que solo confunde a la opinión pública.

Más aún, al referirme a los primeros concursos celebrados entre los años de 1996 y 1999, sostuve que de ellos surgieron las juzgadoras y juzgadores que ahora constituyen la columna vertebral del Poder Judicial de la Federación, sin dar nombres para no correr el riesgo de incurrir en injustas omisiones. Confirmando lo anterior y a título de ejemplo, menciono que dos excelentes jueces de Distrito ascendieron

a través de esos concursos al cargo de magistrado de Circuito, los juristas Jorge Mario Pardo Rebolledo y Alberto Pérez Dayán, ahora dignos ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Concluyo reiterando, por una parte, que esperamos pronto y ejemplar castigo a quienes mancillaron al Poder Judicial de la Federación y ofendieron a sus integrantes con

la sustracción, venta y compra de los reactivos; por otra, que ya no debe celebrarse ningún concurso de oposición para acceder a los cargos terminales de la carrera judicial federal, de la naturaleza o modalidad que sean, sino substituir el sistema por otro que devuelva credibilidad interna y externa, a la par que dé certeza a los justiciables.

Cómo publicar en

REVISTA MEXICANA DE CIENCIAS PENALES

REVISTA MEXICANA DE CIENCIAS PENALES, publica artículos que son el resultado de investigaciones científicas originales sobre ciencias penales y, en especial, acerca de la reflexión, el estudio y análisis del sistema acusatorio adversarial y el cambio cultural que este implica para la construcción de una cultura de la legalidad. Los trabajos deberán ajustarse a los siguientes lineamientos:



ENVÍO ELECTRÓNICO

Los trabajos deben entregarse en formato Microsoft Word, en letra Times New Roman de 12 puntos, con interlineado de 1.5, en hoja tamaño carta, con márgenes superior e inferior de 2.5 cm, y derecho e izquierdo de 3 cm, a la dirección: publicaciones@inacipe.gob.mx



ESPECIFICACIONES

Los documentos deberán ser colaboraciones originales que no hayan sido publicadas en ningún otro medio. Asimismo, incluirán, en su primera página, título, índice, resumen analítico (de 100 palabras aproximadamente) y 4 palabras clave; en relación con el autor o autores, se incluirá su nombre completo, adscripción institucional y correo electrónico. El texto deberá ser como mínimo de 10 cuartillas y no debe rebasar las 25, tomando en cuenta las características del formato señaladas en el punto anterior. Esta cantidad, en casos extraordinarios, puede variar dependiendo de las observaciones en el dictamen correspondiente o del acuerdo entre el autor y el Comité Editorial. Las referencias bibliográficas de los artículos deberán apegarse a las normas ISO 690:2010, consultables en <https://www.iso.org/standard/43320.html>



CALENDARIO

La fecha límite para la recepción de las colaboraciones será de dos meses antes de la temporalidad de la publicación, por lo tanto, al ser *Revista Mexicana de Ciencias Penales* una revista trimestral, la cual comprende los periodos de enero a marzo, de abril a junio, de julio a septiembre y de octubre a diciembre, los trabajos se recibirán en noviembre, para el primer número anual, en febrero, para el segundo, en mayo, para el tercero y en agosto para el último número del año.



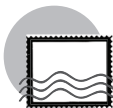
PROCESO DE DICTAMINACIÓN

Los trabajos se someterán a la evaluación del Comité Editorial siguiendo el sistema doble ciego. Los autores recibirán información de la eventual aceptación o rechazo de sus colaboraciones mediante el resultado del dictamen, el cual puede ser "publicable", "no publicable" o "publicable con observaciones". Dicha información se hará llegar a los autores un mes antes de la periodicidad de la revista, esto es, en diciembre, para el primer número anual; en marzo, para el segundo; en junio, para el tercero y en septiembre, para el último número del año. La inclusión de los originales aceptados queda sujeta a la disponibilidad del correspondiente número de la publicación.



DERECHOS

Es condición indispensable para la revista que el autor o autores cedan en exclusiva los derechos de reproducción. Si acaso surgieran peticiones del autor o de terceros para la reproducción o traducción completa o parcial de los artículos en otros medios o publicaciones, será competencia del Comité Editorial la autorización de dicha solicitud. En este sentido, se deberá indicar que la obra ha sido publicada previamente en el correspondiente número de la revista.



DOMICILIO POSTAL

Los artículos podrán ser entregados, de igual modo, en respaldo impreso y en archivo electrónico (en un disco) a la siguiente dirección postal: calle Magisterio Nacional número 113, colonia Tlalpan Centro, Delegación Tlalpan, C.P. 14000, Ciudad de México.