



LXII LEGISLATURA
CAMARA DE DIPUTADOS

COMITÉ

Centro de Estudios de Derecho e
Investigaciones Parlamentarias

Centro de Estudios de Derecho e
Investigaciones Parlamentarias
CEDIP



**MARCO JURÍDICO VIGENTE
PARA LA PERSECUSIÓN DE TRATA DE PERSONAS**
Lic. Angélica Hernández Reyes

**ESTUDIO DESCRIPTIVO DE LAS COMPETENCIAS
MUNICIPALES EN EUA - CONDADOS**
Dra. Cecilia Licona Vite

**PERSPECTIVAS DEL SISTEMA
PENITENCIARIO EN MÉXICO**
Lic. Óscar Uribe Benítez

**COMPETENCIA ECONÓMICA,
ASPECTOS JURÍDICOS Y ECONÓMICOS**
Mtra. Xochitl Garmendia Cedillo



QUÓRUM LEGISLATIVO 110
OCTUBRE - DICIEMBRE 2012



Se autoriza la reproducción total o parcial de esta obra, citando la fuente, siempre y cuando sea sin fines de lucro.

El contenido del trabajo de investigación que se publica, así como las impresiones y gráficas utilizadas, son responsabilidad del autor, lo cual no refleja necesariamente el criterio editorial.

QUÓRUM LEGISLATIVO 110

INVESTIGACIONES

MARCO JURÍDICO VIGENTE PARA LA PERSECUSIÓN DE TRATA DE PERSONAS

LIC. ANGÉLICA HERNÁNDEZ REYES

ESTUDIO DESCRIPTIVO DE LOS CONDADOS EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

DRA. CECILIA LICONA VITE

PERSPECTIVAS DEL SISTEMA DE REINSERCIÓN EN MÉXICO

LIC. OSCAR URIBE BENÍTEZ

RESEÑA:

COMPETENCIA ECONÓMICA, ASPECTOS JURÍDICOS Y ECONÓMICOS

DE: FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO

RESEÑADO POR: MTRA. XOCHITL GARMENDIA CEDILLO



LXII LEGISLATURA
CÁMARA DE DIPUTADOS

PRESIDENTE DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS

Dip. Jesús Murillo Karam

JUNTA DE COORDINACIÓN POLÍTICA

PRESIDENTE

Dip. Luis Alberto Villarreal García

INTEGRANTES

Dip. Manlio Fabio Beltrones Rivera

Dip. Silvano Aureoles Conejo

Dip. Arturo Escobar y Vega

Dip. Alberto Anaya Gutiérrez

Dip. Ricardo Monreal Ávila

Dip. Lucila Garfías Gutiérrez

SECRETARIO GENERAL

Dr. Fernando Serrano Migallón

SECRETARIO DE SERVICIOS PARLAMENTARIOS

Lic. Juan Carlos Delgadillo Salas

SECRETARIO DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS Y FINANCIEROS

Ing. Ramón Zamanillo Pérez



**DIRECTOR GENERAL DEL CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO E
INVESTIGACIONES PARLAMENTARIAS**
Mtro. César Becker Cuéllar

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	1
INVESTIGACIONES	3
MARCO JURÍDICO VIGENTE PARA LA PERSECUSIÓN DE TRATA DE PERSONAS LIC. ANGÉLICA HERNÁNDEZ REYES	5
ESTUDIO DESCRIPTIVO DE LOS CONDADOS EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA DRA. CECILIA LICONA VITE	79
PERSPECTIVAS DEL SISTEMA DE REINserCIÓN EN MÉXICO LIC. OSCAR URIBE BENÍTEZ	143
RESEÑA: COMPETENCIA ECONÓMICA, ASPECTOS JURÍDICOS Y ECONÓMICOS DE: FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO RESEÑADO POR: MTRA. XOCHITL GARMENDIA CEDILLO	205

PRESENTACIÓN

Es muy grato para el Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias poder ofrecer a los señores legisladores y a los estudiosos del Derecho, esta nueva entrega de su publicación Quórum Legislativo que cumple el propósito de acercar a sus lectores, un abanico de investigaciones identificadas con la agenda legislativa de los diferentes grupos parlamentarios. La investigadora Angélica Hernández Reyes nos ofrece un análisis intitolado Marco Jurídico para la persecución de Trata de Personas en el que con una visión global revisa este flagelo contemporáneo, identificando causas, áreas de mayor incidencia, modus operandi de los delincuentes, perfil de las víctimas, para llevarnos al tema del marco legal supranacional y el que internamente está vigente, del que refiere sus avances, pero apunta también los pendientes, tanto en materia de legislación, como los que adeuda el Ejecutivo, en cuanto a la reglamentación, aún sin emitir y la definición de políticas públicas efectivas.

El siguiente estudio versa sobre los Condados en los Estados Unidos de América y es desarrollado por la Doctora Cecilia Licon; introduce su investigación haciendo un desglose de las atribuciones y competencias establecidas por la Constitución a nivel Federal entre los órganos ejecutivo, legislativo y judicial, a partir de la división de poderes. Pasa en seguida al análisis del ámbito estatal, su organización política y distribución de competencias; finalmente procede a examinar la naturaleza, elementos y evolución de los condados como estructura de gobierno, sus formas de organización, competencias y retos.

Siempre atento a la evolución de los temas vinculados a la materia penal, Oscar Uribe Benítez, aborda un tema por demás actual, Perspectivas del Sistema Penitenciario en México. Su análisis parte de una reflexión sobre la naturaleza de la Constitución entendida como un instrumento de control legítimo por parte del Estado, cristalizado a través de la emisión de Leyes, Decretos y Reglamentos, en su doble efecto, sea para procurar un desarrollo armonioso de la sociedad ó, en caso contrario, para proteger al Estado y a sus miembros, mediante la operación de penas y sanciones para quienes incurran en conductas previstas en los tipos penales. El desarrollo de estos elementos del sistema penal, el estudio de la naturaleza de la pena y de la autoridad legitimada para imponerla, son el preámbulo para desarrollar las *diversas perspectivas del sistema de reinserción*: dogmático constitucional, de la dignidad humana, de los instrumentos internacionales y resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de las propuestas legislativas; y finalmente, de las opiniones

doctrinales que han inspirado la creación de diversos sistemas penales en occidente.

Concluimos esta edición de la revista Quórum Legislativo No. 110 con la reseña que respecto de la obra Competencia Económica, Aspectos Jurídicos y Económicos, de Francisco González de Cossío, nos ha preparado Xóchitl Garmendia Cedillo, cuya lectura es una invitación a economistas y abogados para revisar desde las dos ópticas, la situación que prevalece sobre esta importante vertiente de la realidad económica.

LIC. CÉSAR BECKER CUÉLLAR
DIRECTOR GENERAL DEL CEDIP

INVESTIGACIONES

**MARCO JURÍDICO VIGENTE PARA LA PERSECUSIÓN
DE TRATA DE PERSONAS**

LIC. ANGÉLICA HERNÁNDEZ REYES*

Me opongo a la violencia, porque cuando parece causar el bien éste sólo es temporal, el mal que causa es permanente.

*Mahatma Gandhi*¹

INTRODUCCIÓN

La Trata de Personas es un problema que ha ido en aumento de manera aberrante en las últimas décadas. A nivel mundial, se presenta como un “negocio” en el que los seres humanos son artículos comercializables, alcanzando dimensiones similares al del tráfico de drogas y armas, se estima que tiene ingresos anuales de aproximadamente 9.5 millones de dólares.¹

Cada año millones de personas en su mayoría mujeres y niños, son engañadas, vendidas, obligadas o sometidas a algún tipo de explotación de la cual les es casi imposible escapar ante sofisticadas redes de traficantes de personas. Las víctimas son explotadas sexualmente: en adopciones ilegales; en matrimonios forzados; para la extracción de órganos; en trabajos forzados o como servidumbre; niños en la guerra y en la mendicidad, vejando los derechos humanos de que gozan como individuos.

De acuerdo con la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), la explotación sexual es la forma de Trata de Personas detectada con más frecuencia (79%), seguida del trabajo forzado (18%). Por ello, al ser la explotación sexual de mujeres la más visible, ya que es la más documentada en las estadísticas mundiales. En cambio, las otras formas de explotación no han sido lo suficientemente documentadas.²

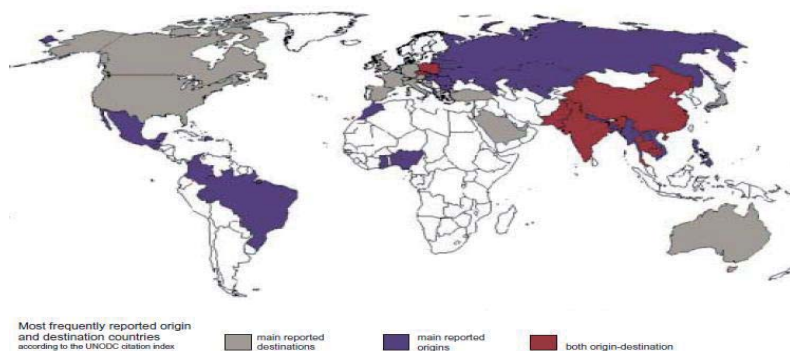
En el documento “*Tráfico de Personas: Patrones Mundiales*”, se hace una clasificación de incidencia de diversos países de la Trata de Personas, como muy alta, alta, media, baja y muy baja, en el cual advierten que nuestro país tiene una incidencia alta como país de origen; una incidencia media como país de tránsito y destino. Esta posición que ocupamos a nivel mundial, como un país de origen en donde las bandas de tratantes enganchan a más víctimas, las cuales en su mayoría son destinadas a explotación sexual y comercial y a trabajo forzado,

¹ GÓMEZ Tagle López, Erick, *La explotación sexual comercial de niñas, niños y adolescentes, Una aproximación sociológica*, Edit. Instituto Nacional de Ciencias Penales, Colección Investigación, México, 2007, 2ª. ed. p. 312.

² OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (UNODC), *Informe Mundial sobre la Trata de Personas, Resumen Ejecutivo*, Febrero de 2009, [Documento en línea], [México, citado el 20 de Octubre de 2011], formato pdf, disponible en: http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Executive_summary_spanish.pdf, p. 1.

resulta bastante vergonzosa.³ En el siguiente cuadro podemos ver la distribución de países de origen, tránsito y destino:⁴

“PAÍSES DE ORÍGEN, TRÁNSITO Y DESTINO EN LA TRATA DE PERSONAS”



Los países con incidencia muy alta como país de origen, son: Albania, Bielorrusia, Bulgaria, China, Lituania, Nigeria, Republica de Moldova, Rumania, Federación Rusa, Tailandia, Ucrania; los países con incidencia muy alta como de tránsito, son: Albania, Bulgaria, Hungría, Italia, Polonia y Tailandia; y, los países con incidencia más alta como de destino, son: Bélgica, Alemania, Grecia, Israel, Italia, Japón, Holanda, Tailandia, Turquía, y Estados Unidos de América.

Esta problemática se ha visto agravada por la falta de denuncia de las víctimas, lo que hace imposible comprobar el delito a los tratantes y encarcelarlos para que no sigan destrozando la vida de gente inocente, en especial mujeres y niños. Al no ser denunciado estadísticamente es casi imposible cuantificar su incidencia y comportamiento, además de que como veremos adelante la Trata de Personas comprende diversas modalidades, lo que dificulta integrar los elementos del tipo penal, y en consecuencia, se deja en libertad a los delincuentes que siguen lucrando con seres humanos y viviendo en la impunidad.

³ OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (UNODC), *Trafficking in Persons: Global Patterns*, Abril, 2006, [Documento en línea], [México, citado el 20 de Octubre de 2011], formato pdf, disponible en: <http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/HT-globalpatterns-en.pdf>, pp. 17.19.

⁴ *Ibidem*, p. 17.

Como podemos apreciar, se trata de un problema de carácter internacional que requiere de una agenda global, regional y nacional para poder erradicarlo. Se trata de un delito muy complejo debido a las diversas modalidades en las que se presenta, la vulnerabilidad de las víctimas y su carácter transnacional, lo que obliga a que los Estados participen de manera activa, realizando mucho trabajo en la legislación de sus respectivos países, asumiendo compromisos internacionales y con la implementación de políticas públicas efectivas, para lograr su combate y erradicación.

Ante tal situación, la presente investigación pretende revisar el tema, su definición, particularidades, causas, diferencia entre tráfico y Trata de Personas, el *modus operandi* de los delinquentes, las características de las víctimas, el marco legal supranacional, pero sobre todo revisar el marco legal en México, para dilucidar hacia donde se deben dirigir las políticas públicas, esperando que sea de gran utilidad.

I. ASPECTOS GENERALES DE LA TRATA DE PERSONAS

A. ANTECEDENTES

Para hablar de los antecedentes de la Trata de Personas, tenemos de manera obligatoria referirnos a los datos históricos sobre la pornografía, la explotación sexual de mujeres y niños, para posteriormente revisar los de la Trata de Blancas, que fue la primera denominación que se le dio a esta problemática.

Los orígenes de la pornografía se encuentran en todos los tiempos y lugares, sin embargo, *las líneas principales de tradición pornográfica moderna y sus censores se pueden rastrear desde Italia en el siglo XVI y en Francia e Inglaterra en los siglos XVII y XVIII, sin descartar los importantes antecedentes en las culturas griega y romana. Asimismo, y en tanto que categoría de entendimiento concomitante con la emergencia de la modernidad occidental, es posible trazar las ligas de la pornografía con la mayoría de los momentos cruciales de dicha emergencia: el Renacimiento, la Revolución Científica, la Ilustración y la Revolución Francesa.*⁵ En Francia, la palabra *pornographe* aparece por primera vez en 1769, en referencia que incluía tanto adultos como niños, en referencia a escritos e imágenes obscenas acerca de la prostitución.

En algunos momentos de la historia, se hizo evidente la prostitución infantil, tal es el caso en la *Edad Media*, protagonizada por algunas autoridades

⁵ AZAOLA Elena, Richard J. Estes, coord., *La infancia como mercancía sexual, México, Canadá, Estados Unidos*, Edit. Siglo XXI, México, 2003, p. 16.

eclesiásticas mientras participaban en el *Congreso de Basilea* en 1437. En esta época de acuerdo con el historiador *Peter Schuster*, los niños que eran prostituidos fueron azotados y expulsados de la ciudad. En los siguientes siglos, este problema continuó en el continente Europeo en forma clandestina, auspiciada y protegida por personas con poder económico y político, esto de acuerdo con el informe de la Comunidad Europea elaborado a raíz de del caso *Dutroux*,⁶ el cual conmovió a la opinión pública y contribuyó de manera decisiva a la realización de acuerdos que fueron adoptados en el Congreso Mundial de Estocolmo en 1996.⁷

Para *Richard J. Estes* y *Elena Azola*, los niños que eran prostituidos en aquella época, no debieron de quedar exentos de los castigos que habían sido aplicados a las mujeres que se dedicaban a la prostitución, tales como: extracción de vísceras y ahogamiento en excrementos entre los teutones en el año 100 a.C.: azotes en público y cercenamiento de la nariz entre los visigodos en el siglo V; azotes, destierro, esclavitud y decalvación entre los germanos en el siglo VII o las restricciones que se les impusieron a su libertad de tránsito o a su forma de vestir durante la Edad Media, etc. De este mismo modo, seguramente las menores de edad que se prostituían se vieron afectadas por los diferentes sistemas que fueron estableciéndose para regular el trabajo sexual a partir de mediados del siglo XIX y que subsisten hasta nuestros días: el abolicionista, el prohibicionista y el reglamentarista.⁸

La prostitución ha pasado por distintos momentos en la historia, pues debemos recordar que la corriente abolicionista es el que predomina a nivel internacional, sus orígenes datan del feminismo británico del S. XIX. Su pensamiento se basa en que toda prostitución es una explotación de la mujer y que la reglamentación de la actividad, solo perpetua esta injusticia, por lo que se debe reprimir a los explotadores y no a la mujer prostituta, buscando abolir los controles y los exámenes médicos obligatorios y no a la prostitución en sí.

Respecto de la corriente prohibicionista, ésta busca prohibir y castigar el ejercicio de la prostitución, tratando de suprimir la oferta y la demanda de los servicios sexuales que impliquen una retribución por la vía de imponer sanciones penales.

La corriente reglamentarista, se distingue por un enfoque en el que se privilegian los aspectos médicos-sanitarios de ésta problemática, para lo que

⁶ Hubo un escándalo en Bélgica protagonizado por el pederasta Mare Dutroux, acusado de secuestrar, violar y asesinar a varios menores de edad, que además fueron utilizados por una red de pornografía infantil. Lo organizó en Estocolmo el gobierno sueco desarrollando la iniciativa *End Child Prostitution in Asian Tourism* (ECPAT).

⁷ AZAOLA Elena, Richard J. Estes, coord., *Op. Cit.*, p. 17.

⁸ *Ibidem*, pp. 17-18.

busca el establecimiento de medidas de higiene, aunque cayó en desuso después de la segunda guerra mundial, prevaleciendo desde entonces la tendencia abolicionista.

Advierten que respecto de la pornografía infantil, ésta se ha ligado a temas como la herejía, el librepensamiento, la ciencia y la filosofía natural, también a los ataques del poder político absolutista.⁹

En el libro “*La infancia como mercancía sexual, México, Canadá, Estados Unidos*” respecto de la explotación sexual infantil se indica que existen diversas referencias históricas de civilizaciones antiguas, que han utilizado a niños y mujeres para realizar favores sexuales a cambio de bienes y servicios, los cuales en ocasiones son despojados por terceros de los beneficios obtenidos.¹⁰

El *Manual para la Prevención de la Trata de Personas*, indica que la Trata de Personas empezó a reconocerse como tal, a finales del siglo XIX y principios del XX, a través de lo que se conceptualizó como trata de blancas, que se utilizaba para hacer referencia la movilidad y comercio de mujeres blancas, europeas y americanas, para servir como prostitutas o concubinas, por lo general en países árabes, africanos o asiáticos. Es entonces cuando surgen las primeras hipótesis en torno a que dichos movimientos eran producto de secuestros, engaños y coacciones sobre mujeres inocentes y vulnerables, con objeto de explotarlas sexualmente.¹¹

Es importante mencionar que por trata de blancas se entendía *el hecho punible de enganchar o reclutar mujeres, menores y mayores de edad, mediante engaño, amenazas, violencia o explotando una necesidad extrema, para arrastrarlas al ejercicio de la prostitución o vicios afines fuera de su país.*¹²

Se consideró en la doctrina internacional, que al tratarse de un delito “*juris gentium*” por atentar contra el género humano, deriva en la atribución reconocida a los Estados de aplicar sujeto activo la sanción penal que autorice su legislación, casi con independencia del lugar de comisión del delito. Por ello, la Conferencia de París en 1902, elaboró un Proyecto de Convención, en el cual los estados se comprometían a perseguir y a castigar la trata de blancas y autorizaba la persecución en cualquiera de los países en los que el delito se cometiera en el curso de su desarrollo, por lo que determinaron que se trataba de un delito eminentemente internacional. Este proyecto fue el antecedente del Acuerdo internacional para asegurar una protección eficaz contra el tráfico

⁹ *Ibidem*, p. 17.

¹⁰ *Ibidem*, p. 15.

¹¹ COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, *Manual para la prevención de la Trata de Personas*, Edit. Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2009, p. 9.

¹² GÓMEZ Tagle López, Erick, *Op. Cit.*, p. 176.

criminal denominado trata de blancas, firmado en París, Francia, el 18 de Mayo de 1904.¹³

En consecuencia, las acciones en contra de la Trata de Personas, se cristalizaron en la agenda mundial a través de diversos acuerdos internacionales para su supresión, desde este acuerdo y hasta 1949, año en que la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el **Convenio para la represión de la Trata de Personas y la explotación de la prostitución ajena**, el cual fue el instrumento más importante contra la trata de mujeres hasta hace pocos años y que continúa vigente.¹⁴

El propio Manual advierte que en los años ochentas, los discursos sobre la trata de mujeres con fines de explotación sexual tomaron fuerza nuevamente en los diferentes sectores a nivel nacional e internacional, debido al incremento de la migración femenina transnacional, que se venía dando desde los setentas, quedando el término de trata de blancas en desuso, al ya no corresponder a la realidad de desplazamiento y comercio de personas, ni a la naturaleza y dimensiones de los abusos cometidos.

Ante tal circunstancia, se empieza hablar de tráfico humano o tráfico de personas para referirse al comercio internacional de mujeres y personas menores de edad, sin que todavía se alcanzara una definición consensuada sobre este problema; sin embargo, la palabra tráfico de personas o tráfico humano genera confusión con el de tráfico ilícito de migrantes, el cual se trata de una situación distinta. Por ello, en diciembre de 2000, durante la Conferencia Mundial convocada por la ONU, 147 naciones firman la **Convención de Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional y sus dos Protocolos complementarios, uno contra la Trata de Personas**, y el segundo, **contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire**,¹⁵ lo que viene a hacer la distinción entre estos dos complejos problemas mundiales.

A continuación se presenta un cuadro en el que se ejemplifica el proceso que se siguió para llegar a la definición y tipificación de Trata de Personas.

¹³ *Ibidem*, p. 177.

¹⁴ COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, *Op. Cit.*, p. 9.

¹⁵ *Ibidem*, p. 10.

El proceso internacional para definir y tipificar la Trata de Personas.¹⁶

<p>1993 Viena, Austria</p>	<p>Conferencia de Derechos Humanos. Por primera vez se recopila información basada en casos de trata de mujeres extranjeras procesados en distintos países europeos, en los cuales se evidenciaron violaciones a los derechos humanos. Como resultado de esta Conferencia, se determinó que la Trata de Personas es una violación de derechos fundamentales.</p>
<p>1995 Beijing, China</p>	<p>Cuarta Conferencia Internacional de la Mujer. Se presentan los primeros casos de trata de mujeres con fines de explotación sexual, particularmente de mujeres de Colombia, Benín y los Balcanes. Como resultado, se incluye el tema de Trata de Personas en dos artículos de la declaración de Beijing.</p>
<p>1996</p>	<p>Por iniciativa de la Relatora de Naciones Unidas sobre la Violencia contra la Mujer, Radica Coomasasway, se realiza el primer diagnóstico mundial sobre el tema de la trata, recopilando información de los diferentes estados y autoridades, organizaciones internacionales y ONG sobre casos y víctimas. Los resultados de esta investigación convencieron a muchos gobiernos de la necesidad de combatir el problema mediante la elaboración de instrumentos internacionales específicos.</p>
<p>1997-2000</p>	<p>Representantes de unos 100 Estados trabajan en Viena en la elaboración de la Convención contra el Crimen Organizado Transnacional y el Protocolo contra la Trata.</p>
<p>Diciembre de 2000 Palermo, Italia</p>	<p>En el marco de la Conferencia Mundial convocada por la ONU, 147 países firman la Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional y sus dos Protocolos Complementarios, uno contra la Trata de Personas, en especial Mujeres y Niños, y un segundo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Aire, Mar y Tierra.</p>
<p>Septiembre de 2003</p>	<p>Entra en vigor la Convención, al haber sido ratificada por más de 40 Estados. Lo mismo acontece con el Protocolo contra la Trata, el 25 de Diciembre de 2003, el cual es considerado junto con el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, como los instrumentos principales en materia de Trata de Personas.</p>

Estos instrumentos internacionales sirvieron para la elaborar la definición de Trata de Personas, sin embargo, ya con anterioridad se habían celebrado otros instrumentos internacionales y regionales de apoyo en materia de lo que hoy debemos entender como Trata de Personas, los cuales se

¹⁶ Tomado de COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, Op. Cit., p. 11.

encuentran enlistados en el *Manual para la Prevención de la Trata de Personas*, publicado por la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

B. DEFINICIÓN

Como podemos ver, el concepto de *Trata de Personas* es relativamente nuevo, aunque problema que ha estado latente en la historia de la humanidad, al cual también se le ha considerado como una forma de esclavitud moderna; llegar a su definición no fue tarea sencilla, debido a la complejidad del tema y las diversas modalidades en las que se puede dar. Enseguida presentamos algunas de sus definiciones otorgadas por diversos autores:

El *Manual sobre la Investigación del Delito de Trata de Personas*, indica que *el delito de Trata de Personas consiste en utilizar a una persona con fines de explotación para obtener provecho propio o de un tercero, haciendo uso de la coerción o la limitación de la libertad individual.*¹⁷

Para Ana María Lara, *en la trata se degradan los seres humanos a la condición de objetos, se negocian en cadenas mercantiles, se trasladan dentro o fuera de un país y luego, en el lugar de destino, se les somete a condiciones de explotación.*¹⁸

Por otro lado, la definición mundialmente aceptada es la que se encuentra plasmada en el *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños*, en la que se advierte que *por Trata de Personas se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.*¹⁹

¹⁷ OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (UNODC), *Manual sobre la Investigación del Delito de Trata de Personas, Guía de Autoaprendizaje*, Costa Rica, 2010, [Documento en línea], [México, citado el 22 de Octubre de 2011], formato pdf, disponible en: http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/AUTO_APRENDIZAJE.pdf, p. 28.

¹⁸ LARA, Ana María, citado por GÓMEZ Tagle López, Erick, *Op. Cit.*, p. 181.

¹⁹ OFICINA CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, *Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente en Mujeres y Niños*, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, [Documento en línea], [México, citado el 22 de Octubre de 2011], formato pdf, disponible en: http://www2.ohchr.org/spanish/law/pdf/protocoltraffic_sp.pdf

De estos conceptos podemos observar que este Protocolo es extenso y en él se comprenden las circunstancias y modalidades en las que se puede dar la Trata de Personas, el cual siempre engloba la violación a los derechos humanos de todo individuo, consagrados en diversos instrumentos internacionales y en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Como ya se indicó la Trata de Personas es considerada como la esclavitud moderna y una de las peores violaciones a los derechos humanos, en virtud de que convierte a la persona en un objeto que se puede comercializar. Se considera que aún cuando la víctima haya otorgado su consentimiento, ésta no puede ser considerada como delincuente, porque de cualquier manera se trata de una víctima y su consentimiento estuvo viciado por engaños, convencimiento u otro medio que haya sido utilizado por los grupos de delincuencia organizada transnacional, toda vez que generalmente les ofrecen empleo, educación, viajes, oportunidades de vida, matrimonio, etc., tal como veremos más adelante.

En el proceso de conceptualización se tuvo que hacer un alto en el camino, en virtud de que a la Trata de Personas se le confundía con el tráfico ilícito de migrantes, por lo cual presentamos las diferencias entre ambos conceptos.

El Manual sobre la Investigación del Delito de Trata de Personas, establece que todo fenómeno de trata transnacional de personas lleva implícito el tráfico de personas, pero no todo tráfico de personas implica Trata de Personas. Continúa señalando que el tráfico de personas, conocido también como “coyotaje”, está relacionado con la gestión de transportar o facilitar la movilización de las personas de un país a otro con cualquier finalidad. Se produce un “contrato” verbal entre víctima y victimario que pactan el transporte del punto de origen al de destino por una cantidad de dinero con el uso de medios que pueden ser legales y/o clandestinos. El convenio concluye cuando el migrante llega a su lugar de destino. En ese momento se rompe la relación entre el traficante y el traficado. Puede suceder que, una vez que la persona que ha pactado ese traslado, defina su situación en el país de destino sin ser sometido a alguna modalidad de Trata de Personas. De ahí que es fundamental que el tráfico de personas esté tipificado como delito de manera separada al de Trata de Personas, ya que la trata involucra otros elementos como toda la cadena de actos que culmina con un control y custodia de la persona tratada desde su país de origen hasta el lugar de destino, sometiendo a la víctima a actividades de explotación laboral, sexual, o de cualquier otra naturaleza. La trata internacional de personas subsume el tráfico de personas, pero además, involucra un modus operandi que incluye una serie de actos y delitos colaterales.²⁰

El Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, indica que por tráfico ilícito de migrantes se entenderá la *facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente*

²⁰ OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (UNODC), *Op. Cit.*, nota 18, p. 29.

con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material.

Para tener de forma más clara sus particularidades, enseguida presentamos las diferencias entre Tráfico Ilícito de Personas y Trata de Personas:

DIFERENCIAS ENTRE TRÁFICO ILÍCITO DE PERSONAS Y TRATA DE PERSONAS²¹

TRÁFICO	TRATA
<ul style="list-style-type: none"> - El migrante establece contacto directo y voluntario con el traficante (pollero o coyote) es decir, no hay vicio en el consentimiento. - Implica siempre cruce de frontera o fronteras. - El dinero es un factor intrínseco en el traslado. - La relación entre el traficante y el migrante termina una vez llegado al destino. - Implica mayoritariamente a hombres. - Durante el traslado hay mayores riesgos de salud y vida. - Es fundamentalmente un delito contra el Estado. 	<ul style="list-style-type: none"> - El contacto se da bajo engaño y/o abuso, y/o coacción. En otras palabras, el consentimiento está viciado. - Puede darse dentro o fuera de un país, el cruce de fronteras no es necesario. - El dinero para el traslado no es un factor importante sino someter a la persona a una deuda económica que la fuerce a ser explotada. - La relación entre el tratante y la víctima es mucho más prolongada, generalmente una vez llegada al destino inicia o continúa la explotación. - Sus víctimas fundamentales son mujeres, niñas y niños y en menor grado víctimas masculinas. - Durante el traslado se minimizan los riesgos a la salud y a la vida pero en el largo plazo el impacto físico y psicológico es más prolongado. - Atenta contra la dignidad y los derechos de la persona. Es un delito contra el individuo.

Finalmente, quisiéramos agregar que la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 14 de Junio de 2012, contiene la definición que causó el mayor debate en comisiones, la cual se encuentra dentro del Capítulo II "De los delitos en materia de Trata de Personas", artículo 10, la cual engloba las variantes en la que se puede manifestar la Trata de Personas:

"Artículo 10.- Toda acción u omisión dolosa de una o varias personas para captar, enganchar, transportar, transferir, retener, entregar, recibir o alojar a una o varias personas con fines de explotación se le impondrá de 5 a 15 años de prisión y de un mil a veinte mil días multa, sin perjuicio de las sanciones que correspondan para cada uno de los delitos cometidos, previstos y sancionados en esta Ley y en los códigos penales correspondientes.

Se entenderá por explotación de una persona a:

I. La esclavitud, de conformidad con el artículo 11 de la presente Ley;

II. La condición de siervo, de conformidad con el artículo 12 de la presente Ley;

²¹ Tomado de OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (UNODC), *Ibidem*, p. 34.

III. *La prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, en los términos de los artículos 13 a 20 de la presente Ley;*

IV. *La explotación laboral, en los términos del artículo 21 de la presente Ley;*

V. *El trabajo o servicios forzados, en los términos del artículo 22 de la presente Ley;*

VI. *La mendicidad forzosa, en los términos del artículo 24 de la presente Ley;*

VII. *La utilización de personas menores de dieciocho años en actividades delictivas, en los términos del artículo 25 de la presente Ley;*

VIII. *La adopción ilegal de persona menor de dieciocho años, en los términos de los artículos 26 y 27 de la presente Ley;*

IX. *El matrimonio forzoso o servil, en los términos del artículo 28 de la presente Ley, así como la situación prevista en el artículo 29;*

X. *Tráfico de órganos, tejidos y células de seres humanos vivos, en los términos del artículo 30 de la presente Ley; y*

XI. *Experimentación biomédica ilícita en seres humanos, en los términos del artículo 31 de la presente Ley”.*

Esta definición y sus variantes, las veremos a lo largo del presente trabajo, en virtud de que no solo en nuestro país, sino en todo el mundo uno de los principales problemas ha sido la tipificación de este delito, por las múltiples variantes en las que se pueden manifestar.

C. CAUSAS DE LA TRATA DE PERSONAS

Al ser la Trata de Personas un delito poco denunciado y al no contar estadísticas que nos indiquen las causas y factores que lo determinan, en la bibliografía consultada, solo existen como causas de la Trata de Personas las apuntadas por María de la Luz Malvido, toda vez que la mayoría de los autores tratan las causas de acuerdo con sus diferentes modalidades.

Para María de la Luz Malvido, en su artículo “*Víctimas de la delincuencia organizada, trata y tráfico ilícito de personas*”, advierte que la globalización ha sido un factor determinante, ya que *para los países del Este asiático que han sabido globalizar según sus condiciones el beneficio ha sido grande. Pero en los países en que no existe control estratégico de este proceso los resultados han sido el aumento de la pobreza y la expansión del caos social.*

*El hecho que los países no hayan planeado las reformas económicas y comerciales con base en una precisa regulación legal y a un ritmo gradual propició una apertura desahogada a la competencia que fue aprovechada, tanto por los negociantes lícitos como por los ilícitos. Ante este torrente globalizador las instituciones de control legal se vieron minimizadas y la mano invisible abrió un gran espacio mercantil para que también los criminales expandieran sus actividades ilícitas organizadamente.*²²

Esta autora considera que la globalización del planeta, en donde se han mejorado los medios de comunicación, haciéndolos inmediatos, desapareciendo fronteras, instaurando nuevas prácticas monetarias y mecanismos financieros, ha traído como consecuencia la aparición de nuevas, agresivas y más peligrosas manifestaciones delictivas,²³ entre ellas, la Trata de Personas.

Respecto de la explotación sexual infantil, en el libro “*La infancia como mercancía sexual, México, Canadá, Estados Unidos*”, señalan que la pobreza ha sido uno de los factores más asociados a la explotación sexual infantil, sin embargo, en el libro resaltan aspectos importantes en los cuales el ingreso de los menores de edad en las filas de la Trata de Personas no tiene que ver con la pobreza, sino con otras circunstancias.

Advierten que el Centro Nacional para Niños Extraviados y Explotados (E.U.A.), ha señalado que la pobreza no puede explicar el gran número de niños menores de dieciséis años reclutados para estas actividades, sobre todo en países ricos como lo son Canadá y Estados Unidos de América. En estos países, un gran número de niños reclutados son de clase media y una de las circunstancias para que sean explotados es el hecho de haber huido de sus casas,²⁴ obviamente las causas por la que niños mexicanos son explotados sexualmente son muy distintas.

En consecuencia, sugieren como causas de la Explotación Sexual Infantil: una fuerte correlación de la victimización sexual de niños y el embarazo en adolescentes; la prostitución de adultos; el abuso de sustancias; la violencia, y otras formas de comportamiento adulto delictivo; la pedofilia; la facilidad de acceso a ella; la debilidad de los controles legales; los lazos por deuda; el sadomasoquismo; la prostitución intergeneracional; y las ganancias que obtienen los países en donde el turismo sexual con niños se ha vuelto una actividad importante.

²² LIMA Malvido, María de la Luz, *Víctimas de la delincuencia organizada, trata y tráfico ilícito de personas*, En Revista Mexicana de Justicia, Año 6, Núm., 4, Dic. 2002, México, p. 102.

²³ *Ibidem*, pp. 102-103.

²⁴ AZAOLA Elena, Richard J. Estes, coord., *Op. Cit.*, p. 26.

Otros orígenes del problema que han sido menos estudiados son: la elevada demanda que estimula el reclutamiento de un número creciente de niños; la desintegración de las comunidades; la devaluación social y cultural de los niños; y la existencia previa de redes de crimen organizado con capacidad de financiamiento y transportación transnacional.²⁵

En lo que se refiere al tráfico de personas, estos autores señalan como causas: el deseo de obtener ganancias, así como la inestabilidad política y el debilitamiento de la moral. Advierten que *muchos traficantes se hallan envueltos en otros crímenes y algunos grupos delictivos optan por el tráfico en seres humanos tanto porque les permite un alto rendimiento económico, como porque los riesgos son bajos y, a diferencia de otros bienes, los seres humanos pueden ser “usados” repetidamente. También porque es una actividad que no requiere de una gran inversión de capital.*²⁶

Respecto de las víctimas del tráfico de personas, advierten que los que se hallan mayormente expuestos son aquellos que enfrentan difíciles condiciones de vida con escasas oportunidades y buscan mejorar su situación económica, resultando más vulnerables a las falsas promesas de obtener empleos buenos y bien remunerados, influyendo también la inestabilidad política, el militarismo, las revueltas civiles, los conflictos armados y los desastres naturales. Del mismo modo la inestabilidad y el desplazamiento de poblaciones incrementan la susceptibilidad de las víctimas a los abusos, así como la explotación y trabajos forzados.

Por lo que se refiere al trabajo forzado, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) denunció que se obliga a trabajar a los niños desde los seis y siete años y que empeoran constantemente las condiciones de su explotación laboral. Aseguran que *la pobreza es la primera causa del trabajo infantil, como consecuencia del carácter poco igualitario del proceso de desarrollo económico.* Hay niños trabajando tejiendo alfombras en Pakistán, como sirvientes en Arabia Saudita, en los lavaderos de oro en Perú, en las fábricas de ladrillo en Colombia, en los basureros de Guatemala, como jornaleros en Brasil, cargando las compras ajenas en México, en los ejércitos que los reclutan a la fuerza, como vigilantes o correos de los narcotraficantes y en la prostitución infantil.²⁷ Aquí debemos agregar que en nuestro país los niños son explotados en las fincas cafetaleras, incluso algunos son menores de los seis y siete años.

²⁵ *Ibidem*, p. 27.

²⁶ *Loc. Cit.*, p. 27.

²⁷ ENTREÑA Jiménez, María Socorro, *Niñas esclavas y niños esclavos en nuestro mundo actual*, Grupo Editorial Universitario, Granada, España, 2001, p. 18.

El trabajo realizado por estos menores, se considera trabajo forzado, en virtud de que ellos no deciden libremente, además de que son obligados por los adultos.

Ha sido la propia OIT la que ha reconocido que la abolición del trabajo infantil tardará porque tropieza con la pobreza, con la deficiencia de los sistemas educativos y con la pasividad y resignación sociales.²⁸

Consideramos que en nuestro país las principales causas de la Trata de Personas y la de sus diversas modalidades, son: la pobreza; la violencia social; la desintegración familiar; el desempleo; la falta de oportunidades; el falta de educación; el debilitamiento moral; la desigualdad de género; así como las ganancias que obtienen los tratantes, quienes consideran que los riesgos son bajos y que es una actividad que no requiere de una gran inversión de capital, como se señaló.

D. MODALIDADES DE LA TRATA DE PERSONAS

Es lógico que al tener la Trata de Personas una serie de modalidades, la principal problemática que se presentó fue tratar conceptualizar este delito. El *Manual sobre la Investigación del Delito de Trata de Personas*, establece una serie de modalidades las cuales considero engloba todas las contempladas a nivel internacional:²⁹

Explotación Sexual Comercial:

- *La prostitución ajena: es la comercialización, organizada o no, de una persona como mercancía sexual a cambio de una remuneración en efectivo o en especie, generalmente, aunque no siempre, con la intervención de un intermediario (facilitadores, proxenetas o rufianes). Normalmente, en la mayoría de los países el ejercicio de la prostitución “propia” no es delito en sí misma. Lo que se penaliza es el proxenetismo³⁰ o la rufianería.³¹*
- *La pornografía infantil y adolescente: es la representación visual o auditiva, real o compuesta, de una persona menor de edad, para el placer sexual del usuario o usuaria, con fines lucrativos o retributivos para su proveedor o proveedora o persona intermediaria. Incluye la producción, la*

²⁸ *Ibidem*, p. 19.

²⁹ OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (UNODC), *Op. Cit.*, nota 18, pp. 35-37.

³⁰ Quien promueva, reclute o mantenga a una persona en el ejercicio de la prostitución.

³¹ Quien se haga mantener total o parcialmente por una persona que ejerce la prostitución.

distribución, la tenencia y el uso de ese material. El Protocolo a la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (CDN) en su artículo segundo, apartado c) ha desarrollado el concepto de “utilización de niños en la pornografía” a partir de “toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales”.

- *El turismo sexual: representa la explotación sexual comercial (ESC) de personas en un país determinado y en cualquiera de sus dos modalidades, por parte de extranjeros que visitan dicho país en calidad de turistas o de nacionales que se trasladan de una región a otra dentro de su mismo país. Incluye la promoción del país como destino accesible para el ejercicio impune de esta actividad, por parte de nacionales o extranjeros.*

Otras modalidades de la Trata de Personas, son:

- *La explotación laboral: se encubre con ofrecimientos de mayores y mejores oportunidades de vida en otros países o regiones de un mismo país y la suscripción de supuestos contratos de trabajo y reclutamiento que “aseguran” opciones laborales. Al momento del reclutamiento, en el lugar de destino, esas condiciones no son reales y las personas tratadas son sometidas a condiciones laborales inhumanas de explotación bajo coacción o amenazas de ser denunciadas por encontrarse normalmente indocumentadas.*
- *Venta de niños y niñas y adopciones ilegales: las adopciones fraudulentas son otra modalidad de Trata de Personas que no ha sido profundizada, a pesar de que hay países donde la situación es realmente obvia y hasta escandalosa. Bajo el subterfugio de adopciones “legales”, pero sobre todo por la amplitud y complaciente permisibilidad de la legislación, se han establecido redes de adopciones internacionales.*
- *Tráfico y venta ilegal de órganos: son casos donde a las personas se les despoja de uno o más de sus órganos, tejidos o fluidos a cambio de una remuneración económica, valiéndose de un estado de necesidad o bien, cuando median engaños, secuestros y adopciones incontroladas y esos órganos son luego vendidos ilegalmente. En el combate a este tipo de hay que incluir no sólo la extirpación y venta de órganos del cuerpo humano, sino también la colaboración en su transporte, importación o exportación y su conservación.*

- *Esclavitud: de acuerdo con lo que establece la Convención contra la Esclavitud de 1926, esclavitud es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos. En la esclavitud el ser humano es privado de todos sus derechos fundamentales, individuales y sociales. La persona se convierte en objeto de comercio y sometida a la voluntad de sus amos.*
- *Servidumbre: es un estado de dependencia o sometimiento de la voluntad en el que el victimario induce u obliga a la víctima a realizar actos, trabajos o servicios con el uso del engaño, amenazas y otras formas de violencia. En diferentes culturas antiguas las personas pagaban sus deudas sometiéndose a servidumbre o establecían contratos con terratenientes para que se les otorgara un terreno de habitación y cultivo a cambio de servirles durante toda su vida. Aunque con algunas variaciones, estas costumbres aún se conservan y practican en diferentes países.*
- *Matrimonio servil o forzado: se refiere a mujeres mayores o menores de edad que se dan en “matrimonio” a un acreedor como pago de una deuda o son vendidas por un precio establecido. La mujer se convierte en sierva o esclava de su “esposo” durante toda su vida. En este caso el instituto del matrimonio es utilizado para encubrir la práctica de la servidumbre o la esclavitud.*

Por su parte, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, advierte que este delito puede ser cometido por una o varias personas, organizaciones e intermediarios; pueden intervenir de manera directa los grupos de delincuencia organizada transnacional, traficantes, los propietarios y propietarias o administradores de los centros de explotación laboral o sexual y una serie de personas intermediarias o facilitadoras que incluye, entre otros, taxistas, transportistas, empleados y empleadas de hoteles y turistas nacionales y extranjeros. De manera indirecta, pero con plena conciencia, pueden intervenir algunos miembros corruptos de las policías nacionales y migratorias en las fronteras y otros funcionarios gubernamentales, que actúan en colusión con los grupos de delincuencia organizada transnacional, quienes funcionan en un contexto de impunidad que les permiten los puestos que ocupan.³²

En México, tristemente sabemos que todas estas modalidades se presentan, quizá las menos frecuentes son la esclavitud y el tráfico y venta ilegal de órganos, por lo que esperamos que la legislación vigente junto con políticas públicas efectivas, sirvan para erradicarlo.

³² OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (UNODC), *Op. Cit.*, nota 30, pp. 34-35.

E. LAS MUJERES Y LOS NIÑOS EN LA TRATA DE PERSONAS

En materia de derechos humanos, sabemos que los sectores de la población más vulnerables a nivel mundial, lo constituimos las mujeres y los niños. La situación no es diferente en el presente tema, pues las mayores cifras de personas víctimas de la Trata de Personas, somos precisamente las mujeres y los niños.

Al respecto, la Comisión Nacional de Derechos Humanos, ha señalado que:

*“La trata de mujeres debe entenderse en el amplio contexto de desigualdad y violencia estructural a la que están sujetas. En todas sociedades, en mayor o menor grado, las mujeres y las niñas enfrentan constantes violaciones a sus derechos humanos y/o a sus derechos económicos en los lugares de origen. En general, las mujeres están más afectadas por la violencia y la discriminación de género en la educación; la inequidad en los espacios laborales, caracterizada por la segregación ocupacional, y una representación desproporcionada en los sectores informales de empleo. Todo ello trae como consecuencia una muy particular vulnerabilidad, así como una enorme inseguridad económica y, por lo tanto, la propensión a migrar, generalmente en forma irregular, a pesar de los riesgos e implicaciones que conlleva.”*³³

*Las mujeres por lo general experimentan un acceso desigual a los canales formales para emigrar, dada la poca o pobre información sobre los riesgos potenciales en el trayecto y la ausencia de redes de servicios especializados a lo largo de las rutas migratorias, especialmente en términos de salud y asistencia médica de emergencia para aquellos casos en que tienen poco o ningún poder de decisión para evitar relaciones sexuales peligrosas o no deseadas durante el trayecto. Igualmente, las oportunidades de empleo, tanto en los países de tránsito como en los de destino suelen ser más limitadas para las mujeres migrantes. Los sectores donde tradicionalmente existe “demanda femenina”, son en su mayoría, informales, poco protegido y no regulados, lo que las hace más dependientes de redes de intermediarios, ya sea tratantes o traficantes (conocidos también como polleros, coyotes o usureros). Éstos, entre muchos otros factores, hacen a las mujeres migrantes (particularmente las que migran de manera irregular) más proclives a ser presas de trata y la explotación en todo el mundo”.*³⁴

La trata de mujeres y niños para explotación sexual es un “comercio” altamente lucrativo, con escasos riesgos para los delincuentes y vejatorio para los millones que la padecen, quienes son explotados en condiciones de esclavitud en la industria mundial del sexo. Por ello, el ex-Secretario General de la ONU, Kofi Annan, indicó que este tipo de “comercio” constituye una plaga

³³ COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, Op. Cit., pp. 18-19.

³⁴ *Ibíd.*

mundial, se lleva a cabo en todo el mundo con una impunidad casi absoluta y en muchos casos acarrea sanciones mucho menos severas que las estipuladas para el tráfico de drogas.³⁵

Desafortunadamente ésta práctica ha ido en aumento debido a conductas machistas y misóginas, así lo ha advertido la Organización Panamericana de la Salud, al indicar que:

Los estudios de este aspecto son escasos, pero algunos han revelado que los hombres compran relaciones sexuales movidos por el deseo de consumarlas sin compromiso o entrega emocional; la noción de que pueden pedir a una prostituta que haga cualquier cosa, vale decir que consume actos que vacilarían en solicitarle a una compañera regular; la creencia, especialmente entre los hombres que carecen de pareja regular (o se han separado de ella), de que la relación sexual es necesaria para su bienestar –una necesidad básica; y la sensación de poderío que experimentan en los encuentros sexuales con prostitutas. Si bien para algunos varones el acercamiento a la prostitución tiene su origen en el apetito sexual, para otros constituye una expresión de misoginia, de racismo, o de ambas cosas. El espectáculo de mujeres y adolescentes alineadas en un burdel, numeradas y a disposición de cualquier hombre que las elija, permite verlas dominadas y humilladas, despojadas de su poder de ‘resistir’ el abordaje sexual, que para muchos hombres es una cuestión fundamental para su propio bienestar (Davidson 1996). La Coalición contra el Tráfico de Mujeres (CATW) ha descrito (sic) la expansión de la trata sexual como un contragolpe propinado al movimiento feminista. Las agencias dedicadas al turismo del sexo, cuyos clientes son varones de origen caucásico, anuncian a las mujeres latinoamericanas como dependientes, eróticas y poseídas por un frenesí sexual, -vale decir, una alternativa al estereotipo de la mujer occidental, fría e independiente. Por ejemplo, se ofrece las mujeres brasileñas como seres de piel oscura, fáciles y disponibles, propaganda que refuerza los estereotipos racistas y colonialistas. Debe comprenderse más cabalmente la naturaleza de la demanda masculina de sexo comercial para que sea posible la eliminación de la trata sexual.³⁶

En lo que se refiere a los niños y niñas, la UNICEF ha advertido que el 32% de las personas menores de edad explotadas en el mundo son africanas. Alrededor de 16 millones de niñas y niños son sometidos a trabajos forzados, venta, mendicidad, prostitución y pornografía; también son vendidos o forzados a ser soldados o esclavos de grupos militares (se estima que cerca de 300,000 personas menores de edad, se encuentran vinculados con grupos armados, de los cuales el 40% son niñas).

Advierten que una de las formas de Trata de Personas, ha sido la adopción simulada de mujeres y niñas. Se sabe que en 1991, en Perú cerca de mil

³⁵ ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, *Tráfico de mujeres y niñas/os para la explotación sexual en las Américas*, Programa Mujer, Salud y Desarrollo, Tráfico para la explotación sexual, p. 1.

³⁶ *Ibidem*, p. 2.

peruanas fueron llevadas a Holanda, en donde la víctima entraba legalmente al país, pero su padre la sometía a condiciones de trabajo abusivas o a explotación sexual. En Guatemala, es muy común la venta ilegal con propósitos de adopción de niños y niñas, problema que alcanzado grandes magnitudes.³⁷

Otro factor determinante para que las mujeres y niñas sean víctimas, es el hecho de que en Latinoamérica y el Caribe, algunas formas de trata son validadas por antiguos sistemas patriarcales, machistas y conservadores, lo cual es más visible en las comunidades indígenas, en donde podemos presenciar la venta de niños y adolescentes, abusos en el servicio doméstico, matrimonios serviles o violencia doméstica. Esto limita de manera sustancial el conocimiento sobre las distintas modalidades de la trata de mujeres y niñas, reduciéndola generalmente al aspecto más visible, que es la prostitución forzada o la explotación sexual.³⁸

F. MODO DE OPERACIÓN DE LOS TRATANTES

De la lectura de diversos materiales, podemos advertir que la banda de tratantes de personas, utilizan diferentes formas para reclutar a sus víctimas, las cuales van desde raptarlas hasta comprarlas en ocasiones por parte de su propia familia. Se ha encontrado también que hay un elevado índice, en donde la víctima potencial está buscando una oportunidad de emigrar, cuando es reclutada por un conocido o por un anuncio.

Algunas otras se les engaña diciéndoles que irán a trabajar legalmente o que se casaran en el extranjero, para lo cual en ocasiones se les enamora; otras saben que se les está reclutando para la industria del sexo, e incluso que serán obligadas a trabajar para devolver lo mucho que ha costado su reclutamiento y transporte, sin embargo, se les miente sobre sus condiciones de trabajo, creando así una complicada red de dependencia, en la que los delincuentes generalmente se adueñan de la identidad jurídica de las víctimas, ya que les quitan sus documentos oficiales que los identifican, tales como su pasaporte. En ocasiones, el ingreso o permanencia en el país receptor es ilegal, lo que crea más dependencia de la víctima con los delincuentes.

Esta dependencia entre la víctima y el tratante, genera una servidumbre por deudas, lo que permite controlar a las víctimas y garantizar al tratante su ingreso monetario por largos periodos de tiempo. Los tratantes utilizan la violencia física, psicológica e intimidación.

³⁷ COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, *Op. Cit.*, p. 21.

³⁸ *Ibidem*, pp. 21-22.

Debemos recalcar que generalmente los tratantes no son capturados ni procesados, adicionalmente, las penas que se imponen por este delito son relativamente menores cuando se compara con el tráfico de armas o de drogas. Una de las razones por las que la Trata de Personas no es objeto de un mayor ataque por el conglomerado internacional, es el escaso número de casos documentados, lo que explica porque en muchos casos a las víctimas de la trata se les considerada como delincuentes por parte de las autoridades del Estado receptor, siendo detenidas, procesadas y deportadas. Por otro lado, las víctimas sienten mucho temor a las represalias que pueden recibir por parte de los delincuentes, y ante ello, no cooperan con las autoridades correspondientes en los países de destino para que los delincuentes sean atrapados, creando así un círculo vicioso.

Finalmente, sabemos que esto se suma la ignorancia de las víctimas acerca de sus derechos y las dificultades culturales y lingüísticas, así como la falta de mecanismos de apoyo hacia las mujeres víctimas de la trata, haciéndolas más vulnerables, impidiendo que busquen o reciban alguna ayuda de parte de las autoridades encargadas de la procuración de justicia.

II. ASPECTOS LEGALES DE LA TRATA DE PERSONAS

A. GENERALIDADES

A nivel internacional debemos mencionar que la **Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional**, entró en vigor en nuestro país el 29 de septiembre de 2003, la cual tiene como funciones primordiales fortalecer una respuesta internacional coordinada, eliminando las diferencias entre los sistemas de legislación nacional, y también desarrollar y acordar un grupo de estándares para las legislaciones domésticas, a fin de combatir efectivamente al crimen organizado. En ella se prevé entre otras cosas: la penalización de la participación de grupos de crimen organizado; el combate al lavado de dinero; la agilización y ampliación de la extradición; la protección a testigos que declaren contra el crimen organizado; una estrecha cooperación para buscar y procesar a sospechosos; el fomento a la prevención del crimen organizado en el campo nacional e internacional.

De dicha Convención se desprendió el **Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente en Mujeres y Niños** (Convención de Palermo), el cual entró en vigor el 25 de diciembre de 2003, cuyo propósito es: a) Prevenir y combatir la Trata de Personas, prestando especial atención a las mujeres, las niñas y los niños; b) Proteger y ayudar a las

víctimas de trata, respetando plenamente sus derechos humanos; c) Promover la cooperación entre los Estados parte para lograr esos fines.³⁹

Este instrumento internacional define por primera vez a la Trata de Personas como tal, e insta a los Estados a crear mecanismos para su prevención, legislar internamente para combatirla y capacitar a sus funcionarios para su aplicación. También llama a los Estados a no solo combatir este delito y castigarlo, sino también a prevenirlo, a dar protección a sus víctimas y asistirles en su reintegración a la sociedad, también incluye la tentativa de comisión de delito, la participación como cómplice y a la organización o dirección de otras personas para la comisión del delito. Hasta el mes de agosto de 2008, 117 Estados lo habían firmado y 97 lo habían ratificado.

Es de mencionar que este Protocolo, ha sido criticado en el sentido de que se hubiera esperado que el instrumento internacional que regulara la Trata de Personas, hubiera sido creado dentro de un órgano de Naciones Unidas, en virtud de la importancia del tema y su complejidad.

Debemos indicar que estos instrumentos internacionales no son los únicos que aplican en materia de Trata de Personas, pues como ya se dijo existen muchos otros que han sido celebrados a lo largo de la historia, en temas como: esclavitud, trata de blancas y trabajo forzado. A continuación, presentamos aquellos expedidos con anterioridad al Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente en Mujeres y Niños y que regularon o siguen regulando temas que comprenden la Trata de Personas:

- Conferencia de París (1902), la cual elaboró un Proyecto de Convención, en el que los estados se comprometían a perseguir y a castigar la trata de blancas y autorizaba la persecución en cualquiera de los países en los que el delito se cometiera en el curso de su desarrollo, determinando que se trataba de un delito eminentemente internacional. Este proyecto fue el antecedente del Acuerdo internacional para asegurar una protección eficaz contra el tráfico criminal denominado trata de blancas, firmado en París, Francia, el 18 de Mayo de 1904.
- Convención Internacional para la supresión de trata de blancas (4 de mayo 1910), que planteaba asegurar una protección más eficaz contra este delito. En su artículo primero indicaba: *Debe ser castigado cualquiera que, para satisfacer las pasiones de otro, haya contratado, secuestrado, o seducido, aun con su consentimiento, a una mujer o una joven menor de edad, con propósitos licenciosos, aun cuando los diversos actos constitutivos de la fracción se hayan cometido en países diferentes.*

³⁹ *Ibidem*, pp. 12-13.

- Convenio Internacional para la represión de la trata de mujeres y menores (30 de septiembre de 1921), que tuvo como propósito realizar en forma completa, la represión de la trata de mujeres y menores de edad, señalada en el preámbulo del Acuerdo internacional para asegurar una protección eficaz contra el tráfico criminal denominado trata de blancas, firmado en 1904 y en el de la Convención internacional para la supresión de la trata de blancas de 1910.
- El Convenio para la represión de la Trata de Personas y de la explotación de la prostitución ajena (1949), en él los Estados parte se comprometen a adoptar o mantener las medidas que sean necesarias en materia de inmigración y la emigración, con arreglo a sus obligaciones para combatir la Trata de Personas de uno u otro sexo para fines de prostitución.
- La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), en la cual se convoca a los Estados parte a tomar todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer.
- La Convención sobre los Derechos del Niño (1989), en la que se establece que los Estados parte tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.
- La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (18 de diciembre de 1990), señala que ningún trabajador migratorio o familiar suyo será sometido a esclavitud ni servidumbre y que no se exigirá a los trabajadores migratorios ni a sus familiares que realicen trabajos forzosos u obligatorios.
- La Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (20 de diciembre de 1993), que establece que se entenderá por violencia contra la mujer: la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada.

- El Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional (1993) prohíbe la adopción internacional si el consentimiento de los padres ha sido obtenido mediante pago o compensación. Además de advertir que nadie puede obtener beneficios materiales indebidos, como consecuencia de una intervención relativa a una adopción internacional.
- El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (17 de Julio de 1998), indica que se entiende por crimen de lesa humanidad, entre otros, a la esclavitud, a la que define como el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños.
- El Convenio sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil, número 182 de la Organización Internacional del Trabajo (1999), prohíbe: a) todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y la trata de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados; b) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas; c) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes; y d) el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños.
- El Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (2000), indica que los Estados parte adoptarán todas las medidas necesarias para fortalecer la cooperación internacional mediante acuerdos multilaterales, regionales y bilaterales, para la prevención, la detección, la investigación, el enjuiciamiento y el castigo de los responsables de actos de venta de niños, prostitución infantil y utilización de niños en la pornografía o el turismo sexual.
- El Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados (2000), establece que los Estados parte velarán por que no se reclute obligatoriamente en sus fuerzas armadas a ningún menor de 18 años.

Instrumentos Regionales:

- La Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), prevé que nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, las cuales al igual que la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas, así como que nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio.
- La Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981), indica que todo individuo tendrá derecho al respeto de la dignidad inherente al ser humano y al reconocimiento de su status legal. Prohíbe todas las formas de explotación y degradación del hombre, especialmente la esclavitud, el comercio de esclavos, la tortura, el castigo y el trato cruel, inhumano o degradante.
- La Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (1994), establece que los Estados Parte se comprometen a adoptar medidas eficaces para prevenir y sancionar el tráfico internacional de menores.
- La Declaración sobre la lucha contra la Trata de Personas de la Comunidad Económica de los Estados del África Occidental (2001), en ella se invita a los Estados miembros a adoptar a la brevedad posible, las medidas legislativas necesarias para tipificar la Trata de Personas como delito penal.
- La Convención de la Asociación del Asia Meridional para la Cooperación Regional sobre la prevención y la lucha contra la trata de mujeres y niños con fines de prostitución (2002), define a la trata como *el traslado, la venta o la compra de mujeres y niños con fines de prostitución dentro o fuera de un país por consideraciones monetarias o de otra índole con o sin el consentimiento de la persona que es objeto de la trata*. Adicionalmente, indica que los Estados partes adoptarán medidas efectivas para garantizar que el tráfico en cualquiera de sus formas constituya un delito conforme a su legislación penal, y que sea sancionado con penas congruentes a su gravedad.
- El Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo a los derechos de la mujer en África (2003), ordena que los Estados parte adopten medidas apropiadas y efectivas para prevenir y condenar la trata de mujeres, enjuiciar a los autores de dicha trata y proteger a las mujeres que mayor riesgo corren.

- La Carta Árabe de Derechos Humanos de la Liga de los Estados Árabes (2004), advierte que todas las formas de esclavitud y trata de seres humanos están prohibidas y están sancionadas por la ley, así como que nadie puede mantener a otra persona en esclavitud o servidumbre, bajo ninguna circunstancia. Prohíbe también los trabajos forzados, la trata de seres humanos con fines de prostitución o explotación sexual, la explotación de la prostitución ajena y otras formas de explotación o explotación de niños en conflicto armado.
- El Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (2005), indica que éste no podrá atender contra los derechos y obligaciones derivados de otros instrumentos internacionales de los que las partes del Convenio sean partes o vayan a serlo y que contengan disposiciones relativas a las materias regidas por el mismo. Este instrumento está abierto a la firma de los Estados miembros del Consejo de Europa, de los Estados no miembros que hayan participado en su elaboración, así como a la Comunidad Europea, pudiendo también invitar a cualquier otro Estado miembro que no esté incluido a sumarse a dicho instrumento.

Debemos mencionar que nuestro país no participó en la celebración del Acuerdo Internacional para asegurar una protección eficaz contra el tráfico criminal denominado trata de blancas, ni de la Convención internacional para la supresión de la trata de blancas, firmados ambos en París en 1904 y 1910, respectivamente. Fue hasta el 28 de febrero de 1955, que el Senado de la República aprobó el depósito de la adhesión a dicho Protocolo, notificándose a la Secretaría General de la ONU en 1956, el cual quedó como instrumento vigente para nuestro país.⁴⁰

Por lo que respecta al Convenio Internacional para la represión de la trata de mujeres y menores (30 de septiembre de 1921), el Senado de la República aprobó su adhesión, el 26 de diciembre de 1932 y fue depositado al Secretariado General de la Sociedad de las Naciones el 10 de mayo de 1932 y publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 25 de enero de 1936,⁴¹ por lo que estos instrumentos forman parte de nuestro derecho positivo mexicano vigente; sin embargo, era necesaria la promulgación de una ley en la materia, ya que a través de estos instrumentos internacionales, en particular del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente en Mujeres y Niños, México se comprometió a legislar el tema a fin de prevenirlo y erradicarlo.

⁴⁰ GÓMEZ Tagle López, Erick, *Op. Cit.*, p. 178.

⁴¹ *Loc. Cit.*

Ante tal compromiso internacional, el **27 de marzo de 2007 se reforma el Código Penal Federal**, tipificándose por primera vez el delito de Trata de Personas y se establecen supuestos de este delito en menores de dieciocho años o en personas que no tienen capacidad de resistir el delito. Esta incorporación a la legislación penal, representó un gran avance, sin embargo, no cumplía con lo previsto en el Protocolo en lo relativo a su definición, la diferencia con otros delitos; las atribuciones de las autoridades encargadas de impartir justicia; apoyo a las víctimas; pero sobre todo no incorporaba un programa nacional para prevenir y sancionar la Trata de Personas.

Posteriormente, el **27 de Noviembre de 2007** se expide la **Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas**, la cual era muy básica y no incluía las disposiciones internacionales en la materia.

Por ello, después de un arduo trabajo en comisiones en las cuales se consensaron las diversas propuestas de legisladores de diversos partidos políticos y a la incansable labor de la **Dip. Rosi Orozco**, el **14 de Junio de 2012** se publicó en el Diario Oficial de la Federación la **Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en materia de Trata de Personas y para la protección y asistencia a las víctimas de estos delitos**, la cual abrogó la anterior y que revisaremos enseguida.

B. LEY GENERAL PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LOS DELITOS EN MATERIA DE TRATA DE PERSONAS Y PARA PROTECCIÓN Y ASISTENCIA A LAS VÍCTIMAS DE ESTOS DELITOS

Antes de revisar el contenido de la ley en cuestión, debemos mencionar que el fundamento constitucional además de lo mencionado en la ley (artículo 73, fracción XXI), lo encontramos en el artículo 1º, el cual prohíbe la esclavitud y garantiza la libertad a todas las personas que habiten en nuestro país o que ingresen a él, aunque la Trata de Personas también puede vulnerar los derechos establecidos en el artículo 5º, sobre la libertad laboral y profesional y el derecho a una remuneración justa por trabajo prestado.

La ley cuenta con ciento veintiséis artículos, más catorce artículos transitorios en los siguientes títulos y capítulos:

LIBRO PRIMERO: DE LO SUSTANTIVO

TÍTULO PRIMERO: DISPOSICIONES GENERALES

- *CAPÍTULO I: Generalidades (Arts. 1-4)*
- *CAPÍTULO II: Competencias y facultades en la prevención, investigación, procesamiento, sanción y ejecución de penas de los delitos previstos en esta Ley (Arts. 5-6)*

TÍTULO SEGUNDO: DE LOS DELITOS EN MATERIA DE TRATA DE PERSONAS

- *CAPÍTULO I: De los principios para la investigación, procesamiento e imposición de las sanciones (Arts. 7-9)*
- *CAPÍTULO II: DE LOS DELITOS EN MATERIA DE TRATA DE PERSONAS (Arts. 10-38)*
- *CAPÍTULO II:⁴² Reglas comunes para los delitos previstos en esta Ley (Arts. 39-47)*
- *CAPÍTULO III:⁴³ Del Resarcimiento y Reparación del Daño (Arts. 48-52)*
- *CAPÍTULO IV:⁴⁴ De las Técnicas de Investigación (Arts. 53-58)*

TÍTULO TERCERO: DE LA PROTECCIÓN Y ASISTENCIA A LAS VÍCTIMAS, OFENDIDOS Y TESTIGOS DE LOS DELITOS EN MATERIA DE TRATA DE PERSONAS

- *CAPÍTULO I: Derechos de las Víctimas y Testigos Durante el Procedimiento Penal y Medidas de Protección a su Favor (Arts. 59-67)*
- *CAPÍTULO II: Protección y Asistencia a las Víctimas (Arts. 68-74)*
- *CAPÍTULO III: De los Derechos de las Víctimas Extranjeras en México y de las Víctimas Mexicanas en el Extranjero (Arts. 75-80)*
- *CAPÍTULO IV: De la Protección y Asistencia a las Víctimas y el Fondo (Arts. 81-82)*
- *CAPÍTULO V: Del Programa de Protección a Víctimas y Testigos (Art. 83)*

⁴² Error de técnica legislativa, debería decir Capítulo III.

⁴³ Error de técnica legislativa, debería decir Capítulo IV.

⁴⁴ Error de técnica legislativa, debería decir Capítulo V.

LIBRO SEGUNDO: DE LA POLÍTICA DE ESTADO

TÍTULO PRIMERO: DE LA COMISIÓN INTERSECRETARIAL Y EL PROGRAMA NACIONAL

- *CAPÍTULO I: De la Comisión intersecretarial (Arts. 84-91)*
- *CAPÍTULO II: Del Programa Nacional (Arts. 92-95)*
- *CAPÍTULO III: De la Evaluación del Programa Nacional (Arts. 96-97)*

TÍTULO SEGUNDO: DE LA PREVENCIÓN DE LOS DELITOS PREVISTOS EN ESTA LEY

- *CAPÍTULO I: De las Políticas y Programas de Prevención (Arts. 98-106)*
- *CAPÍTULO II: Atención Preventiva a Zonas y Grupos de Alta Vulnerabilidad (Arts. 107-108)*
- *CAPÍTULO III: De la Evaluación de los Programas de Prevención (Arts. 109-110)*
- *CAPÍTULO IV: De la Atención a Rezagos (Arts. 111-112)*

TÍTULO TERCERO: FACULTADES Y COMPETENCIAS DE LAS AUTORIDADES DE LOS TRES ÓRDENES DE GOBIERNO

- *CAPÍTULO I: Del Gobierno Federal (Art. 113)*
- *CAPÍTULO II: De las Autoridades Estatales, Municipales y del Distrito Federal (Arts. 114-116)*
- *CAPÍTULO III: De la Reglamentación del Programa (Arts. 117-122)*
- *CAPÍTULO IV: Del Financiamiento a la Prevención, Sanción y Erradicación de los Delitos Previstos en esta Ley y de la Asistencia y Protección a las Víctimas, Ofendidos y Testigos (Arts. 123-126)*

TRANSITORIOS

Iniciaremos señalando que la ley indica que **es de orden público y de interés social, reglamentaria del artículo 73 constitucional fracción XXI**, que otorga al Congreso la facultad para: *“expedir leyes generales en materia de **trata de personas**, que establezcan, como **mínimo**, los tipos penales y sus sanciones, la distribución de competencias y las formas de coordinación entre la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios; así como legislar en materia de **delincuencia organizada**”*. Este precepto es muy importante, ya que establece lo mínimo de lo que debe garantizar la ley en la materia, dejando abierta la posibilidad de ir actualizándola, en virtud de lo complejo del problema.

Se fija como **objeto** de la ley: establecer competencias y coordinación para la prevención, investigación, persecución de la trata de personas, en todos los órdenes de gobierno, así como en materia de protección de las víctimas de este delito; implementar los tipos penales y sus sanciones, así como determinar los procedimientos penales aplicables; establecer mecanismos para tutelar la vida, la dignidad, la libertad, la integridad y la seguridad de las personas, así como el libre desarrollo de niños y adolescentes, cuando sean lesionados por la comisión de este delito; y reparar el daño a las víctimas, el cual será proporcional a la gravedad del daño causado y a la afectación sufrida.

Establece una serie de **principios**, entre ellos los de: máxima protección;⁴⁵ perspectiva de género;⁴⁶ prohibición de la esclavitud y de la discriminación, en los términos del artículo 1º de la CPEUM;⁴⁷ interés superior de la infancia;⁴⁸ debida diligencia;⁴⁹ prohibición de devolución o expulsión;⁵⁰ derecho a la reparación del daño;⁵¹ garantía de no revictimización;⁵² laicidad y libertad de religión;⁵³ presunción de minoría de edad.⁵⁴

⁴⁵ Obligación de la autoridad de velar por la aplicación más amplia de medidas de protección a la dignidad, libertad, seguridad y demás derechos humanos de las víctimas y los ofendidos de los delitos previstos por la ley.

⁴⁶ Entendida como una visión científica, analítica y política sobre las mujeres y los hombres y las relaciones entre ellos en la sociedad, que permite enfocar y comprender las desigualdades socialmente construidas a fin de establecer políticas y acciones de Estado transversales para disminuir hasta abatir las brechas de desigualdad entre los sexos y garantizar el acceso a la justicia y el ejercicio pleno de sus derechos.

⁴⁷ Artículo 10. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

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.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

⁴⁸ Obligación del Estado de proteger los derechos de la niñez y la adolescencia, y de velar por las víctimas, ofendidos y testigos menores de 18 años de edad.

⁴⁹ Obligación de los servidores públicos de dar respuesta inmediata, oportuna, eficiente, eficaz y responsable en la prevención, investigación, persecución y sanción, así como en la reparación del daño de los delitos previstos en la Ley, incluyendo la protección y asistencia a las víctimas.

⁵⁰ Las víctimas de estos delitos no serán repatriadas a su país o enviadas a su lugar de origen en territorio nacional, cuando su vida, libertad, integridad, seguridad o las de sus familias, corra algún peligro. La autoridad deberá cerciorarse de esta condición.

⁵¹ Obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para garantizar a la víctima la restitución de sus derechos, indemnización y rehabilitación por los daños sufridos, así como de vigilar la garantía de no repetición.

Advierte que la **Federación será competente** para investigar, perseguir y sancionar los delitos establecidos en la ley, cuando: a. Se apliquen las reglas de competencia previstas en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; b. El delito se inicie, prepare o cometa en el extranjero, siempre y cuando produzca o se pretenda que produzca efecto en el territorio nacional, o cuando se inicie, prepare o cometa en el territorio nacional, siempre y cuando produzca o se pretenda que tengan efectos en el extranjero; c. Lo previsto en el artículo 10 del Código Federal de Procedimientos Penales;⁵² d. El Ministerio Público de la Federación ejerza la facultad de atracción, atendiendo a las características del hecho, a las circunstancias de ejecución o a la relevancia social del mismo; e. Se cometan por la delincuencia organizada.

La **ejecución de las penas** se registrará de acuerdo a los ordenamientos aplicables en la Federación, el D.F. y los Estados, en lo que no se oponga a la ley materia del presente análisis.

Todos los **ámbitos de gobierno** están obligados a coordinarse en función de las facultades exclusivas y concurrentes previstas en la ley, para prevención general, especial y social, junto con las reglas establecidas en la **Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública**.

Por otro lado, la ley establece una serie de reglas para la **investigación, procesamiento y sanción**, entre las que se encuentran que: a. El Ministerio Público y las autoridades jurisdiccionales, garanticen los derechos de las

⁵² Obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para evitar que las víctimas sean revictimizadas en cualquier forma.

⁵³ Garantía de libertad de conciencia, asegurando a las víctimas la posibilidad de vivir y manifestar su fe y practicar su religión, sin ninguna imposición en los programas o acciones llevados a cabo por las instituciones gubernamentales o de la sociedad civil que otorgue protección y asistencia.

⁵⁴ En los casos que no pueda determinarse o exista duda sobre la minoría de edad o documentos de identificación y no se cuente con dictamen médico, se presumirá ésta.

⁵⁵ Artículo 10.- Es competente para conocer de los delitos continuados y de los continuos o permanentes, cualquiera de los tribunales cuyo territorio aquéllos produzcan efectos o hayan realizado actos constitutivos de tales delitos.

En caso de concurso de delitos, el Ministerio Público Federal será competente para conocer de los delitos del fuero común que tengan conexidad con delitos federales, y los jueces federales tendrán, asimismo, competencia para juzgarlos.

También será competente para conocer de un asunto, un juez de distrito distinto al del lugar de comisión del delito, atendiendo a las características del hecho imputado, a las circunstancias personales del inculpado, por razones de seguridad en las prisiones o por otras que impidan garantizar el desarrollo adecuado del proceso, cuando el Ministerio Público de la Federación considere necesario llevar el ejercicio de la acción penal ante otro juez. Lo anterior es igualmente aplicable para los casos en que, por las mismas razones la autoridad judicial, de oficio o a petición de parte, estime necesario trasladar a un procesado a algún centro de reclusión de máxima seguridad, en los que será competente el tribunal del lugar en que se ubique dicho centro.

En estos supuestos no procede la declinatoria.

víctimas; b. Los presuntos responsable de los delitos, sean sujetos de prisión preventiva durante el proceso, salvo lo señalado en los artículos 32,⁵⁶ 33⁵⁷ y 34⁵⁸ de la propia ley; c. El Ministerio Público y las policías procedan de oficio por los delitos en materia de trata de personas; d. En las sentencias condenatorias, se debe contemplar la reparación del daño a las víctimas;

La policía, el Ministerio Público y las autoridades jurisdiccionales deben asegurar la eficacia de la investigación y el enjuiciamiento de estos delitos. Para ello, deben respetar los intereses y las circunstancias personales de víctimas y testigos.

La ley hace especial énfasis para que la policía, el Ministerio Público y las autoridades jurisdiccionales tengan **consideraciones especiales**, cuando la víctima se encuentre en una situación de vulnerabilidad por algún daño físico o emocional.

Con relación a los delitos en materia de Trata de Personas, la ley establece que *“toda acción u omisión dolosa de una o varias personas para captar, enganchar, transportar, transferir, retener, entregar, recibir o alojar a una o varias personas con fines de explotación se le impondrá de 5 a 15 años de prisión y de un mil a veinte mil días multa, sin perjuicio de las sanciones que correspondan para cada uno de los delitos cometidos, previstos y sancionados en esta Ley y en los códigos penales correspondientes”*. Enseguida enlista una serie de conductas que se entenderán como explotación de una persona:

a. La esclavitud. Indica que *se entiende por esclavitud el dominio de una persona sobre otra, dejándola sin capacidad de disponer libremente de su propia persona ni de sus bienes y se ejerciten sobre ella, de hecho, atributos del derecho de propiedad*. La sanción es de 15 a 30 años prisión y de un mil a 20 mil días multa.

b. La condición de siervo. Advierte que se tiene condición de siervo:

l. Por deudas: La condición que resulta para una persona del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, si los servicios

⁵⁶ Artículo 32. Se impondrá pena de 2 a 7 años de prisión y de 500 a 2 mil días multa al que, en cualquier medio impreso, electrónico o cibernético contrate, de manera directa o indirecta, espacios para la publicación de anuncios que encuadren en los supuestos de publicidad ilícita o engañosa, con el fin de facilitar, promover o procurar que se lleve a cabo cualquiera de las conductas delictivas objeto de la presente Ley.

⁵⁷ Artículo 33. Se aplicará pena de 5 a 15 años de prisión y de un mil a 20 mil días multa a quien dirija, gestione o edite un medio impreso, electrónico o cibernético que, incumpliendo lo dispuesto con esta Ley publique contenidos a través de los cuales facilite, promueva o procure cualquiera de las conductas delictivas objeto de la misma.

⁵⁸ Artículo 34. Al que dé en comodato, en arrendamiento o alquile un bien inmueble, casa o habitación, con conocimiento de que será utilizado para la comisión de cualquiera de las conductas señaladas en el presente capítulo, será sancionado con pena de 2 a 7 años de prisión y de 10 mil a 20 mil días multa.

prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios.

II. Por *gleba*: Es siervo por *gleba* aquel que: a) Se le impide cambiar su condición a vivir o a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona; b) Se le obliga a prestar servicios, remunerados o no, sin que pueda abandonar la tierra que pertenece a otra persona; c) Ejercer derechos de propiedad de una tierra que implique también derechos sobre personas que no puedan abandonar dicho predio.

En ambos casos, la sanción es de 5 a 10 años de prisión y de un mil a 20 mil días multa.

c. La prostitución ajena u otras formas de explotación sexual

- *Al que se beneficie de la explotación de una o más personas a través de la prostitución, la pornografía, las exhibiciones públicas o privadas de orden sexual, el turismo sexual o cualquier otra actividad sexual remunerada mediante: el engaño; la violencia física o moral; el abuso de poder; el aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad; daño grave o amenaza de daño grave; o la amenaza de denunciarle ante autoridades respecto a su situación migratoria en el país o cualquier otro abuso de la utilización de la ley o procedimientos legales, que provoque que el sujeto pasivo se someta a las exigencias del activo: Se sancionará con pena de 15 a 30 años de prisión y de un mil a 30 mil días de multa.*

Es importante mencionar que, cuando se trate de menores de edad o personas que no tiene la capacidad de comprender el significado del hecho no se requerirá la comprobación de los medios.

- *Al que someta a una persona o se beneficie de someter a una persona para que realice actos pornográficos, o produzca o se beneficie de la producción de material pornográfico, o engañe o participe en engañar a una persona para prestar servicios sexuales o realizar actos pornográficos. Se sancionará con pena de 10 a 15 años de prisión y de un mil a 30 mil días multa.*
- *Al que se beneficie económicamente de la explotación de una persona mediante el comercio, distribución, exposición, circulación u oferta de libros, revistas, escritos, grabaciones, filmes, fotografías, anuncios impresos, imágenes u objetos, de carácter lascivo o sexual, reales o simulados, sea de manera física, o a través de cualquier medio. Se*

sancionará con pena de 5 a 15 años de prisión y de un mil a 30 mil días multa.

No se sancionará cuando el material tenga como fin la divulgación científica, artística o técnica, o la educación sexual o reproductiva. Para ello, el juez puede solicitar dictamen de peritos para evaluar la conducta en cuestión.

- *Al que procure, promueva, obligue, publicite, gestione, facilite o induzca, por cualquier medio, a una persona menor de dieciocho años de edad, o que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho, o no tenga capacidad de resistir la conducta, a realizar actos sexuales o de exhibicionismo corporal, con fines sexuales, reales o simulados, con el objeto de producir material a través de video grabarlas, audio grabarlas, fotografiarlas, filmarlos, exhibirlos o describirlos a través de anuncios impresos, sistemas de cómputo, electrónicos o sucedáneos, y se beneficie económicamente de la explotación de la persona. Se impondrá pena de 15 a 30 años de prisión y de 2 mil a 60 mil días multa, así como el decomiso de los objetos, instrumentos y productos del delito, incluyendo la destrucción de los materiales resultantes.*

La mismas sanciones se impondrán, a quien financie, elabore, reproduzca, almacene, distribuya, comercialice, arriende, exponga, publicite, difunda, adquiera, intercambie o comparta, por cualquier medio, el material a que se refieren estas conductas.

La ley establece una agravante, si se hiciere uso de la fuerza, el engaño, la violencia física o psicológica, la coerción, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, las adicciones, una posición jerárquica o de confianza, o la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra o cualquier otra circunstancia que disminuya o elimine la voluntad de la víctima para resistirse, en tal caso, la pena se aumentará en una mitad.

- *Al que almacene, adquiera o arriende para sí o para un tercero, el material a que se refiere el apartado anterior, sin fines de comercialización o distribución. Se impondrá pena de 5 a 15 años de prisión y de un mil a 20 mil días multa.*
- *Al que promueva, publicite, invite, facilite o gestione por cualquier medio a que una o más personas viajen al interior o exterior del territorio nacional con la finalidad de que realicen cualquier tipo de actos sexuales, reales o*

simulados, con una o varias personas menores de dieciocho años de edad, o con una o varias personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o con una o varias personas que no tienen capacidad para resistirlo, y se beneficie económicamente de ello. Se impondrá pena de 15 a 25 años de prisión y de un mil a 20 mil días multa.

- El que contrate a una persona u oferte un trabajo distinto a los servicios sexuales y la induzca a realizarlos, bajo engaño en cualquiera de las siguientes circunstancias: que el acuerdo o contrato comprende la prestación de servicios sexuales; o la naturaleza, frecuencia y condiciones específicas; o la medida en que la persona tendrá libertad para abandonar el lugar o la zona a cambio de la realización de esas prácticas; o la medida en que la persona tendrá libertad para dejar el trabajo a cambio de la realización de esas prácticas; o la medida en que la persona tendrá posibilidad de salir de su lugar de residencia a cambio de la realización de esas prácticas; o si se alega que la persona ha contraído o contraerá una deuda en relación con el acuerdo: el monto, o la existencia de la suma adeudada o supuestamente adeudada. Se sancionará con pena de 5 a 10 años de prisión y de 4 mil a 30 mil días multa.
- El que obteniendo beneficio económico para sí o para un tercero, contrate aun sea lícitamente, a otra para la prestación de servicios sexuales en las circunstancias del párrafo anterior, excepto cuando el acuerdo o contrato comprenda la prestación de servicios sexuales. Se sancionará con pena de 5 a 10 años de prisión y de 4 mil a 30 mil días multa.

d. La explotación laboral. Advierte que se sancionará a quien explote laboralmente a una o más personas, y considera que existe explotación laboral cuando una persona obtiene, directa o indirectamente, beneficio injustificable, económico o de otra índole, de manera ilícita, mediante el trabajo ajeno, sometiendo a la persona a prácticas que atenten contra su dignidad, tales como: condiciones peligrosas o insalubres, sin las protecciones necesarias de acuerdo a la legislación laboral o las normas existentes para el desarrollo de una actividad o industria; existencia de una manifiesta desproporción entre la cantidad de trabajo realizado y el pago efectuado por ello, o salario por debajo de lo legalmente establecido. Se sancionará con pena de 3 a 10 años de prisión, y de 5 mil a 50 mil días multa.

e. El trabajo o servicios forzados. Indica que hay trabajo forzado cuando el mismo se obtiene mediante: el uso de la fuerza, la amenaza de la fuerza, coerción física, o amenazas de coerción física a esa persona o a otra persona, o bien utilizando la fuerza o la amenaza de la fuerza de una organización criminal; daño grave o amenaza de daño grave a esa persona que la ponga en condiciones de

vulnerabilidad; el abuso o amenaza de la denuncia ante las autoridades de su situación migratoria irregular en el país o de cualquier otro abuso en la utilización de la ley o proceso legal, que provoca que el sujeto pasivo se someta a condiciones injustas o que atenten contra su dignidad. Se sancionará con pena de 10 a 20 años de prisión, y de 5 mil a 50 mil días multa, quien tenga o mantenga a una persona en trabajos forzados.

f. La mendicidad forzosa. Menciona que se entiende por explotación de la mendicidad ajena, obtener un beneficio al obligar a una persona a pedir limosna o caridad contra su voluntad, recurriendo a la amenaza de daño grave, un daño grave o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, o el engaño. Se sancionará con prisión de 4 a 9 años y de 500 a 20 mil días multa, a quien utilice a una persona para realizar actos de mendicidad.

Establece como agravante si se comente contra menores de dieciocho años, mayores de setenta, mujeres embarazadas, personas con lesiones, enfermedades o discapacidad física o psicológica, para lo cual se impondrá pena de 9 a 15 años de prisión y de un mil a 25 mil días multa.

g. La utilización de personas menores de dieciocho años en actividades delictivas. Prevé que a quien utilice a personas menores de dieciocho años en cualquiera de las actividades delictivas señaladas en el artículo 20 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.⁵⁹ Se sancionará con pena de 10 a 20 años de prisión y de un mil a 20 mil días multa.

⁵⁹ Artículo 20.- Cuando tres o más personas se organicen de hecho para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada:

- I. Terrorismo, previsto en los artículos 139 a 139 Ter y terrorismo internacional previsto en los artículos 148 Bis al 148 Quáter; contra la salud, previsto en los artículos 194 y 195, párrafo primero; falsificación o alteración de moneda, previstos en los artículos 234, 236 y 237; el previsto en la fracción IV del artículo 368 Quáter en materia de hidrocarburos; operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 Bis; y el previsto en el artículo 424 Bis, todos del Código Penal Federal;
- II. Acopio y tráfico de armas, previstos en los artículos 83 bis y 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos;
- III. Tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 159 de la Ley de Migración;
- IV. Tráfico de órganos previsto en los artículos 461, 462 y 462 bis de la Ley General de Salud;
- V. Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo previsto en el artículo 201; Pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 202; Turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en los artículos 203 y 203 Bis; Lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 204; Asalto, previsto en los artículos 286 y 287; Tráfico de menores o personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho, previsto en

h. La adopción ilegal de persona menor de dieciocho años. La ley establece dos supuestos:

a. *Al padre, madre, tutor o persona que tenga autoridad sobre un menor de dieciocho años con el fin de abusar o explotarlo sexualmente o cualquiera de las formas de explotación que contempla la ley.* Se impondrá pena de 20 a 40 años de prisión y de 2 mil a 20 mil días multa.

b. *Al que entregue en su carácter de padre o tutor o persona que tiene autoridad sobre un menor de dieciocho años.* Se impondrá pena de 3 a 10 años de prisión y de 500 a 2 mil días multa. La ley hace una excepción cuando quien de buena fe haya recibido a una persona en condición irregular, con el fin de integrarla como parte de su núcleo familiar con todas sus consecuencias.

En ambos casos, la adopción se declarará nula.

i. El matrimonio forzoso o servil. La ley también prevé dos supuestos:

a. La pena será 4 a 10 años de prisión y de 200 a 2 mil días multa, además de la declaratoria de nulidad de matrimonio, a quien:

- *Obligue a contraer matrimonio a una persona, de manera gratuita o a cambio de pago en dinero o en especie entregada a sus padres, tutor, familia o a cualquier otra persona o grupo de personas que ejerza una autoridad sobre ella;*
- *Obligue a contraer matrimonio a una persona con el fin de prostituirla o someterla a esclavitud o prácticas similares;*
- *Ceda o trasmita a una persona a un tercero, a título oneroso, de manera gratuita o de otra manera.*

el artículo 366 Ter, y Robo de vehículos, previsto en los artículos 376 Bis y 377 del Código Penal Federal, o en las disposiciones correspondientes de las legislaciones penales estatales o del Distrito Federal;

VI. Delitos en materia de trata de personas, previstos y sancionados en el Título Segundo de la Ley General para Combatir y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos, excepto en el caso de los artículos 32, 33 y 34 y sus respectivas tentativas punibles.

VII. Las conductas previstas en los artículos 9, 10, 11, 17 y 18 de la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

b. La pena será de 20 a 40 años de prisión y de 2 mil a 30 mil días multa, al que realice explotación sexual aprovechándose de la relación matrimonial o concubinato. En tal caso, se declarará nulo el matrimonio.

j. Tráfico de órganos, tejidos y células de seres humanos vivos. Indica que a quien realice la extracción, remoción u obtención de un órgano, tejido o células de seres humanos vivos, a cambio de un beneficio o a través de una transacción comercial, sin incluir los procedimientos médicos lícitos para los cuales se ha obtenido el debido consentimiento, en los términos de lo establecido por la Ley General de Salud. Se le impondrá pena de 15 a 25 años de prisión, y de 2 mil a 30 mil días multa.

k. Experimentación biomédica ilícita en seres humanos. Advierte que a quien aplique sobre una persona o un grupo de personas procedimientos, técnicas o medicamentos no aprobados legalmente y que contravengan las disposiciones legales en la materia. Se le impondrá pena de 3 a 5 años de prisión y de 2 mil a 30 mil días multa.

Por otro lado, la ley sanciona no solo las conductas de quien comete el delito, sino de **quienes contraten los servicios de las personas víctimas del delito**. Así señala que se sancionará con pena de 2 a 40 años de prisión y de un mil a 25 mil días multa, además de las que resulten por la comisión de conductas previstas en otros ordenamientos legales aplicables, al que, a sabiendas de su situación de trata, adquiera, use, compre, solicite o alquile servicios de una persona para cualquiera de los fines previstos en los delitos materia de la ley.

También sanciona al que **divulgue**, sin motivo fundado, **información** reservada o confidencial relacionada con los delitos, procesos y personas objeto de la ley o relacionada con el Programa de Protección de Víctimas, Ofendidos y Testigos. La pena será de 3 a 6 años de prisión y de un mil a 10 mil días multa y **se agravará** cuando el sujeto sea o hubiese sido integrante de una institución de seguridad pública, de procuración de justicia, de los centros de reclusión preventiva o penitenciaria, o del poder judicial, en cuyo caso la pena será de seis a doce años de prisión y de 2 mil a 15 mil días multa.

En contraposición, la ley exime a las **víctimas de los delitos de trata**, en caso de que hayan cometido delitos mientras estuvieran sujetas al control o amenaza de sus victimarios.

En el mismo sentido, las **víctimas extranjeras**, no serán sujetas a las sanciones previstas en la ley de migración, por su situación migratoria irregular o por la adquisición o posesión de documentos de identificación apócrifos. Tampoco serán mantenidas en centros de detención o prisión en ningún

momento antes, durante o después de todos los procedimientos administrativos o judiciales que correspondan.

Posteriormente, la ley establece **reglas comunes para estos delitos**, entre las que se encuentran:

- Respecto de la **tentativa** tendrá el carácter de punible y se sancionará en términos de los párrafos primero y segundo del artículo 12 del Código Penal.⁶⁰
- El **consentimiento otorgado por la víctima**, independientemente de su edad no será excluyente de responsabilidad penal.
- Las **penas** por los delitos que contempla la ley, se aplicarán también a quien los **prepare, promueva, incite, facilite o colabore**.

Las **penas** se aumentarán **hasta en una mitad** cuando: a. Exista relación familiar o de parentesco por consanguinidad o civil hasta el tercer grado o hasta el segundo grado por afinidad, o habite en el mismo domicilio, o tenga o haya tenido relación sentimental o de hecho con la víctima. En tal caso, el sujeto activo perderá los derechos que tenga respecto de la víctima y sus bienes; b. Se utilice violencia, intimidación, engaño, privación de libertad, fanatismo religioso o tratos crueles, inhumanos o degradantes, con excepción de lo señalado en el artículo 13;⁶¹ c. El delito se cometa en dos o más países; d. Cuando ponga en peligro la vida de la víctima; e. Cause la muerte o el suicidio de la víctima; f. Cause

⁶⁰ Artículo 12.- Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

Para imponer la pena de la tentativa el juez tomará en cuenta, además de lo previsto en el artículo 52, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito.

...

⁶¹ Artículo 13. Será sancionado con pena de 15 a 30 años de prisión y de un mil a 30 mil días multa, al que se beneficie de la explotación de una o más personas a través de la prostitución, la pornografía, las exhibiciones públicas o privadas de orden sexual, el turismo sexual o cualquier otra actividad sexual remunerada mediante:

I.El engaño;

II.La violencia física o moral;

III.El abuso de poder;

IV.El aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad;

V.Daño grave o amenaza de daño grave; o

VI.La amenaza de denunciarle ante autoridades respecto a su situación migratoria en el país o cualquier otro abuso de la utilización de la ley o procedimientos legales, que provoque que el sujeto pasivo se someta a las exigencias del activo.

Tratándose de personas menores de edad o personas que no tiene la capacidad de comprender el significado del hecho no se requerirá la comprobación de los medios a los que hace referencia el presente artículo.

daño o lesiones corporales graves a la víctima y enfermedades psicológicas o físicas; g. Se cometa contra una mujer embarazada, personas con discapacidad física o psicológica, menor de 18 años o de la tercera edad que no tengan capacidad de valerse por sí misma; h. Cuando la víctima sea indígena; i. El delito comprenda más de una víctima; j. Cuando el autor del delito: sea miembro de la delincuencia organizada; haya dado a la víctima sustancias de las prohibidas; tenga una posición de responsabilidad o confianza respecto de la víctima; tenga posición de autoridad, control o dominio respecto de la víctima menor de 18 años; sea funcionario público, o haya sido condenado con anterioridad por el mismo delito, o cualquier otro delito en materia de trata de personas.

La **pena** se incrementará **hasta en dos terceras partes**, cuando el responsable del delito realice acciones de dirección o financiamiento a otras personas para que cometan cualquiera de los delitos que contempla la ley.

Los **bienes producto de los delitos** previstos en la ley, que sean **decomisados** como resultado del ejercicio de la extinción de dominio, formarán parte del patrimonio del de Protección y Asistencia a las Víctimas de los Delitos en Materia de Trata de Personas, así como de los **Fondos de Protección y Asistencia a las Víctimas de los Estados y el Distrito Federal**.

El **Ministerio Público Federal** o de los Estados y el D.F. estará facultado para **embargar** de manera precautoria los productos y bienes del delito.

Los **sentenciados** por los delitos contemplados en la ley, **no tendrán derecho a los beneficios de la libertad preparatoria**, sustitución, conmutación de la pena o cualquier otro que implique reducción de la condena; sin embargo, se establece una **excepción**: Se otorgará **el derecho a los beneficios de libertad preparatoria**, a quien proporcione **datos fehacientes** para la persecución de los delincuentes, así como para la localización y liberación de las víctimas, siempre que concurran las siguientes condiciones:

1. El **sentenciado** haya cometido uno de los delitos sancionados con una pena que **no exceda de cuatro años** de prisión;
2. Acepte **voluntariamente la colocación de un dispositivo de localización** por el tiempo que falte cumplir la **pena de prisión** y pague el costo de su operación y mantenimiento;
3. Se trate de un **primodelincuente**;
4. **Cubra** la totalidad de la **reparación del daño** o de manera proporcional, cuando haya sido condenado en forma solidaria y mancomunada;

5. Una **persona** conocida se comprometa y garantice a la autoridad el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el **sentenciado**;

6. **Compruebe contar con un oficio, arte o profesión** o exhiba las constancias adecuadas que acrediten que **continuará estudiando**;

7. **Cuente con fiador**, y

8. Se **obligue a no molestar a la víctima** y a los testigos que depusieron en su contra, así como a sus parientes o personas vinculadas a éstos.

Por otro lado, respecto a la **reparación del daño**, la ley establece que cuando una persona sea declarada penalmente responsable de los delitos previstos en la ley, **en todos los casos**, el Juez debe condenarla al pago de la reparación del daño a favor de la víctima u ofendidos. Esta reparación debe ser plena y efectiva, proporcional a la gravedad del daño causado y a la afectación del proyecto de vida, y comprenderá por lo menos:

- La **restitución de los bienes o la cosa obtenida por el delito con sus frutos y accesorios**, y el pago de los deterioros que hubiere sufrido, y si no fuese posible la restitución el pago de su valor actualizado;
- El **pago de los daños físicos, materiales, psicológicos, así como la reparación al daño moral**, lo que incluirá, por lo menos, los costos de tratamiento médico, medicina, exámenes clínicos e intervenciones necesarias, rehabilitación física, prótesis o aparatos ortopédicos, así también la terapia o tratamiento psiquiátrico, psicológico y rehabilitación social y ocupacional hasta la rehabilitación total de la víctima;
- La **pérdida de oportunidades, del empleo, educación y prestaciones sociales que de no haberse cometido el delito se tendrían**; por tanto deberá repararse el daño para que la víctima u ofendido puedan acceder a nuevos sistemas de educación, laborales y sociales acorde a sus circunstancias;
- El **pago de los ingresos económicos que se hubieren perdido**, así como y el lucro cesante ocasionado por la comisión del delito, para ello se tomará como base el salario que en el momento de sufrir el delito tenía la víctima;
- Los **gastos de asistencia y representación jurídica o de peritos**, hasta la total conclusión de los procedimientos legales;

- Los **costos del transporte** de retorno a su lugar de origen, si así lo decide la víctima, gastos de **alimentación, vivienda provisional, vestido** y los que sean necesarios durante la investigación, el proceso y la rehabilitación física y psíquica total de la víctima;
- La **declaración que restablezca la dignidad y la reputación de la víctima u ofendido** y de las personas vinculadas a ella, a través de los medios que solicite;
- La **disculpa pública de reconocimiento de hechos y aceptación de responsabilidad**, cuando en el delito participe servidor público o agente de autoridad.

La **reparación del daño** debe ser fijada por los jueces y de acuerdo con las pruebas obtenidas. Esta se cubrirá con los bienes del responsable y subsidiariamente con el importe de la caución que otorgue para obtener su libertad provisional o sanción pecuniaria. La reparación del daño será preferente al pago de cualquier otra sanción pecuniaria u obligación contraída con posterioridad a la comisión del delito, excepto los alimentos y las relaciones laborales.

Tienen **derecho a la reparación del daño**, la víctima y la o las personas ofendidas. A falta de la víctima o de la o las personas ofendidas, sus dependientes económicos, herederos o derechohabientes, en la proporción que señale el derecho sucesorio.

La **reparación del daño** se puede reclamar en manera conexas a la responsabilidad penal o por la vía civil; y cuando sea exigible a terceros, tendrá el carácter de responsabilidad civil.

Cuando la **reparación del daño no sea cubierta total o parcialmente por el sentenciado**, la Federación, el Distrito Federal y los Estados, cubrirán dicha reparación con los recursos de sus respectivos fondos. Los derechos de la autoridad para exigir al sentenciado la reparación del daño, quedarán a salvo para hacerlos efectivos.

La ley incluye un apartado sobre **Técnicas de Investigación**, en el cual se indica que cuando el Ministerio Público tenga conocimiento de la comisión de delitos en materia de trata de personas, asumirá la función de la dirección de investigación, tal como lo establece el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Las **metas de investigación** por parte de policías y el Ministerio Público, deben ser por lo menos las siguientes:

- **Extracción segura de la víctima** del lugar de los hechos o donde se encuentre;
- Identificación del **modus operandi** de los involucrados;
- **Obtención de elementos probatorios** antes, durante y posterior a la extracción segura de la víctima;
- **Aseguramiento de elementos probatorios** conforme a los lineamientos de cadena de custodia;
- **Detención** de las **personas** que cometieron o participaron en la comisión;
- **Identificación y aseguramiento de los recursos económicos** obtenidos por el responsable del delito;
- **Identificación de bienes relacionados con los hechos o propiedad de los responsables del delito** que pueda ser objeto de extinción de dominio;
- Cuando el delito sea cometido por más de dos personas, **identificar, determinar las actividades que realiza** y detener a cada integrante del grupo criminal, y
- Obtener **sentencias definitivas** contra los responsables del delito.

Las **policías** actuarán bajo la dirección del Ministerio Público, quienes **durante la fase de investigación pueden:** Recabar información en lugares públicos (siempre y cuando respeten los derechos particulares de los ciudadanos); recabar información de bases de datos públicos; realizar análisis técnico táctico o estratégico de la información obtenida para la generación de inteligencia; verificar la información sobre hechos que puedan ser constitutivos de delitos e informarlo al Ministerio Público; efectuar el procesamiento del lugar de los hechos y entregar la evidencia física al Ministerio Público.

El Ministerio Público durante la fase de investigación puede: Solicitar la intervención de comunicaciones; solicitar información a las empresas telefónicas y de comunicación; autorizar el seguimiento de personas hasta por un período de un mes, el cual podrá ser prorrogado cuando existan motivos, sin que exceda

de seis meses; solicitar información a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores sobre la actividad financiera de las personas sujetas a investigación; autorizar la colaboración de informantes; autorizar la utilización de cualquier medio, instrumentos o herramienta para la obtención de pruebas, siempre que ésta no contravenga los derechos humanos no violente el orden jurídico, y toda aquella que determinen las leyes aplicables. En caso de que las autoridades locales carezcan de normatividad para el ejercicio de cualquiera de las atribuciones anteriores, la Procuraduría coadyuvará en la investigación.

Para tales fines, la ley da la definición de **informante** como *toda persona que de forma directa o indirecta tiene conocimiento de la comisión de delitos, y por su situación o actividad que realiza, provee dicha información a las instancias de gobierno para la investigación.*

Respecto de la **Protección y Asistencia a las Víctimas, Ofendidos y Testigos de los Delitos en Materia de Trata de Personas**, la ley señala que se *considera víctima al titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la acción u omisión por los delitos previstos en esta Ley.* También indica que los ofendidos gozarán de los mismos derechos reconocidos a la víctima.

La calidad de **ofendido** la tendrán los familiares de la víctima hasta en cuarto grado, dependientes económicos, así como a cualquier otra persona que tenga una relación de hecho o convivencia afectiva con la víctima y que sufran, hayan sufrido o se encuentren en situación de riesgo de sufrir algún daño o perjuicio por motivos o a consecuencia de la comisión de estos delitos. Siendo estos: hijos o hijas de la víctima; el cónyuge, concubina o concubinario; el heredero declarado judicialmente en los delitos cuyo resultado sea la muerte de la víctima u ofendido; la persona que hubiere vivido de forma permanente con la víctima durante por lo menos dos años anteriores al hecho, y la persona que haya sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.

La calidad de **testigo** la tendrá *toda persona que de forma directa o indirecta, a través de sus sentidos tiene conocimiento de los hechos que se investigan, por lo que puede aportar información para su esclarecimiento, independientemente de su situación legal.*

La ley ordena que las **autoridades responsables de atender a las víctimas del delito** adopten **medidas** tendientes a proteger y asistir debidamente a víctimas, ofendidos y testigos, para lo cual deberán: establecer mecanismos para identificar a las víctimas; crear programas de protección y asistencia; diseñar y poner en marcha modelos de protección y asistencia inmediatas a víctimas de estos delitos; generar Protocolos de Asistencia y Protección; proveer la debida protección y asistencia en albergues durante su

recuperación, rehabilitación y resocialización, así como en los lugares adecuados para garantizar su seguridad; aplicar modelos que ofrezcan alternativas dignas y apropiadas para las víctimas, con el propósito de restituirles sus derechos humanos, especialmente a los sectores más vulnerables; generar y aplicar programas de protección y asistencia a las víctimas, ofendidos y testigos de delitos en que se encuentre involucrado el crimen organizado, que incluirán cambio de identidad y reubicación nacional o internacional.

Al respecto, cuando se acredite que el sujeto o sujetos activos del delito son miembros de la **delincuencia organizada nacional o transnacional**, la víctima, ofendidos y testigos tendrán **derecho a cambio de identidad** y de residencia como parte de la obligación del Estado.

Por su parte, las **representaciones diplomáticas de México** en el extranjero deben ofrecer información, orientación, protección y asistencia a las víctimas, ofendidos y testigos de estos delitos, de nacionalidad mexicana en el extranjero, con la finalidad de salvaguardar su dignidad e integridad física y psicológica, así como para apoyarlas en las gestiones necesarias ante las autoridades del país en el que se encuentren.

La **ley garantiza a las víctimas** el alojamiento adecuado, atención médica de calidad, acceso a la educación, capacitación y oportunidades de empleo, hasta su total recuperación y resocialización, cuando sea necesario; así como atención física, psicológica y social hasta su total recuperación y rehabilitación; y las cualquier otra situación para salvaguardar su seguridad física, su libertad, dignidad, integridad física y mental, sus derechos humanos y la reparación del daño, así como el normal desarrollo de su personalidad en el caso de niñas, niños y adolescentes, además de lo establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Las **víctimas y ofendidos** de los delitos de trata de personas tendrán los siguientes derechos:

- Ser tratadas con humanidad, respeto por su dignidad, acceso inmediato a la justicia, la restitución de sus derechos y reparación del daño sufrido;
- Estar presentes en el proceso, en sala distinta a la del inculpado;
- Obtener la información que se requiera de las autoridades competentes;
- Recibir asesoría de las autoridades competentes, sobre la situación del proceso, así como de los beneficios a que tienen derecho;

- Solicitar medidas precautorias o cautelares para la seguridad y protección de las víctimas, ofendidos y testigos y para el aseguramiento de bienes para la reparación del daño;
- Que el juez emita una sentencia condenatoria, en la cual también condene sobre la reparación del daño;
- Contar con apoyo permanente de un grupo interdisciplinario de especialistas que las asesore y apoye en sus necesidades durante las diligencias;
- Rendir o ampliar sus declaraciones sin ser identificados dentro de la audiencia, teniendo la obligación el juez de resguardar sus datos personales y, si lo solicitan, hacerlo por medios electrónicos;
- Participar en careos a través de medios remotos;
- Obtener copia simple gratuita y de inmediato, de las diligencias en la que intervengan;
- Coadyuvar con el Ministerio Público y aportar pruebas durante el proceso;
- Conocer en todo momento el paradero del autor o partícipes del delito del que fue víctima, ofendido o testigo;
- Ser notificado previamente de la libertad del autor o autores del delito del que fue víctima, ofendido o testigo, y ser proveído de la protección;
- Ser inmediatamente notificado y proveído de la protección correspondiente, en caso de fuga del autor o autores del delito del que fue víctima, ofendido o testigo, y
- Tener el beneficio de la prueba anticipada, que podrá hacer valer el Ministerio Público de oficio o el representante de las víctimas y ofendidos por delitos que sean menores de edad, cuando con la ayuda de un especialista se pueda determinar la necesidad de obtener su declaración de manera anticipada, cuando por el transcurso del tiempo hasta que se llegase a la audiencia oral la persona menor de edad no pudiese rendir su testimonio o cuando la reiteración en su atesto sea altamente perjudicial en su desarrollo psicológico.

Cuando se presume que los **sujetos activos del delito sean integrantes de la delincuencia organizada**, las autoridades aplicarán medidas para asegurar que la víctima, ofendido o testigo pueda declarar libres de intimidación. Asimismo, se tomarán medidas para prevenir cualquier riesgo de revictimización durante las diligencias, limitando la exposición pública de las víctimas.

Respecto a la **protección de las víctimas, ofendidos y testigos de los delitos**, el cual **garantiza a las víctimas** el alojamiento adecuado, atención médica de calidad, acceso a la educación, capacitación y oportunidades de empleo, hasta su total recuperación y resocialización, cuando sea necesario; así como atención física, psicológica y social hasta su total recuperación y rehabilitación; y las cualquier otra situación para salvaguardar su seguridad física, su libertad, dignidad, integridad física y mental, sus derechos humanos y la reparación del daño, así como el normal desarrollo de su personalidad en el caso de niñas, niños y adolescentes, además de lo establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Para atender mejor las necesidades de las víctimas, se proporcionará al personal de policía, justicia, salud, servicios sociales, **capacitación que los sensibilice sobre dichas necesidades**, así como directrices que garanticen que esta ayuda sea siempre especializada y oportuna. Se prestará atención a las necesidades especiales que resulten por la índole de los daños sufridos o debido a cualquier situación de vulnerabilidad.

Las autoridades deben dar la debida consideración a factores humanitarios y personales, especialmente para la reunificación familiar en un entorno seguro.

Las víctimas, los ofendidos y los testigos tienen derecho a que **se les dicten medidas cautelares, providencias precautorias y protección personal**, las cuales tendrá vigencia durante la investigación, proceso, sentencia y ejecución de penas.

Durante las comparecencias y actuaciones de las víctimas, ofendidos y testigos, para que estén **libres de toda intimidación**, en sus declaraciones se les garantizará: medios remotos de distorsión de voz y rasgos; comparecencia a través de Cámara de Gesell, y resguardo de la identidad y otros datos personales.

Las autoridades por su parte, **deben asistir a la víctima y proporcionarle asistencia migratoria, independientemente de su situación migratoria**. La víctima permanecerá en territorio nacional hasta su total recuperación u obtener residencia permanente. Tiene derecho al retorno voluntario asistido, la regularización en territorio nacional y, cuando existan necesidades de protección internacional, el derecho a acceder al procedimiento de reconocimiento de la

condición de refugiado. La ley prohíbe alojar a víctimas, nacionales o extranjeras, en centros preventivos, penitenciarios o estaciones migratorias o cualquier otro sitio de detención de personas.

Respecto de la **repatriación de las víctimas** siempre será voluntaria, y se realizará en los términos de lo previsto en la Ley de Migración, su Reglamento y los protocolos de repatriación de víctimas vigentes. Cuando la **Secretaría de Gobernación reciba solicitud de repatriación de una víctima**, a un país del que esa persona sea nacional o en el que tuviese derecho de residencia permanente, velará por que se realice garantizando su seguridad y la observancia plena de su derecho de acceso a la justicia, pudiendo permanecer en el territorio nacional hasta agotar el procedimiento penal correspondiente, si así fuere su deseo.

La **Secretaría de Gobernación** facilitará y aceptará sin demora, la repatriación de las víctimas nacionales, garantizando en todo momento su seguridad. Cuando lo solicite un país de destino, la Secretaría verificará sin demora si la víctima es su connacional o tenía derecho de residencia permanente en el territorio nacional en el momento de su entrada en el territorio del país de destino.

Adicionalmente, la Secretaría otorgará **visas por razones humanitarias a las víctimas extranjeras de los delitos de trata de personas**, así como a sus ascendientes y descendientes en primer grado durante el período de espera y durante el procedimiento penal. En los casos que así lo ameriten y de acuerdo con lo establecido en la Ley de Migración, estas visas contarán con permisos para laborar y podrán convertirse en permisos de residencia permanente a solicitud de la víctima.

A fin de facilitar la **repatriación de las víctimas mexicanas en el exterior o con derecho de residencia en México**, que carezcan de documentación migratoria o de identidad, la Secretaría expedirá, previa solicitud del país de destino, los documentos que sean necesarios para que puedan viajar y reingresar a territorio nacional.

Estas disposiciones no afectarán los derechos reconocidos a las víctimas de trata de personas con arreglo al derecho interno del país de destino. Tampoco se interpretará en perjuicio de cualquier acuerdo o arreglo bilateral o multilateral aplicable que rija total o parcialmente, la repatriación de las víctimas de los delitos de trata de personas.

En relación a la **Protección y Asistencia a las Víctimas y el Fondo de Protección y Asistencia a las Víctimas de los Delitos en Materia de Trata de Personas**, este debe ser creado por los ejecutivos Federal, de los Estados y del Distrito Federal. Estos Fondos se constituirán de acuerdo con los porcentajes

que establezca el Reglamento que al efecto se expida y **se integrarán de la siguiente manera:**

- Recursos previstos para dicho fin en los presupuestos de egresos de la Federación, de los Estados y del Distrito Federal;
- Recursos obtenidos por la enajenación de bienes decomisados en procesos penales que correspondan a los delitos en materia de trata de personas;
- Recursos adicionales obtenidos por los bienes que causen abandono;
- Recursos producto de los bienes que hayan sido objeto de extinción de dominio y estén relacionados con la comisión de los delitos en materia de trata de personas;
- Recursos provenientes de las fianzas o garantías que se hagan efectivas cuando los procesados incumplan con las obligaciones impuestas por la autoridad judicial;
- Recursos que se produzcan por la administración de valores o los depósitos en dinero, de los recursos derivados de los Fondos para la Atención de Víctimas, distintos a los mencionados en el punto anterior, y
- Las donaciones o aportaciones hechas a su favor por terceros.

El **Fondo debe ser administrado en los términos que disponga el Reglamento,**⁶² siguiendo criterios de transparencia, oportunidad, eficiencia y racionalidad, el cual determinará los criterios de asignación de recursos. Los recursos que integren el Fondo, **deben ser fiscalizados por la Auditoría Superior de la Federación y en los Estados o el D.F., por las instancias encargadas de la revisión de la cuenta pública** en los ámbitos de sus respectivas competencias, en los términos de la legislación local aplicable.

Por otro lado, la ley contemple un apartado sobre el **Programa de Protección a Víctimas y Testigos**, en el cual la Procuraduría debe elaborar un programa para ofrecer cambio de identidad y reubicación a víctimas, ofendidos y testigos de los delitos en materia de trata de personas, cuya integridad pueda

⁶² Debemos mencionar que el reglamento que regule la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en materia de Trata de Personas y para la protección y asistencia a las víctimas de estos delitos no ha sido expedido, por lo que habrá que esperar para conocer los términos en que el reglamento disponga lo relativo a la administración de dicho Fondo.

estar amenazada. El **Centro Federal de Protección a Personas** será la competente para diseñar y aplicar este programa, además de serla responsable de la seguridad física, traslado y cambio de identidad de las personas admitidas.

De manera adicional, la ley ordena que el Gobierno Federal, establezca una **Comisión Intersecretarial para Prevenir, Combatir y Sancionar los Delitos en Materia de Trata de Personas**, cuyo objeto sea:

- Definir y coordinar la implementación de una Política de Estado en materia de Trata de Personas;
- Impulsar y coordinar en toda la República la vinculación interinstitucional para prevenir y sancionar los delitos de trata de personas;
- Inspección y vigilancia de los programas, acciones y tareas;
- Evaluación, rendición de cuentas y transparencia sin perjuicio de las atribuciones que en dichas materias correspondan a otras instancias.

La **Comisión** estará integrada por los titulares de la Secretaría de Gobernación; la Secretaría de Comunicaciones y Transportes; la Secretaría de Relaciones Exteriores; la Secretaría de Seguridad Pública; la Secretaría del Trabajo y Previsión Social; la Secretaría de Salud; la Secretaría de Desarrollo Social; la Secretaría de Educación Pública; la Secretaría de Turismo; la Procuraduría General de la República; el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia; la Procuraduría Social de Atención a Víctimas del Delito; el Instituto Nacional de las Mujeres; el Instituto Nacional de Migración, y el Instituto Nacional de Ciencias Penales.

La **Comisión** tendrá las siguientes **facultades**:

- Proponer su Reglamento Interno;
- Elaborar el proyecto de Programa Nacional, que contendrá la política del Estado Mexicano en relación a estos delitos, el cual debe incluir las estrategias y políticas de prevención, protección y asistencia, y persecución, así como también, políticas generales y focalizadas en materia de prevención, investigación, persecución y sanción, así como de protección, asistencia y resocialización de víctimas, ofendidos y testigos;

- Establecer las bases para la coordinación nacional entre los tres poderes y órdenes de gobierno, organismos oficiales de defensa de los derechos humanos, organizaciones de la sociedad civil, organismos e instancias internacionales e instituciones académicas, en el diseño y la aplicación del Programa Nacional;
- Adoptar políticas y programas que incluyan la cooperación de organizaciones civiles, a fin de: elaborar el Programa Nacional; establecer lineamientos de coordinación para la aplicación del Programa; facilitar la cooperación con otros países, y; coordinar la recopilación y el intercambio de datos de los delitos previstos en la ley, respetando la confidencialidad de las víctimas;
- Desarrollar campañas de prevención y educación, así como programas de desarrollo local que permitan prevenir los delitos en materia de trata de personas;
- Suscribir convenios de colaboración interinstitucional y suscribir acuerdos de coordinación;
- Recopilar los datos estadísticos relativos a la incidencia delictiva en materia de los delitos previstos en la ley, con la finalidad de publicarlos periódicamente;
- Diseñar políticas adecuadas y seguras para la repatriación de víctimas de los delitos de trata de personas;
- Promover acuerdos con asociaciones, fundaciones y demás organismos no gubernamentales que tengan como objetivo prevenir y combatir los delitos objeto de la ley y proteger a las víctimas, con el fin de poner en marcha proyectos estratégicos dirigidos a alcanzar los objetivos de la ley;
- Establecer programas de asistencia y apoyo para la reunificación familiar y social de las víctimas del delito objeto de la ley;
- Realizar campañas para promover la denuncia de los delitos objeto de la ley y lograr la detección, persecución y desarticulación de las redes delictivas de estos delitos;
- Desarrollar programas educativos sobre los riesgos en el uso de internet y redes sociales;

- Desarrollar programas para la protección de datos personales y control de la información personal, que incluya distintas formas de operación para el reclutamiento, modos y formas de intervención de cuentas, y restricciones de envío de fotografías personales e íntimas;
- En coordinación con la Secretaría, monitorear y vigilar de manera permanente que los anuncios clasificados que se publiquen por cualquier medio.

La **Comisión** deberá diseñar y supervisar el **funcionamiento de modelos únicos de asistencia y protección para las víctimas, posibles víctimas, ofendidos y testigos** de los delitos objeto de la ley, mismos que serán desarrollados por las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, los cuales deben comprender como mínimo:

- Orientación jurídica, incluida la migratoria, asistencia social, educativa y laboral a las víctimas de los delitos previstos en la ley. En el caso de que las víctimas pertenezcan a algún pueblo o comunidad indígena o hablen un idioma diferente al español, se les designará un traductor que les asistirá en todo momento;
- Asistencia social, humanitaria, médica, psicológica, psiquiátrica, aparatos ortopédicos y prótesis a las víctimas de los delitos objeto de la ley, hasta su total recuperación;
- Oportunidades de empleo, educación y capacitación para el trabajo a las víctimas del delito a través de su integración en programas sociales;
- Construcción de albergues, refugios y casas de medio camino especializados para las víctimas, ofendidos y testigos de los delitos previstos en la ley, donde se garantice un alojamiento digno por el tiempo necesario, asistencia material, médica, psiquiátrica, psicológica, social, alimentación y cuidados atendiendo a sus necesidades y a su evolución;
- Garantizar que la estancia en los refugios, albergues, y casas de medio camino o en cualquier otra instalación, sea de carácter voluntario y cuenten con medios para poder comunicarse, siempre y cuando el o los sujetos activos del delito no se presuman integrantes de la delincuencia organizada y estas medidas pongan en peligro su vida, su integridad y su seguridad y las de las demás víctimas con las que comparta las medidas de protección y asistencia;

- Garantizar que bajo ninguna circunstancia se albergue a víctimas nacionales o extranjeras, en centros preventivos, penitenciarios o estaciones migratorias, ni lugares habilitados para ese efecto;
- Garantizar protección frente a posibles represalias, intimidaciones, agresiones o venganzas de los responsables del delito o de quienes estén ligados con ellos a: a) Las víctimas; b) Los familiares o personas que se encuentren unidas a la víctima por lazos de amistad o de estima; c) Los testigos y personas que aporten información relativa al delito o que colaboren de alguna otra forma con las autoridades responsables de la investigación, así como a sus familias; d) A los miembros de la sociedad civil o de organizaciones no gubernamentales que se encuentran brindando apoyo a la víctima, sus familiares o testigos;
- Medidas para garantizar la protección y asistencia, incluyendo, por lo menos, protección física, adjudicación a cargo de la Procuraduría de un nuevo lugar de residencia, cambio de identidad, ayuda en la obtención de empleo, así como aquellas medidas humanitarias que propicien la unificación familiar, también a cargo de la Procuraduría.

Para llevar a cabo estas medidas de protección, podrá hacerse uso de los recursos del Fondo.

La **Comisión** diseñará el proyecto del **Programa Nacional**, que definirá la Política del Estado Mexicano frente a los delitos previstos en la ley, que deberá contemplar como mínimo:

- El diagnóstico de la incidencia, modalidades, causas y consecuencias y su comportamiento delictivo, así como los grupos afectados o en mayor grado de vulnerabilidad;
- Los compromisos adquiridos por el Gobierno de México sobre la materia frente a la comunidad internacional;
- Las estrategias y la forma en que el Estado Mexicano se coordinará y actuará uniformemente, la distribución de competencias y las instituciones gubernamentales responsables de la prevención, protección, asistencia y persecución;
- La elaboración de un inventario de recursos existentes;
- Los Protocolos de Atención para la Coordinación Interinstitucional;

- La ruta crítica con tiempos, atribuciones y obligaciones;
- Las políticas públicas para cumplir con las estrategias de prevención, protección y asistencia y persecución;
- Las Normas Oficiales de Coordinación Interinstitucional;
- Las formas y necesidades de coordinación e intercambio de información internacional y nacional; y,
- Los programas de capacitación y actualización permanente para los tres poderes y los tres órdenes de gobierno.

A la **Comisión Intersecretarial, la Secretaría y la Procuraduría**, corresponderá la **evaluación** de avances y resultados de los programas para la prevención, combate y sanción de los delitos previstos en la ley, y de la protección y asistencia a las víctimas, sin perjuicio de la que las autoridades locales realicen en sus respectivas evaluaciones. Dichas evaluaciones serán **sistemáticas y permanentes**. Los resultados serán tomados como base para que las autoridades ministeriales y judiciales, en el ámbito de su competencia, adopten las medidas procedentes.

Respecto de la **evaluación del Programa Nacional**, las autoridades responsables de prevenir, perseguir y sancionar el delito de trata de personas, así como las responsables de prestar asistencia y protección a las víctimas, se reunirán periódicamente con el propósito de analizar e intercambiar opiniones sobre el desarrollo del Programa, con el fin de formular recomendaciones y convenir acciones para apoyar la lucha por la erradicación de este fenómeno social en todas sus manifestaciones y modalidades.

De manera adicional, las autoridades establecerán y ejecutarán políticas, programas, acciones y otras medidas, con la finalidad de contribuir a erradicar los delitos en materia de trata de personas.

La Secretaría de Gobernación y las instancias equivalentes en los Estados aplicarán **medidas** tales como **actividades de investigación y campañas de información y difusión**, así como coordinar el diseño y puesta en marcha de iniciativas sociales y económicas, con miras a prevenir y combatir los delitos previstos en la ley.

Asimismo, las autoridades de los distintos órdenes de gobierno deben implementar medidas legislativas, educativas, sociales y culturales, a fin de

desalentar la demanda que propicia cualquier forma de explotación que provoca la trata de personas y demás delitos objeto de la ley.

La Secretaría de Gobernación debe ejecutar todas las medidas necesarias para proteger a los inmigrantes o emigrantes, y en particular a las mujeres, niñas, niños y adolescentes, en el lugar de partida, durante el viaje y en el lugar de destino.

La Secretaría de Seguridad Pública por su parte, debe garantizar la vigilancia en las estaciones de ferrocarril, en los aeropuertos, en los puertos marítimos, en las garitas y puntos fronterizos y en otros lugares públicos, a fin de impedir la comisión del delito de trata de personas. Asimismo, la Secretaría de Seguridad Pública y autoridades estatales, municipales y del D.F., deberán supervisar los negocios que puedan ser propicios para la comisión de este delito, realizando inspecciones en agencias de modelaje o artísticas, salas de masajes, bares, cantinas, hoteles, cines, servicio de Internet, baños públicos u otros.

Algo muy importante que contempla la ley, es que para autorizar la operación de los negocios que presten servicio de Internet, se deberá contar con filtros parentales y defensa contra intromisiones no deseadas.

En adición, las autoridades deberán adoptar las medidas necesarias para la inspección de las agencias de colocación, a fin de impedir que las personas que buscan trabajo, en especial las mujeres, niñas, niños y adolescentes se expongan al peligro de la trata de personas.

La ley ordena que las autoridades de procuración de justicia y policiales de los distintos órdenes de gobierno, **procedan a la búsqueda inmediata** de cualquier mujer, niña, niño o adolescente o cualquier persona que le sea reportado como extraviado, sustraído o ausente, librando una alerta general a todas las instancias de procuración de justicia y policiales a nivel nacional y fuera del territorio, así como al Instituto Nacional de Migración y a la Secretaría de Relaciones Exteriores para impedir que la persona reportada pueda ser sacada del país.

La ley prohíbe la publicidad o inserciones pagadas en los medios de comunicación masiva que incluya anuncios de contacto sexual o que promueva la prostitución y la pornografía que pueda propiciar la trata de personas.

Respecto a la **atención preventiva a zonas y grupos de alta vulnerabilidad** las autoridades llevarán a cabo las siguientes actividades:

- Atenderán de manera especial a las localidades que se les haya identificado como potencialmente con mayor posibilidad de que su

población sea víctima de los delitos previstos en la ley, y las que tengan mayor incidencia de estos delitos;

- Promoverán centros de desarrollo y asistencia que apoyen en forma continua y estable a las víctimas y su reinserción segura a la vida social;
- Otorgarán apoyos a grupos en riesgo con requerimientos específicos;
- Realizarán campañas que eleven los niveles culturales, sociales, de bienestar social y sensibilización de la población sobre el problema;
- Efectuarán programas para las familias, que les permitan dar mejor atención a sus hijas e hijos en la prevención de este delito;
- Realizarán campañas para el registro de todos los niños que nazcan en territorio nacional, impulsando unidades móviles del Registro Civil que visiten las zonas más alejadas del país. La SEP a través de las escuelas, facilitará el registro de los niños que intenten ser inscritos y no cuenten con acta de nacimiento;
- Otorgarán estímulos a las asociaciones civiles que se dediquen a la prevención de este delito y a la atención, protección y asistencia a las víctimas y sus familias;
- Promoverán la participación de la sociedad en la prevención de este delito y en la atención, protección y asistencia a las víctimas y sus familias, así como el apoyo de los particulares al financiamiento. Concederán reconocimientos a quienes contribuyan a la consecución de estos propósitos, y
- Realizarán actividades que permitan ampliar la calidad y la cobertura de los servicios de prevención de este delito y a la atención, protección y asistencia a las víctimas y sus familias y posibles víctimas.

Respecto de la **Evaluación de los Programas de Prevención**, las autoridades federales, estatales y del D.F., estarán obligadas a generar indicadores sobre la aplicación y resultados de los programas para prevenir los delitos de trata de personas, con la finalidad de que los avances puedan ser sujetos a evaluación. Tales indicadores serán de dominio público y se difundirán por los medios disponibles.

Las autoridades responsables de prevenir, perseguir y sancionar el delito de trata de personas y de prestar asistencia y protección a las víctimas, se

reunirán periódicamente con el propósito de analizar e intercambiar opiniones sobre el desarrollo del Programa, formular recomendaciones y convenir acciones para apoyar la lucha por la erradicación de este fenómeno social en todas sus manifestaciones y modalidades. Estas reuniones serán presididas por la Secretaría de Gobernación y convocadas por la Comisión Intersecretarial.

Sobre la **Atención a Rezagos** el Estado apoyará la implementación de programas en las regiones que muestren mayores rezagos en materia de prevención de delito de Trata de Personas, previa celebración de convenios.

Posteriormente, la ley establece facultades de las autoridades de los tres órdenes de gobierno. Corresponderá a las **autoridades federales**:

- Determinar para toda la República la Política de Estado para prevenir, investigar, perseguir y sancionar los delitos previstos en la ley, así como para la asistencia y protección de las víctimas, los ofendidos y testigos, a cuyo efecto considerará la opinión de las autoridades de los tres poderes y los tres órdenes de gobierno, así como de los diversos sectores sociales involucrados;
- Desarrollar mecanismos de coordinación entre la federación, los estados, los municipios, el D.F. y sus demarcaciones territoriales, con la finalidad de erradicar los delitos previstos en la ley;
- Impulsar acuerdos de coordinación entre dependencias del Gobierno Federal y los estados y el D.F. que permitan prestar asistencia y protección integral a las víctimas, ofendidos y testigos;
- Regular un sistema nacional de formación, actualización, capacitación y profesionalización de los servidores públicos que participen en los procesos de prevención y sanción de los delitos en la ley y de la asistencia y protección de las víctimas y posibles víctimas, ofendidos y testigos de dichos delitos;
- Promover en coordinación con los Gobiernos Federal, de las entidades federativas y del D.F. cursos de capacitación a las personas que atienden a las víctimas, posibles víctimas, ofendidos y testigos de los delitos objeto de la ley;
- Crear, regular y operar un sistema nacional de vigilancia y observación de los delitos objeto de la ley, que permita evaluar los avances y resultados de las acciones del Estado y la sociedad en su combate y prevención;

- Fijar los lineamientos generales de las evaluaciones a las que se someterán las acciones y programas desarrollados por el Gobierno Federal, las entidades federativas, los municipios, el D.F. y sus demarcaciones territoriales y la sociedad;
- Apoyar la creación de refugios, albergues y casas de medio camino para las víctimas, ofendidos y testigos de los delitos que la ley define como del fuero federal, o apoyar a las organizaciones de la sociedad civil, para la creación y operación de los mismos, hasta la total recuperación de las víctimas, ofendidos y testigos de los delitos previstos en la Ley;
- En función de los resultados de la observación y evaluación de la evolución de los delitos previstos en la ley en el país y la evaluación periódica de resultados, así como en función de recursos que las entidades federativas y municipios destinen para el cumplimiento de la ley, sujeto a disponibilidades presupuestarias, apoyar a las entidades federativas que se encuentren en mayor riesgo o rezago, con recursos técnicos, humanos y financieros;
- Fijar los protocolos únicos para el uso de procedimientos y recursos para el rescate, asistencia y protección de las víctimas y posibles víctimas;
- Fijar los requisitos mínimos de los programas y planes que formulen las autoridades federales, de las entidades federativas, los municipios, el D.F. y sus demarcaciones territoriales;
- Fijar requisitos mínimos de los proyectos y programas que formulen las organizaciones de la sociedad civil involucradas en el combate a los delitos previstos en la ley y la atención y protección a las víctimas, cuyas actividades cuenten con apoyos oficiales;
- Llevar un registro nacional de dependencias, instituciones y organizaciones de la sociedad civil que realicen acciones en el combate a los delitos previstos en la ley y la asistencia y protección a las víctimas;
- Fomentar, en coordinación con las autoridades competentes, relaciones internacionales e intervenir en la formulación de programas de cooperación en la materia;
- Establecer las bases de la coordinación para la aplicación del Programa Nacional;

- Facilitar la cooperación e intercambio de información con las autoridades migratorias y de seguridad de otras naciones y organismos internacionales sobre la materia;
- Recopilar e intercambiar los datos y las estadísticas delictivas de los delitos previstos en esta Ley, respetando la confidencialidad de los datos personales de las víctimas;
- Promover la cooperación entre países, mediante mecanismos bilaterales, regionales, interregionales e internacionales, para prevenir, perseguir, sancionar, monitorear, y erradicar los delitos previstos en la ley; y,
- Proteger y asistir a las víctimas, ofendidos y testigos de los delitos que la ley define como de competencia federal a través de la creación de refugios, albergues y casas de medio camino para las víctimas, o apoyar a las organizaciones de la sociedad civil, para la creación y operación de los mismos, hasta la total recuperación de las víctimas, ofendidos y testigos de dichos delitos.

Corresponderá a las **Autoridades Estatales, Municipales y del D.F.:**

- Formular políticas e instrumentar programas estatales para prevenir, sancionar y erradicar los delitos previstos en la ley, así como para la protección, atención, rehabilitación y recuperación del proyecto de vida de las víctimas y posibles víctimas, ofendidos y testigos de los mismos;
- Proponer a la Comisión Intersecretarial contenidos nacionales y regionales, para ser incorporados al Programa Nacional;
- Prestar servicios de formación, actualización, capacitación y profesionalización para las y los actores institucionales que participan en los procesos de prevención y combate a los delitos previstos en la ley y de asistencia y protección de las víctimas, de conformidad con las disposiciones generales que las autoridades federales determinen;
- Implementar programas y proyectos de atención, educación, capacitación e investigación en materia de esclavitud, trata de personas o explotación y demás delitos previstos en la ley;

- Impulsar programas para prevenir los factores de riesgo para posibles víctimas de los delitos previstos en la ley que incluyan programas de desarrollo local;
- Creación de refugios, albergues y casas de medio camino para las víctimas, ofendidos y testigos de los delitos que la ley define como del fuero común, o apoyar a las organizaciones de la sociedad civil, para la creación y operación de los mismos, hasta la total recuperación de las víctimas, ofendidos y testigos de los delitos contenidos en la ley;
- Revisar y evaluar la eficacia de las políticas, programas y acciones con base en los lineamientos que para tal efecto desarrollen las autoridades federales;
- Proporcionar a las instancias encargadas de realizar estadísticas, la información necesaria para su elaboración; e,
- Impulsar reformas legales para el cumplimiento de los objetivos de la presente Ley.

Corresponderá a los **municipios y a las demarcaciones territoriales del D.F.:**

- Instrumentar políticas y acciones para prevenir y erradicar la esclavitud, la trata de personas o demás delitos previstos en la ley;
- Apoyar la creación de programas de sensibilización y capacitación para las y los servidores públicos y funcionarios que puedan estar en contacto con posibles víctimas de los delitos previstos en la ley;
- Apoyar la creación de refugios o modelos de protección y asistencia de emergencia, hasta que la autoridad competente tome conocimiento del hecho y proceda a proteger y asistir a la víctima, ofendido o testigo de los delitos previstos en la ley; y,
- Detectar y prevenir la trata de personas y demás delitos previstos en la ley, en el territorio bajo su responsabilidad, a través de la autorización de funcionamiento de establecimientos como bares, clubs nocturnos, lugares de espectáculos, recintos feriales o deportivos, salones de masajes, hoteles, baños, vapores, loncherías, restaurantes, vía pública, cafés internet y otros, así como a través de la vigilancia e inspección de estos negocios.

Adicionalmente a las atribuciones exclusivas de los gobiernos Federal, de las entidades federativas, municipios y del D.F. y sus demarcaciones territoriales, les corresponde de **manera concurrente** las atribuciones siguientes:

- Editar y producir materiales de difusión para la prevención de los delitos previstos en la ley en todas sus formas y modalidades;
- Promover la investigación de los delitos previstos en la ley, en todas sus manifestaciones y modalidades, para que los resultados sirvan de base para el desarrollo de nuevas políticas y programas para su prevención y combate, así como para desarrollar nuevas medidas de atención, protección y asistencia a las víctimas;
- Fomentar y difundir actividades de conocimiento y prevención de los delitos previstos en la ley en todas sus formas y manifestaciones;
- Impulsar y fortalecer en sus tareas a las instituciones y organizaciones privadas que prestan atención a las víctimas y posibles víctimas, ofendidos y testigos de los delitos contenidos en la ley y en su prevención;
- Desarrollar mecanismos para que las instituciones de seguridad pública se coordinen, en el marco del Sistema Nacional de Seguridad Pública, para:
 - a) Realizar estudios sobre las causas estructurales, distribución geodelictiva, estadística, tendencias históricas y patrones de comportamiento, lugares de origen, tránsito y destino, modus operandi, modalidad de enganche o reclutamiento, modalidad de explotación, entre otros, que permitan actualizar y perfeccionar la investigación para la prevención de los delitos tipificados en la ley;
 - b) Obtener, procesar e interpretar la información geodelictiva por medio del análisis de los factores que generan conductas antisociales previstas en la ley con la finalidad de identificar las zonas, sectores y grupos de alto riesgo, así como sus correlativos factores de protección;
 - c) Suministrar e intercambiar la información obtenida mediante los sistemas e instrumentos tecnológicos respectivos;

d) Llevar a cabo campañas orientadas a prevenir y evitar los factores y causas que originan los fenómenos delictivos tipificados en la ley, así como difundir su contenido; y

e) Establecer relaciones de colaboración con las autoridades competentes, así como con organizaciones de la sociedad civil y privadas, con el objetivo de orientar a la sociedad en las medidas que debe adoptar para prevenir los delitos tipificados en la ley y demás ordenamientos.

- Crear mecanismos y proveer recursos para que las instituciones policiales y de procuración de justicia desarrollen métodos de recopilación y sistematización de información con el fin de aplicar las estrategias necesarias para hacer eficaz la investigación preventiva, con base en los siguientes criterios:

a) Diseñar y operar sistemas de recolección, clasificación, registro, análisis, evaluación y explotación de información relativa a las conductas previstas en la ley, con el objeto de conformar una base de datos nacional que sustente el desarrollo de planes y programas que sirvan para garantizar la seguridad pública en la materia,

b) Sistematizar y ejecutar los métodos de análisis de información estratégica que permita identificar a personas, grupos, organizaciones, zonas prioritarias y modos de operación vinculados con las conductas previstas en la ley, y

c) Las demás que con tal carácter establezcan la ley y otras disposiciones aplicables.

- El gobierno de los Estados, el D.F., los ayuntamientos y las jefaturas delegacionales podrán celebrar convenios para coordinar o unificar sus actividades en la materia de la ley, para cumplir de mejor manera las responsabilidades a su cargo.

Por otro lado, la **Procuraduría** será competente para la elaboración de un **programa confidencial**, que puede ofrecer cambio de identidad y reubicación nacional e internacional, después de la evaluación de la amenaza sobre su vida y el grado de riesgo que le represente el crimen organizado.

El **Centro Federal de Protección a Personas** deberá contar con una base de datos independiente para el registro de sus operaciones, con el objeto de garantizar los más altos niveles de seguridad y confidencialidad, que deberá contar con la capacidad de rastrear e identificar cualquier intento no autorizado

para extraer información del sistema, en los términos de la normatividad aplicable.

El **Programa**, deberá contemplar, como mínimo, las siguientes **medidas**:

- Criterios estrictos de admisión, incluyendo una evaluación del riesgo para la población que puede significar brindar protección y reubicación a delincuentes o personas con antecedentes penales;
- Convenio de admisión, subrayando las obligaciones de las personas que soliciten ser admitidos;
- Procedimientos y sanciones para el caso de que el convenio sea violado por los participantes;
- Procedimientos en casos en que se divulgue la información confidencial de los participantes en el programa y sanciones por la divulgación no autorizada de dicha información; y,
- Protección de los derechos de los terceros, incluyendo el cumplimiento de las deudas contraídas por las víctimas y testigos y cualquier acreedor alimentario no reubicado y el derecho a visitas.

Para que una persona **califique** en este **Programa**, tendrá que cumplir con los siguientes requisitos:

- Su testimonio debe ser crucial para el éxito del procedimiento penal y que dicha información no se pueda obtener de ninguna otra forma;
- Tener un perfil psicológico que demuestre capacidad para respetar las reglas y las restricciones impuestas por el Programa;
- Consentimiento informado de los solicitantes;
- La autoridad responsable deberá explicar las medidas que deberán tomarse y las limitaciones a su vida personal que, de ser aceptadas en el Programa estarán en la obligación de cumplir, así como que la aceptación obliga a la persona a respetar todas las reglas y medidas de protección emprendidas, debiéndose abstener de poner en peligro la seguridad del Programa;
- Evaluación de las necesidades que permita tomar una decisión válida e informada, que deberá considerar:

a) El nivel de amenaza a la vida de la persona solicitante o sus familiares en primer grado, que deberá ser amenaza de muerte;

b) Capacidad de adaptarse y resistir altos grados de estrés por encontrarse alejadas de las personas que conocen y aisladas de los lugares a los que están habituadas;

c) Que su participación en el procedimiento penal sea indispensable para el desmantelamiento de organizaciones de la delincuencia organizada;

d) Situación familiar, incluyendo, estado civil, dependientes protegidos y no protegidos, antecedentes penales del solicitante y su cónyuge.

Durante el **proceso de evaluación** se deberán proporcionar medidas provisionales de protección asegurándose que **las víctimas no estén en el mismo lugar que los testigos**.

Las **personas solicitantes o admitidas podrán ser rechazadas o dadas de baja del Programa** por las siguientes circunstancias:

- Rechazo injustificable a participar en el procedimiento penal;
- Rechazo a aceptar los planes y condiciones de su reubicación;
- Incumplimiento de reglas, condiciones y obligaciones adquiridas lo que puede afectar significativamente la protección brindada; y,
- Retiro voluntario del Programa.

Respecto al **cambio de identidad**, esta es una medida excepcional que consiste en la creación de un nuevo perfil personal, ocultando la identidad original. El cambio de identidad se aplicará sólo cuando la amenaza a la vida no se pueda evitar mediante la reubicación temporal u otras medidas. La autoridad responsable podrá decidir cuándo emitir la nueva identidad, pero procurará hacerlo una vez que se haya concluido el proceso penal.

Por otro lado, **el Gobierno Federal y los gobiernos de los estados y del D.F. concurrirán en el financiamiento** de la prevención, sanción y erradicación de los delitos previstos en la ley y de los servicios para la asistencia y protección a las víctimas y ofendidos.

Los **recursos federales** recibidos para ese fin por cada Estado, **no serán transferibles** y deberán aplicarse exclusivamente en la prestación de servicios y demás actividades previstas en la ley en la propia entidad. En el caso de que dichos recursos se utilicen para fines distintos, **se estará** a lo previsto en la legislación aplicable sobre las responsabilidades **administrativas, civiles y penales** que procedan.

Finalmente, la **Procuraduría General de la República**, a través de la Subprocuraduría de Investigación Especializada en Delincuencia Organizada, contará con una Coordinación General para la investigación y persecución de los delitos objeto de la ley, cuando sean cometidos por la delincuencia organizada, que contará como mínimo con un coordinador general, Fiscales, Ministerios Públicos y policías ministeriales especializados, los recursos humanos, financieros y materiales necesarios para su efectiva operación. Esta Coordinación General se integrará con servicios periciales y técnicos especializados para el ejercicio de su función, de conformidad con lo establecido en la normatividad respectiva.

COMENTARIOS FINALES

Podemos concluir que la **Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos**, constituye un gran avance respecto de este delito, ya que hizo suyos los preceptos contenidos en los tratados internacionales suscritos y ratificados por México.

Las **grandes novedades** de esta ley, son: el establecimiento de las competencias y coordinación para la prevención, investigación, persecución de la Trata de Personas, en los tres órdenes de gobierno, así como en materia de protección de las víctimas de este delito, cuya intención es brindarles gran seguridad, así como reinsertarlas una vida normal, de la que gozaban antes de encontrarse cautivas por parte de los delincuentes, misma que se garantiza para los ofendidos y testigos de este delito; la implementación de los tipos penales, sus sanciones y determinar los procedimientos penales aplicables; el establecimiento de mecanismos para tutelar la vida, la dignidad, la salud, el derecho de disponer del propio cuerpo y la vida, la libertad personal y laboral, la integridad y la seguridad de las personas, así como el libre desarrollo de niños y adolescentes, cuando sean lesionados por la comisión de este delito; y la reparación del daño a las víctimas, el cual será proporcional a la gravedad del daño causado y a la afectación sufrida. La novedad resalta, cuando en caso de incumplimiento por parte del delincuente, el Estado podrá hacerlo en su lugar a través del Fondo de Protección y Asistencia a las Víctimas de los Delitos en Materia de Trata de Personas.

Otra aportación importante, es la relativa a la capacitación que se brindará al personal de policía, justicia, salud, servicios sociales, a fin de sensibilizarlos sobre este delito; las técnicas de investigación; la obligatoriedad para que las autoridades de procuración de justicia y policiales de los distintos órdenes de gobierno, **procedan a la búsqueda inmediata** de cualquier mujer, niña, niño o adolescente o cualquier persona que le sea reportado como extraviado, sustraído o ausente, librando una alerta general a todas las instancias de procuración de justicia y policiales a nivel nacional y fuera del territorio, así como al Instituto Nacional de Migración y a la Secretaría de Relaciones Exteriores para impedir que la persona reportada pueda ser sacada del país.

Respecto a la extracción y remoción de órganos, debemos advertir que la Ley General de Salud y su reglamento, ya contemplan delitos y sus sanciones, entre los que se encuentran: sacar del territorio nacional, pretender sacar, obtener, conservar, utilizar, preparar, suministrar, comercializar, simulación

jurídica, servir como intermediario de manera onerosa, trasplantar y no respetar las listas de espera, etc.

Por otro lado, la ley indica que aplicaran de manera supletoria del Código Penal Federal, del Código Federal de Procedimientos Penales, de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, del Código Fiscal de la Federación, de la Ley Federal de Extinción de Dominio y de la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública; sin embargo, omitieron incluir la Ley Federal del Trabajo en lo que respecta a la explotación laboral y al trabajo forzado.

Debemos apuntar que hay aspectos que quedaron fuera de la ley, por ejemplo, **la utilización de menores de edad en conflictos armados, así como para la realización de actividades ilícitas**, que contemplan los instrumentos internacionales en la materia. También considero que los aspectos en los que se pudo abundar más y regular más a fondo es lo relativo al **turismo sexual**, pues sabemos que lugares como Cancún, Acapulco, Los Cabos y seguramente muchos más destinos turísticos, son lugares en donde el turismo sexual se practica y deja grandes ganancias a los delincuentes.

Finalmente, debemos señalar que la ley superó las expectativas y que constituye el mayor avance en nuestro país para darle tratamiento a este delito; sin embargo, falta mucho por hacer, sobre todo en materia de implementación de políticas públicas efectivas, ya que de nada sirve que se legisle y se continúe legislando en diversos temas, si no hay presupuesto o la voluntad de echar a andar políticas públicas efectivas, que hagan de México un lugar seguro donde vivir.

Por lo que tendremos que esperar a la expedición del reglamento en la materia, para ver los términos en que será expedido y se pueda reforzar los puntos que se puedan fortalecer para prevenir, erradicar y castigar este terrible delito que ha lacerado la vida de muchos mexicanos, en especial de mujeres y niños.

BIBLIOGRAFÍA

AZAOLA Elena, Richard J. Estes, coord., Pierre Tremblay, Miquel Ángel Ruíz y Neil A. Weiner, *La infancia como mercancía sexual, México, Canadá, Estados Unidos*, Edit. Siglo XXI, México, 2003, p. 370.

COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, *Niñez Migrante, Trata y Explotación Infantil en México*, Edit. Comisión Nacional de Derechos Humanos-UNICEF, México, 2009, p. 143.

COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, *Manual para la prevención de la Trata de Personas*, Edit. Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2009, p. 111.

ENTRENA Jiménez, María Socorro, *Niñas esclavas y niños esclavos en nuestro mundo actual*, Grupo Editorial Universitario, Granada, España, 2001, p. 171.

GARCÍA Arán Mercedes, coord., *Trata de Personas y Explotación Sexual*, Edit. Comares, España, 2006, p. 331.

GÓMEZ Tagle López, Erick, *La explotación sexual comercial de niñas, niños y adolescentes, Una aproximación sociológica*, Edit. Instituto Nacional de Ciencias Penales, Colección Investigación, México, 2007, 2ª. ed. p. 352.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES-COMISIÓN INTERAMERICANA DE MUJERES, *Trata de Personas, Aspectos Básicos*, p. 69.

ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, *Tráfico de mujeres y niñas/os para la explotación sexual en las Américas*, Programa Mujer, Salud y Desarrollo, Tráfico para la explotación sexual, p. 11.

OROZCO, Rosi, coord., *Trata de Personas*, Edit. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2011, p. 264.

SECRETARÍA DE RELACIONES EXTERIORES-FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA MUJER, *Seminario sobre la Trata de Seres Humanos*, México, 2004, p. 164.

TELLO Moreno, Luisa Fernanda, *Análisis del alcance y contenido de la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas*, Edit. Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2009, p. 41.

HEMEROGRAFÍA

CALZADA Ana V., *Trata de Personas: Especialmente mujeres y niños*, Revista Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, 37 (2007).

GÓMEZ Tagle, Erick, *Trata de Personas y Explotación Sexual: La Agenda Legislativa pendiente*, Revista Itecriminis de Ciencias Penales 3,8 (nov-dic 2006).

LIMA Malvido, María de la Luz, *Víctimas de la delincuencia organizada, trata y tráfico ilícito de personas*, En Revista Mexicana de Justicia, Año 6, Núm., 4, Dic. 2002, México, p. 99-141.

INTERNET

INFORMADOR.COM.MX, *Avanza la legislación para prevenir la Trata de Personas en México*, Guadalajara, Jalisco, 5 de Junio de 2011, [Documento en línea], [México, citado el 3 de Enero de 2012], formato htm, disponible en: <http://www.informador.com.mx/mexico/2011/297593/6/avanza-legislacion-para-prevenir-la-trata-de-personas-en-mexico.htm>

OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (UNODC), *Informe Mundial sobre la Trata de Personas, Resumen Ejecutivo*, Febrero de 2009, formato pdf, disponible en línea: http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Executive_summary_spanish.pdf, p. 1.

OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (UNODC), *Trafficking in Persons: Global Patterns*, Abril, 2006, formato pdf, disponible en línea: <http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/HT-globalpatterns-en.pdf>, p. 18.

OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (UNODC), *Manual sobre la Investigación del Delito de Trata de Personas, Guía de Autoaprendizaje*, Costa Rica, formato pdf, disponible en línea: http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/AUTO_APRENDIZAJE.pdf, p. 28.

LEGISLACIÓN

ACNUR, *Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981)*, formato pdf, disponible en línea: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/1297>

ACNUR, *Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, formato pdf, disponible en línea: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/1292>

AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES'S RIGHTS, *Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo a los derechos de la mujer en África* (2003), formato html, disponible en línea: http://www.achpr.org/english/_info/women_en.html

CÁMARA DE DIPUTADOS, Legislación, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, formato htm, disponible en línea: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>

CÁMARA DE DIPUTADOS, Legislación, *Código Penal Federal*, formato htm, disponible en línea: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>

CÁMARA DE DIPUTADOS, Legislación, *Código Federal de Procedimientos Penales*, formato htm, disponible en línea: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>

CÁMARA DE DIPUTADOS, Legislación, *Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación*, formato htm, disponible en línea: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>

CÁMARA DE DIPUTADOS, Legislación, *Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos*, formato htm, disponible en línea: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>

CHILD RIGHTS INTERNATIONAL NETWORK (CRIN), *Carta Árabe de Derechos Humanos de la Liga de los Estados Árabes*, disponible en línea: http://www.crin.org/espanol/RM/liga_arabe.asp#cr

CONSEJO DE EUROPA, Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (2005), formato pdf, disponible en línea: http://www.accem.es/ficheros/documentos/pdf_trata/Convenio_Consejo_de_Europa.pdf

NACIONES UNIDAS, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (17 de Julio de 1998)*, formato html, disponible en línea: <http://www.derechos.net/doc/tpi.html>

NACIONES UNIDAS, *La Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (20 de diciembre de 1993)*, disponible en línea: [http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(symbol\)/a.res.48.104.sp](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(symbol)/a.res.48.104.sp)

NACIONES UNIDAS, Oficina contra la Droga y el Delito, *Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional y sus Protocolos*, Nueva York, 2004, Viena Austria, formato pdf, disponible en línea: <http://www.unodc.org/documents/peruandecuador//Publicaciones/tocebook.pdf>

OFICINA CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, *Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente en Mujeres y Niños*, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, formato pdf, disponible en línea: http://www2.ohchr.org/spanish/law/pdf/protocoltraffic_sp.pdf

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (1979), formato htm, disponible en línea: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cedaw.htm>

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Convención sobre los Derechos del Niño* (1989), formato htm, disponible en línea: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía* (2000), formato htm, disponible en línea: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc-sale.htm>

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados* (2000), formato htm, disponible en línea: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc-conflict.htm>

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares* (18 de diciembre de 1990), formato htm, disponible en línea: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cmw.htm>

ONU MUJERES, *Declaración sobre la lucha contra la Trata de Personas de la Comunidad Económica de los Estados del África Occidental* (2001), formato pdf, disponible en línea: <http://www.achpr.org/english/Special%20Mechanisms/Women/ECOWAS%20declaration.pdf>

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (1969), formato html, disponible en línea: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), *Convenio sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil, número 182 de la Organización Internacional del Trabajo* (1999), disponible en línea: <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C182>

PRESIDENCIA ORIENTAL DEL URUGUAY, *Convención Internacional para la supresión de trata de blancas* (4 de mayo 1910), Uruguay, formato htm, disponible en línea: http://archivo.presidencia.gub.uy/_web/ddhh/tratadeblancas.htm

PROCURADURÍA DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL, *Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores* (1994), formato pdf, disponible en línea: <http://www.pgjdf.gob.mx/temas/4-6-1/fuentes/5-B-1.pdf>

SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN, *Convenio Internacional para la represión de la trata de mujeres y menores (30 de septiembre de 1921)*, México, formato pdf, disponible en línea: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D14.pdf>

SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN, *Convenio para la represión de la Trata de Personas y de la explotación de la prostitución ajena (1950)*, México, formato pdf, disponible en línea: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D46.pdf>

UNICEF, *Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional (1993)*, formato pdf, disponible en línea: <http://www.unicef.org.co/Ley/LI/08.pdf>

**ESTUDIO DESCRIPTIVO DE LOS CONDADOS
EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA**

DRA. CECILIA LICONA VITE*

INTRODUCCIÓN

En términos de la Constitución de los Estados Unidos de América, la federación está compuesta por 50 estados independientes en su régimen interno, y un distrito federal (lugar de residencia de los poderes federales).⁶³ La ciudad de Washington es la capital de la Unión federal.⁶⁴ Además de los 50 estados y del Distrito de Columbia, los ciudadanos del estado libre asociado de Puerto Rico, y del estado libre asociado de las Islas Marianas del Norte, Guam, las Islas Vírgenes Americanas y Samoa Americana votan en las elecciones federales.⁶⁵

Los Estados Unidos de América tienen sus raíces en el continente europeo, específicamente en el Reino Unido. Por ello, su sistema jurídico es por su naturaleza de derecho común o “common law”, basado esencialmente en casos previos y decisiones previas, no en códigos o normas escritas aprobadas mediante un proceso legislativo.⁶⁶ En este sistema, se aplica la doctrina del

⁶³ Cuando los Estados Unidos de América declararon su independencia de la Gran Bretaña, el 4 de julio de 1776, había trece estados, cada uno soberano.

En principio, los estados trataron de conservar su soberanía e independencia dentro de una confederación flexible, pero su intento fue ineficaz.

En 1789 adoptaron una nueva Constitución que establecía una unión federal subordinada a un fuerte gobierno central. Los trece estados originales estaban agrupados a lo largo de la costa del Atlántico. La frontera se corrió hacia el oeste, a medida que extensas regiones de lo que hoy es Estados Unidos continental fueron añadidas mediante compras, tratados y anexiones. Los estados se fueron poblando, surgieron gobiernos, y cuando sus legislaturas territoriales solicitaron admisión al Congreso, pasaron a formar parte de la Unión como estados.

Desde 1959, entraron a la Unión americana, *Alaska* y *Hawai*.

Las posesiones de Estados Unidos de América incluyen las islas *Wahe*, *Midway*, *Jarvis*, *Howland*, *Baker*, el atolón *Johnston*, y el arrecife *Kingman* en el Pacífico.

Igualmente, los Estados Unidos de América, bajo los auspicios de las Naciones Unidas, administran la República de Palaos.

Además de los 50 estados y del Distrito de Columbia, los ciudadanos del estado libre asociado de Puerto Rico, y del estado libre asociado de las Islas Marianas del Norte, Guam, las Islas Vírgenes Americanas y Samoa Americana votan en las elecciones federales.

Vid., *Sistema político de Estados Unidos de América*. Disponible en la siguiente dirección: <http://www.usembassy-mexico.gov/bbf/FAQsPolitico.htm> (consultado en diciembre de 2011).

⁶⁴ Washington, DC., es una ciudad que fue proyectada por el arquitecto francés Pierre L'Enfant, a fines del siglo XVIII, especialmente como centro de gobierno.

Tal ciudad es hoy la capital de una Unión federal de 50 estados. *Vid.*, ALVARADO CASTRO, Douglas, “El proceso en el sistema jurídico de los Estados Unidos de América”, monografía, 2004. Disponible en la siguiente dirección: <http://www.monografias.com/trabajos11/sisproc/sisproc.shtml> (consultada en diciembre de 2011).

⁶⁵ Las posesiones de Estados Unidos incluyen las islas *Wahe*, *Midway*, *Jarvis*, *Howland*, *Baker*, el atolón *Johnston*, y el arrecife *Kingman* en el Pacífico. Bajo los auspicios de las Naciones Unidas, Estados Unidos administra la República de Palaos. Dos entidades, los estados federados de Micronesia y la República de las Islas Marshall, se han convertido en estados soberanos, con gobierno propio y una asociación libre con Estados Unidos. *Ibid.*

⁶⁶ La tradición jurídica norteamericana recibió de Inglaterra el sistema del “common law”. En este sistema, sin embargo, se admite que la administración de justicia se realice por medio del derecho común estricto (“common law”) y de la equidad (“equity”). Se trata de dos cuerpos del derecho que se han fusionado en la mayoría de los estados, correspondiendo a los tribunales, dotados de competencia concurrente, la aplicación de las dos materias. No obstante, la diferenciación entre “common law” y la “equity” persiste, tanto en lo concerniente a los principios, como en las formas esenciales del procedimiento.

“*stare decisis*” que significa que los casos se decidirán bajo el mismo método que fueron decididos en el pasado.⁶⁷

De sus raíces en el continente europeo, concretamente de Inglaterra, los colonizadores ingleses trajeron a América del Norte las formas familiares de gobierno inglés, siendo una de ellas el condado.

Justamente, el estudio de los condados en Estados Unidos de América, es el objetivo de este trabajo. Para su elaboración, el contenido del mismo está estructurado con un primer apartado donde se da información acerca del ámbito federal de ese país. Se parte de la Constitución Federal para hacer referencia al sistema que la misma establece, y a repartición de la autoridad en tres ramas independientes: la ejecutiva, la legislativa y la judicial. En un segundo apartado, procedemos a referirnos al ámbito estatal de los Estados Unidos de América, donde tratamos, por ejemplo, del concepto jurídico de autonomía o soberanía de los estados; de las normas superiores estatales, y del contenido de las mismas, donde se adopta explícitamente el principio de la división de poderes. En un tercer apartado, examinamos los vínculos entre los ámbitos federal y estatal, haciendo alusión a las facultades limitadas de la federación y amplias de los estados; a la cláusula de supremacía; y a los límites expresos de las facultades del gobierno nacional respecto de los estados. Finalmente, con esos antecedentes, en un último apartado, realizamos un estudio descriptivo de los condados, iniciando con notas generales sobre los condados, para luego exponer su evolución; sus formas de gobierno; sus competencias; y concluir con un último punto donde exponemos retos que enfrentan los condados en el presente siglo.

⁶⁷ Según la referida doctrina, todo el lenguaje que contiene la opinión se refiere a lo dicho, y pregona un argumento legal. Se usan afirmaciones conocidas como “resolución del caso” (“*ratio decidendi*”), que necesariamente constituyen la regla que sirve para resolver la disputa que ha surgido en una situación específica. Una vez que la “*ratio decidendi*” contrasta con el principio legal, que surge de una serie de decisiones como una norma cercana a las razones de esas decisiones, esto constituye el argumento legal.

El “*stare decisis*” afecta: en primer lugar, a todas las cortes inferiores en jurisdicción, a las cuales se les impone lo declarado por la corte superior; en segundo lugar, la corte superior sigue sus propios precedentes, pero podrá anular, previo el análisis de los hechos de un caso contemporáneo, procediendo a la distinción del precedente. En la corte superior se regula el precedente, en tanto que el juez aplica rígidamente el “*stare decisis*”, pero se sale de él sí (en su opinión, una nueva regla es necesaria); y en tercer lugar, las cortes de otras jurisdicciones usarán el precedente como una autoridad que persuada a través de una regla en que la mayoría de los estados americanos se impone a la minoría.

El poder del precedente como fuentes del “*common law*” depende del acercamiento o aproximación de las cortes en casos semejantes. La doctrina da lugar a tres objetivos generalmente vinculados: primeramente la equidad requiere que los casos semejantes sean tratados de una manera semejante; en segundo lugar, el “*stare decisis*” realza la predictividad del “*common law*” que permite a las personas planear sus vidas y reducir los riesgos de un nuevo litigio envolvente; y en tercer lugar, la doctrina prueba que las acciones judiciales hechas por los jueces resuelven los casos alrededor de lo decidido para crear una mayor credibilidad judicial.

Vid., RABASA, Emilio O., *Las constituciones de Canadá, los Estados Unidos de América y México. Estudio comparativo. Sus orígenes, evolución, principios fundamentales y jerarquía con los tratados. Los textos positivos*. Colaboración de Fausto Kubli García, México, Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, pp. 170 a 173.

En esta investigación utilizamos esencialmente el método documental. El diseño de la misma es descriptivo, pero acompañado de un toque de análisis al sistema de condados de los Estados Unidos de América.

I. DATOS ACERCA DEL ÁMBITO FEDERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

La Constitución de los Estados Unidos adoptada en 1787, junto con sus 27 Enmiendas, conforma la Constitución Federal. En ella, se otorga al gobierno federal poder suficiente sin limitar indebidamente las libertades y derechos fundamentales del pueblo y las facultades de los gobiernos estatales. Ella consagra:⁶⁸

- El federalismo, que marca la naturaleza de los Estados; la relación entre los Estados, y la relación entre los Estados y el Gobierno Federal;⁶⁹
- La separación de Poderes entre un poder legislativo, un poder ejecutivo y un poder judicial; y⁷⁰
- Los derechos civiles o los derechos fundamentales del pueblo frente a su gobierno y el balance entre estos derechos y las necesidades de gobierno.

En sus siete artículos (divididos en secciones), tal ordenamiento regla aspectos primordiales como son los tres poderes federales (legislativo, ejecutivo y judicial); la supremacía constitucional; las modificaciones a la Constitución; el “*habeas corpus*”; la irretroactividad de la ley; y el régimen de la federación y de los estados. En sus Enmiendas, regla temas fundamentales como la inviolabilidad del domicilio; el derecho a un juicio justo; y el respeto a las libertades de expresión, religión, prensa, entre otras.⁷¹

⁶⁸ Vid., BERENSON, William M., “*Tributación y federalismo en los estados unidos de América: un esquema*”, enero de 2003 Disponible en la siguiente dirección: www.oas.org/legal/english/BERENSON%20TAX%20PAPER.doc - En caché - Similares (consultado en diciembre de 2011).

⁶⁹ La palabra “federación” proviene del latín “*faedus*” que significa pacto. Se trata de un pacto entre estados que crea a otro supraestatal, con atribuciones propias y con una serie de competencias distintas a las locales. El pacto federal se traduce en un acuerdo político entre estados; esto es, en una Constitución Política. Vid., RABASA, Emilio O., *Las constituciones de Canadá, los Estados Unidos de América y México. Estudio comparativo. Sus orígenes, evolución, principios fundamentales y jerarquía con los tratados. Los textos positivos. Op. Cit.*, p. 49.

⁷⁰ La Constitución divide el poder entre varios actores, por medio de un sistema de frenos y contrapesos, evitando la acumulación de un poder excesivo en una sola persona o institución.

⁷¹ Las primeras diez enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos de América fueron propuestas a las asambleas legislativas de los diversos estados por el Primer Congreso, el 25 de septiembre de 1789. Dichas enmiendas fueron ratificadas por los siguientes Estados, cuyas notificaciones de ratificación remitidas por sus respectivos gobernadores, fueron sucesivamente comunicadas por el Presidente al Congreso: Nueva Jersey, noviembre 20 de 1789; Maryland, diciembre 19 de 1789; Carolina del Norte, diciembre 22 de 1789; Carolina del Sur, enero 19 de 1790; Nueva Hampshire, enero 25 de 1790; Delaware, enero 28 de 1790; Pensilvania, marzo 10 de 1790; Nueva York, marzo 27, 1790; Rhode Island, junio 15, 1790; Vermont, noviembre 3, 1791, y Virginia, diciembre 15 de 1791. Las asambleas legislativas de Connecticut, Georgia y Massachusetts las ratificaron en abril 19 de 1939; marzo 24 de 1939; y marzo 2 de 1939, respectivamente. Vid., la Constitución de los Estados Unidos de América. Versión

La Constitución Federal establece un sistema federal que divide a los poderes entre el gobierno nacional y los estados.⁷² El gobierno federal está equilibrado por la repartición de la autoridad en tres ramas independientes: la ejecutiva (Título II), la legislativa (Título I) y la judicial (Título III),⁷³ cada una elegida de manera distinta, y capaz de supervisar y regular a las otras.⁷⁴

Así, dichos poderes funcionan como "mecanismo de equilibrio de poderes" (pesos y contrapesos). Cada poder está separado oficialmente de los otros dos, y cada uno tiene cierta autoridad constitucional para supervisar y regular las acciones de los otros.⁷⁵

De esos poderes, la rama Ejecutiva reside en el Presidente de los Estados Unidos de América, quien desempeña sus funciones por un término de cuatro años y es elegido junto con el Vicepresidente,⁷⁶ que también ejerce su cargo por un periodo de cuatro años.⁷⁷

El Presidente de los Estados Unidos de América tiene diversas atribuciones; entre ellas, propone proyectos de ley al Congreso; es el jefe supremo del ejército y de la armada de los Estados Unidos, así como de la milicia de los distintos estados (cuando ésta fuere llamada al servicio activo de la Nación); puede exigir opinión por escrito al jefe de cada departamento ejecutivo sobre cualquier asunto que se relacione con los deberes de sus respectivos cargos; tiene la facultad para suspender la ejecución de sentencias y para conceder indultos por delitos contra los Estados Unidos, salvo en casos de

con notas adicionales. Disponible en la siguiente dirección: www.lexjuris.com/lexuscon.htm (consultada en diciembre de 2011).

⁷² El sistema constitucional estadounidense nace a partir de la independencia de los Estados Unidos de América, creando su propio modelo: la república federal.

⁷³ Un rasgo característico del gobierno norteamericano es la separación, casi completa, de los poderes ejecutivo y legislativo.

⁷⁴ Vid., RABASA, Emilio O., *Las constituciones de Canadá, los Estados Unidos de América y México. Estudio comparativo. Sus orígenes, evolución, principios fundamentales y jerarquía con los tratados. Los textos positivos*. Colaboración de Fausto Kubli García, México, Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 6.

⁷⁵ La Constitución Política requiere la colaboración entre los poderes en ciertos aspectos clave. Una ley federal, por ejemplo, puede entrar en vigencia únicamente si la promulga el Congreso (Senado y Cámara de Diputados) y la rubrica el Presidente. Por su parte, el Poder Judicial tiene la autoridad para interpretar y decidir la constitucionalidad de las leyes federales y resolver otras disputas sobre leyes federales. Vid., *El Sistema Federal Judicial en los Estados Unidos*, Op. Cit..

⁷⁶ El vicepresidente, elegido del mismo partido político del presidente

⁷⁷ Cualquier ciudadano por nacimiento, de 35 años o más, puede ser elegido para el cargo de Presidente de los Estados Unidos de América. El proceso de elección es único. Los estadounidenses votan por planillas de electores presidenciales que igualan en número a los senadores y representantes que los estados tienen en el Congreso (un total de 535 miembros). En cada estado, el candidato con mayor número de votos gana todos los votos electorales de ese estado. El candidato presidencial necesita 270 votos electorales para ser elegido. Si ningún candidato obtiene mayoría, la Cámara de Representantes toma la decisión. En todas las otras elecciones locales y estatales, los electores votan directamente por el candidato o el "referéndum" presentado en la boleta electoral de que se trate). Vid., *Sistema político de Estados Unidos de América*. Disponible en la siguiente dirección: <http://www.usembassy-mexico.gov/bbf/FAQsPolitico.htm> (consultado en diciembre de 2011).

residencia. Asimismo, con el consejo y consentimiento del Senado (con el voto de las dos terceras partes de los senadores presentes en la sesión correspondiente), el Presidente tiene poder para celebrar tratados internacionales.⁷⁸ Asimismo, con el consejo y consentimiento del Senado, el Presidente nombra embajadores, y otros ministros y cónsules públicos, a los jueces del Tribunal Supremo y todos los demás funcionarios de los Estados Unidos, cuyos cargos se establezcan por ley y cuyos nombramientos la Constitución no prescriba. También el Presidente tiene poder para cubrir todas las vacantes que ocurrieren durante el receso del Senado, extendiendo nombramientos que expiran al finalizar la próxima sesión del Senado.⁷⁹ Igualmente, está facultado para recibir a los embajadores y demás ministros públicos; y velar por el fiel cumplimiento de las leyes. Además, informa periódicamente al Congreso sobre el estado de la Unión y le recomienda aquellas medidas que él estime necesarias y convenientes. Y puede, en ocasiones extraordinarias, convocar a ambas Cámaras o a cualquiera de ellas.⁸⁰

En suma, el Presidente ejerce tanto la Jefatura del Estado como la del Gobierno, y nombra a su gabinete.⁸¹

En caso de destitución del Presidente de los Estados Unidos de América o de su muerte o renuncia, el Vicepresidente será el Presidente.⁸²

En caso de destitución, muerte, renuncia o incapacidad tanto del Presidente como del Vicepresidente, el Congreso dispone, mediante legislación, quién desempeñará la presidencia (tal funcionario ejercerá el cargo hasta que cese la incapacidad o se elija un nuevo Presidente o Vicepresidente).⁸³

En lo que atañe al Poder Legislativo,⁸⁴ éste recae en el Congreso de los Estados Unidos de América, que se compone de un Senado y de una Cámara de Representantes.⁸⁵

⁷⁸ Vid., la Sección 2 del Artículo II de la Constitución de los Estados Unidos de América.

⁷⁹ Vid., la Sección 2 del Artículo II de la Constitución de los Estados Unidos de América.

⁸⁰ En caso de que las Cámaras no estuvieren de acuerdo con relación a la fecha para recesar, el Presidente podrá fijarla según lo juzgue conveniente. Vid., la Sección 3 del Artículo II de la Constitución de los Estados Unidos de América.

⁸¹ Cada miembro del gabinete es el jefe de uno de los departamentos o dependencias del Poder Ejecutivo. Por ejemplo, el gabinete incluye, entre otros, a los secretarios de Estado; al Secretario del Tesoro; y al Procurador General de la Nación. El Presidente también nombra un procurador federal para cada uno de los 94 distritos judiciales federales para que desempeñen sus funciones bajo la supervisión del Procurador General. Vid., Sistema político de Estados Unidos de América. Disponible en la siguiente dirección: <http://www.usembassy-mexico.gov/bbf/FAQsPolitico.htm> (consultado en diciembre de 2011).

⁸² Vid., la Sección 1 del Artículo XXV de la Constitución de los Estados Unidos de América.

⁸³ Vid., los párrafos primero y segundo de la Sección 1 del Artículo II de la Constitución de los Estados Unidos de América.

⁸⁴ El primer Congreso tuvo lugar de 1789 a 1791.

⁸⁵ Vid., la Sección 1 del Artículo I de la Constitución de los Estados Unidos de América.

La Cámara de Representantes cuenta con 435 miembros elegidos cada dos años por el pueblo de los distintos estados.⁸⁶ Reglas en cuanto a esta Cámara son que: no puede ser representante ninguna persona que no haya cumplido 25 años de edad; que no haya sido durante siete años ciudadano de los Estados Unidos; y que al tiempo de su elección no resida en el estado que ha de elegirlo.⁸⁷

En esta Cámara, los representantes se prorratan entre los diversos estados que integran la Unión americana, contando el número total de personas en cada estado. Para esos efectos, se efectúa un censo cada diez años. Al efecto, no habrá más de un representante por cada treinta mil habitantes, pero cada estado tendrá por lo menos un representante. En caso de vacantes en la representación de cualquier estado, la autoridad ejecutiva de éste ordena la celebración de elecciones para cubrirlas.⁸⁸

Por lo que hace al Senado, éste se compone de dos senadores por cada estado, elegidos por el pueblo por un período de seis años. Una tercera parte de los senadores se elige cada dos años; el Vicepresidente de los Estados Unidos es el Presidente del Senado, pero no tiene voto, excepto en caso de empate.⁸⁹

El Senado se integra por 100 miembros, de los cuales una tercera parte de ellos se elige cada dos años.⁹⁰ Entre sus facultades exclusivas se encuentra la de conocer de procedimientos de residencia.⁹¹ Cuando en el Senado ocurren vacantes en la representación de algún estado, la autoridad ejecutiva de tal estado convoca a elecciones para cubrir tales vacantes.⁹²

Cada Cámara será el único juez de las elecciones, resultado de las mismas y capacidad de sus propios miembros. Pero la Asamblea Legislativa de cada estado determinará la fecha, lugar y modo de celebrar las elecciones de senadores y representantes.⁹³

⁸⁶ El Presidente de la Cámara de Representantes se denomina *Speaker of the House*.

⁸⁷ *Vid.*, la Sección 2 del Artículo I de la Constitución de los Estados Unidos de América.

⁸⁸ La Cámara de Representantes elegirá su Presidente y demás funcionarios, y sólo ella tendrá la facultad de iniciar procedimientos de residencia (que en México equivale al juicio político).

⁸⁹ *Vid.*, la Sección 3 del Artículo I y el artículo XVII de la Constitución de los Estados Unidos de América.

⁹⁰ El Senado elige a sus demás funcionarios, así como a un Presidente "pro tēpore" en ausencia del Vicepresidente o cuando éste desempeñare el cargo de Presidente de los Estados Unidos de América. *Vid.*, la Sección 3 del Artículo I y el artículo XVII de la Constitución de los Estados Unidos de América.

⁹¹ Para los procedimientos de residencia, los senadores prestarán juramento o harán promesa de cumplir fielmente su cometido. Si se residenciare al Presidente de los Estados Unidos, presidirá la sesión el Juez Presidente del Tribunal Supremo. Nadie será convicto sin que concurran las dos terceras partes de los senadores presentes.

⁹² La Asamblea Legislativa de cualquier estado podrá facultar a su Ejecutivo a extender nombramientos provisionales hasta que el pueblo cubra las vacantes por elección, en la forma que disponga la Asamblea.

⁹³ El Congreso podrá, en cualquier momento y mediante legislación adecuada, aprobar o modificar tales disposiciones, salvo en relación al lugar donde se habrá de elegir a los senadores.

Conforme al artículo I, sección octava de la Constitución federal, al Congreso le competen facultades exclusivas y excluyentes en las siguientes áreas: ⁹⁴

- Para imponer y recaudar contribuciones, derechos, impuestos y arbitrios;
- Para pagar las deudas y proveer para la defensa común y el bienestar general de los Estados Unidos; pero todos los derechos, impuestos y arbitrios serán uniformes en toda la Nación;
- Para tomar dinero a préstamo con cargo al crédito de los Estados Unidos;
- Para reglamentar el comercio con naciones extranjeras, así como entre los estados y con las tribus indias;
- Para establecer una regla uniforme de naturalización y leyes uniformes de quiebras para toda la Nación;
- Para acuñar moneda, reglamentar el valor de ésta y de la moneda extranjera, y fijar normas de pesas y medidas;
- Para fijar penas por la falsificación de los valores y de la moneda de los Estados Unidos;
- Para establecer oficinas de correo y vías postales;
- Para fomentar el progreso de la ciencia y de las artes útiles, garantizando por tiempo limitado a los autores e inventores el derecho exclusivo a sus respectivos escritos y descubrimientos;
- Para establecer tribunales inferiores al Tribunal Supremo;
- Para definir y castigar la piratería y los delitos graves cometidos en alta mar, así como las infracciones del derecho internacional;
- Para declarar la guerra, conceder patentes de corso y represalia y establecer reglas relativas a capturas en mar y tierra;
- Para reclutar y mantener ejércitos; pero ninguna asignación para este fin lo será por un período mayor de dos años;
- Para organizar y mantener una armada;
- Para establecer reglas para el gobierno y reglamentación de las fuerzas de mar y tierra;
- Para dictar reglas para llamar a la milicia a fin de hacer cumplir las leyes de la Unión, sofocar insurrecciones y repeler invasiones;
- Para proveer para la organización, armamento y disciplina de la milicia y el gobierno de aquella parte de ella que estuviere al servicio de los Estados Unidos, reservando a los estados respectivos el nombramiento de los oficiales y la autoridad para adiestrar a la milicia de acuerdo con la disciplina prescrita por el Congreso; y

⁹⁴ Las facultades instituidas en la Constitución de los Estados Unidos para el Congreso son de dos clases: las expresas y las implícitas, derivadas de la Constitución por interpretación del Poder judicial federal.

- Para ejercer el derecho exclusivo a legislar en todas las materias concernientes a aquel distrito (cuya superficie no excederá de diez millas en cuadro) que, por cesión de algunos estados y aceptación del Congreso, se convirtiere en la sede del Gobierno de los Estados Unidos; y para ejercer igual autoridad sobre todas aquellas tierras adquiridas con el consentimiento de la Asamblea Legislativa del estado en que radicaren, con el fin de construir fuertes; almacenes; arsenales; astilleros; y otras edificaciones que fueren necesarias.

Adicional a esas facultades expresas, el referido artículo I, sección octava, en su último párrafo, reconoce al Congreso “facultades implícitas”:⁹⁵

*Para aprobar todas las leyes que fueren necesarias y convenientes para poner en práctica las precedentes facultades, así como todas aquellas que en virtud de esta Constitución puedan estar investidas en el Gobierno de los Estados Unidos o en cualquiera de sus departamentos o funcionarios.*⁹⁶

Ejemplo de poderes implícitos señalados por la doctrina, son los siguientes:⁹⁷

- Poder para formar bancos, que surge del poder de exigir impuestos, regular el comercio y hacer empréstitos;
- Poder para ayudar y regular la agricultura, que deriva del poder de exigir impuestos y hacer gastos;
- Poder para emplear dinero en carreras, escuelas, sanidad, seguros, en virtud de los poderes sobre impuestos, y comercio;
- Poder para regular los salarios, horarios y relaciones laborales, en virtud del poder de comercio; y
- Poder para producir efectos y venderlos, en virtud de los poderes de comercio y de guerra (se entiende en las épocas de conflictos bélicos).

En complemento de las anteriores facultades, la Constitución Federal asigna al Congreso otras potestades, en preceptos como los siguientes:

- El artículo IV, sección 1, que marca que se dará entera fe y crédito en cada estado a los actos públicos, documentos y procedimientos judiciales de los otros estados, y que el Congreso podrá prescribir

⁹⁵ El alcance de las facultades implícitas del Congreso se encuentran detalladas en el caso clásico *McCulloch vs Maryland* (1919).

⁹⁶ A ese precepto también se le conoce como “cláusula elástica”.

⁹⁷ Vid., RABASA, Emilio O., *Las constituciones de Canadá, los Estados Unidos de América y México. Estudio comparativo. Sus orígenes, evolución, principios fundamentales y jerarquía con los tratados. Los textos positivos. Op. Cit.*, p. 205.

mediante leyes generales la manera de probar tales actos, documentos y procedimientos así como los efectos que deban surtir;

- El artículo IV, sección 3, párrafo primero, preceptúa que el Congreso podrá admitir nuevos estados a la Unión; pero no se formará o establecerá ningún estado nuevo dentro de la jurisdicción de ningún otro estado. Tampoco se formará ningún estado por unión de dos o más estados, o partes de estados, sin el consentimiento tanto de las Asambleas Legislativas de los estados en cuestión, como del Congreso;
- El artículo IV, sección 3, párrafo segundo estipula que el Congreso podrá disponer de, o promulgar todas las reglas y reglamentos necesarios en relación con, el territorio o cualquier propiedad perteneciente a los Estados Unidos; y
- El artículo V faculta al Congreso para proponer enmiendas a la Constitución Federal.⁹⁸

A lo anterior, es de añadir que el Congreso de los Estados Unidos de América posee, además de la importante función de elaborar las leyes,⁹⁹ la trascendente facultad de controlar, mediante ley, lo correspondiente al gasto público federal.¹⁰⁰ Así se deriva del párrafo octavo de la Sección 9 del Artículo I de la Constitución Política, al señalar:

⁹⁸ La enmienda debe ser aprobada por una mayoría de dos terceras partes de cada Cámara. Además, se requiere la votación de al menos tres cuartas partes de los estados. A la fecha, la Constitución de los Estados Unidos de América ha sido enmendada en 27 ocasiones. Las primeras 10 enmiendas (la Declaración de Derechos) garantizan las libertades individuales. Las enmiendas posteriores narran la lucha de Estados Unidos de América por la igualdad y la justicia para todo su pueblo. Estas enmiendas han abolido la esclavitud; prohíben cualquier negación de derechos debido a la raza; otorgan el voto a la mujer y los ciudadanos del Distrito de Columbia; y permiten a los ciudadanos votar a los 18 años. *Vid.*, Sistema político de Estados Unidos de América. Disponible en la siguiente dirección: <http://www.usembassy-mexico.gov/bbf/FAQsPolitico.htm> (consultada en diciembre de 2011).

⁹⁹ Ambas cámaras deben aprobar el proyecto de ley para que éste se convierta en ley, pero el Presidente de los Estados Unidos puede vetarlo o negarse a firmarlo. En ese caso, el Congreso reconsidera el proyecto de ley, y si dos terceras partes de los miembros de ambas cámaras lo aprueban, el proyecto se convierte en ley, aun sin la firma del Presidente. Una vez que se expide una ley, los archivistas clasifican a la ley como pública o privada. Todas las leyes públicas son enumeradas consecutivamente y al término de un período son publicadas numéricamente como “*United States Statutes at large*”. A partir de 1927, se empezó a publicar el “*United States Code Annotated*”, que incluye decisiones judiciales relevantes y fuentes secundarias de referencia. En él se compila a las leyes públicas bajo 50 títulos, en orden alfabético. Tal compilación es revisada cada seis años junto con sus suplementos anuales. *Vid.*, LÓPEZ MONROY, José de Jesús, *Sistema jurídico del common law*, México, Editorial Porrúa, México, 2011 (quinta edición), p. 168.

¹⁰⁰ Para el tema de la función fiscalizadora del Poder Legislativo en los Estados Unidos de América, se recomienda ver la obra de RÍOS CÁZARES, Alejandra, Oficina de Rendición de Cuentas del Gobierno de los Estados Unidos de América, disponible en la Compilación denominada: *La Auditoría Superior de México en el horizonte internacional de la fiscalización superior*, coordinada por Figueroa Neri, Aimée, México, Auditoría Superior de la Federación, diciembre 2007, pp. 143 a 164. Asimismo, se recomienda de LICONA VITE, Cecilia, la obra: “*Fiscalización Superior. Análisis de Derecho Comparado. Alemania, Francia, Argentina y los Estados Unidos de América.*” Publicada en la Revista Quórum Legislativo, Número 99, Cámara de Diputados, Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias, México, octubre-diciembre de 2009, pp. 115 a 239.

No se podrá retirar cantidad alguna del Tesoro sino a virtud de asignaciones hechas por ley; además, periódicamente se publicará una declaración y recuento completo de los ingresos y egresos públicos.¹⁰¹

Por otra parte, en lo que se refiere al sistema judicial federal, es de mencionar que está compuesto por los tribunales federales de distrito (al menos uno en cada estado); 13 tribunales federales de apelación, y la Corte Suprema.¹⁰² Ésta se encuentra compuesta por nueve magistrados; designados por el Presidente de los Estados Unidos de América y ratificados por el Senado.¹⁰³

Así, en el sistema de justicia, hay una primera instancia en tribunales que se llaman cortes del distrito (“*District Court*”) que son itinerantes, y su competencia está limitada por un distrito. Por esta razón suelen llamarse cortes distritales o juzgados del distrito (cada estado comprende uno o más distritos judiciales y en cada distrito existe una Corte). La segunda instancia se ventila ante Cortes de Apelación que están distribuidas en doce circuitos y por eso se les llama Cortes de Circuito. La tercera instancia se lleva a cabo ante la Suprema Corte.

A ella se llega mediante un “*Writ of certiorari*”, definida como una orden dirigida a una Corte de Apelación. Si el “*Writ*” es denegado, la Corte rehusará oír la apelación, y si es admitido conocerá el fondo del asunto.¹⁰⁴

También existe un sistema de cortes federales con una jurisdicción por materia especial.¹⁰⁵ Estas cortes son establecidas de conformidad con el artículo I Sección 8 de la Constitución de los Estados Unidos. Dicha norma le permite al Congreso el establecimiento de este tipo de tribunales con jurisdicción exclusiva

¹⁰¹ Tal precepto -parte de los frenos y contrapesos del Poder Legislativo respecto del Poder Ejecutivo estadounidense- ha sido interpretado en el sentido de que el dinero del Gobierno no puede gastarse sin consentimiento del Congreso y que, a intervalos regulares, el Congreso puede pedir una declaración financiera al Poder Ejecutivo.

Con soporte en el referido dispositivo, el Congreso expidió la ley que dio origen a la “*Government Accountability Office*” (GAO), organismo que apoya al Congreso estadounidense en la fiscalización de los recursos federales. La GAO tiene amplias facultades para investigar todos los asuntos relacionados con la recepción, el desembolso y aplicación de los fondos públicos, y para hacer recomendaciones que persigan una economía más fuerte y una mejor eficiencia en el gasto público federal. La GAO tiene como misión la de servir al Congreso en el cumplimiento de sus responsabilidades constitucionales de fiscalización. La mayoría del trabajo que realiza es a petición del Congreso. De ahí que se le llame el “perro guardián del Congreso”.

¹⁰² *Vid.*, la Sección 1 del Artículo III de la Constitución de los Estados Unidos de América.

¹⁰³ Al Presidente de la Corte Suprema se le denomina jefe (“*Chief justice*”), y a los otros ocho integrantes se les llama asociados (“*associated justices*”). Los jueces federales nombrados bajo el amparo del Título III de la Constitución Política ejercen sus funciones de por vida, y sólo podrán ser destituidos mediante la impugnación y fallo condenatorio del Congreso por traición, cohecho u otros delitos y faltas graves.

¹⁰⁴ El vocablo “*Certiorari*” viene del latín y significa ser informado. *Vid.*, RABASA, Emilio O., *Las constituciones de Canadá, los Estados Unidos de América y México. Estudio comparativo. Sus orígenes, evolución, principios fundamentales y jerarquía con los tratados*. Los textos positivos. Op. Cit., p. 237.

¹⁰⁵ Los tribunales federales a menudo son llamados los guardianes de la Constitución Política porque sus decisiones protegen los derechos y libertades garantizados por ese cuerpo de disposiciones. Mediante fallos justos e imparciales, los tribunales federales determinan los hechos e interpretan la ley para resolver disputas legales.

sobre asuntos militares; de impuestos; de Quiebras;¹⁰⁶ y de acciones entre el Gobierno Federal y Grandes Compañías.¹⁰⁷ Los jueces de estos tribunales son nombrados por períodos de quince años.¹⁰⁸

La Sección 2 del Artículo III de la Constitución dispone lo siguiente:

El poder judicial se extenderá a todo caso que en derecho y equidad surja de esta Constitución, de las leyes de los Estados Unidos, así como de los tratados celebrados o que se celebraren bajo su autoridad; a todos los casos que afecten a embajadores y otros ministros y cónsules públicos; a todos los casos de almirantazgo y jurisdicción marítima; a todas las controversias en que los Estados Unidos sean parte; a las controversias entre dos o más estados; entre un estado y los ciudadanos de otro estado; entre los ciudadanos de diferentes estados; entre los ciudadanos del mismo estado que reclamaren tierras en virtud de concesiones hechas por diversos estados, y entre un estado o sus ciudadanos y estados, ciudadanos o súbditos extranjeros.

A la Suprema Corte, la Constitución la faculta a considerar no sólo sentencias de cortes federales inferiores, sino también casos de distinta naturaleza.¹⁰⁹ Asimismo, le otorga competencia para revisar sentencias provenientes de cortes supremas estatales, cuando traten cuestiones relativas a leyes federales. Igualmente, puede invalidar una ley del Congreso o estatal; revisar un proceso penal estatal; y ordenar al Presidente someterse a un procedimiento judicial.¹¹⁰

La revisión por la Suprema Corte de los Estados Unidos será posible en tanto que la misma Corte juzgue que su decisión resultará relevante para la Nación.¹¹¹

¹⁰⁶ Hay 94 distritos judiciales federales, que incluyen uno o más en cada estado, el Distrito de Columbia (Washington, D.C.), Puerto Rico y los territorios de ultramar. Cada distrito judicial federal incluye un Tribunal de Quiebra que funciona como una entidad autónoma del tribunal federal. El Tribunal de Quiebra tiene competencia a nivel nacional sobre casi todos los asuntos que tengan que ver con causas de quiebra excepto los relacionados con materia penal. *Vid.*, El Sistema Federal Judicial en los Estados Unidos. *Op. Cit.*

¹⁰⁷ Dentro del Poder Judicial, dos tribunales especiales tienen competencia a nivel nacional sobre cierto tipo de causas: el Tribunal de Comercio Internacional que resuelve las causas en lo referente al comercio internacional y asuntos aduanales; y el Tribunal de Reclamos Federales de los Estados Unidos que tiene competencia sobre disputas referentes a contratos federales; el decomiso de la propiedad privada efectuado por el gobierno federal; y una variedad de reclamos monetarios contra los Estados Unidos. *Vid.*, El Sistema Federal Judicial en los Estados Unidos. *Ibid.*

¹⁰⁸ *Vid.*, ALVARADO CASTRO, Douglas, *Op. Cit.*

¹⁰⁹ La competencia de la Suprema Corte es casi completamente discrecional y para ser ejercida en el conocimiento de una causa, se requiere el acuerdo de por lo menos cuatro de los magistrados.

¹¹⁰ *Vid.*, FEINMAN, Jay M., “Introducción al derecho de los Estados Unidos de América. Todo lo que debe saber acerca del sistema jurídico estadounidense”, traductor, Enrique Cruz Mercado González, revisión técnica, Magdalena Wong Bermúdez, Universidad Nacional Autónoma de México, México, Editorial Oxford University Press, 2000, p. 28.

¹¹¹ Cuando la Corte recibe una solicitud de revisión, es la misma Corte dependiendo de la naturaleza del asunto y el impacto jurídico que pueda tener una resolución sobre el asunto, la que decidirá si entra o no a conocer del asunto. *Vid.*, ALVARADO CASTRO, Douglas, *Op. Cit.*

A lo anterior, es de añadir que la organización de los tribunales federales de los Estados Unidos de América se desprende del artículo III,¹¹² así como de la Enmienda XI de la Constitución Política, que señala:¹¹³

El poder judicial de los Estados Unidos no será interpretado en el sentido de extenderse a los litigios en derecho o en equidad, incoados o seguidos contra uno de los estados de la Unión por ciudadanos de otro estado, o por ciudadanos o súbditos de cualquier estado extranjero.

Es de añadir que el Poder Judicial Federal expande su competencia a todos los casos relacionados con la ley federal; a los casos que afecten a embajadores y otros ministros y cónsules públicos; a todos los casos de almirantazgo y jurisdicción marítima; a todas las controversias en que los Estados Unidos sean parte; a las controversias entre dos o más estados, entre un estado y los ciudadanos de otro estado, entre los ciudadanos de diferentes estados, entre los ciudadanos del mismo estado que reclamaren tierras en virtud de concesiones hechas por diversos estados, y entre un estado o sus ciudadanos y estados, ciudadanos o súbditos extranjeros.

Finalmente, es de apuntar que a partir del caso *Marbury vs. Madison*, la única y definitiva autoridad para declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los actos de todos los poderes ejecutivo, legislativo y judicial y en los tres niveles -federal, estatal y local- es la Corte Suprema.¹¹⁴

II. DATOS ACERCA DEL ÁMBITO ESTATAL DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

La Constitución de los Estados Unidos de América es la ley suprema. Ella establece una república bajo la cual los estados individuales retienen soberanía y autoridad considerables. El gobierno federal o nacional, tiene autoridad decisiva, pero limitada, y sólo puede ejercer aquella autoridad específica conforme a la Constitución Política. El resto de facultades, se reserva para los estados y el pueblo. Tal sistema de autoridad dividida entre el gobierno nacional y los gobiernos estatales, se conoce como “federalismo.”¹¹⁵

¹¹² La sección 2 del artículo III de la Constitución Federal indica cuál es la competencia, en orden de materia de los tribunales federales, y señala qué tribunal federal conocerá de todas las controversias, tanto de “common law”, como de “equity”, que surge como consecuencia de la Constitución, de las leyes federales o de los tratados celebrados o que se celebren bajo su autoridad.

¹¹³ El Poder Judicial promulga decisiones relativas al procedimiento bajo su autoridad y la provisión constitucional.

¹¹⁴ Un estadounidense que sienta que ha sido sentenciado bajo una ley injusta, puede apelar y llevar su caso hasta la Corte Suprema, la cual puede decidir que la ley es inconstitucional. En ese caso la ley queda anulada. Vid., RABASA, Emilio O., *Las constituciones de Canadá, los Estados Unidos de América y México. Estudio comparativo. Sus orígenes, evolución, principios fundamentales y jerarquía con los tratados. Los textos positivos.* Op. Cit., p. 49.

¹¹⁵ Vid., El Sistema Federal Judicial en los Estados Unidos. Op. Cit.

En ese sistema, la primera y más importante potestad reservada a los estados rica, es su soberanía o autonomía.

La expresión de poderes reservados se entiende referida a los pueblos de los estados, y ello se traduce, en la práctica, en la capacidad de que cada uno de los estados elabore su propia Constitución.¹¹⁶

De conformidad con el Artículo IV de la Constitución para los Estados Unidos de América, los Estados deberán asumir el régimen republicano de gobierno (es decir, gobiernos democráticos, del pueblo, para el pueblo y por el pueblo).

Ese artículo, formado por cuatro secciones, establece pautas acerca de las relaciones entre los estados, en sus secciones 1 y 2:

- En cada estado se dará entera fe y crédito a los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de los otros estados (por ejemplo, deberán reconocerse los matrimonios y divorcios concedidos por otros estados; y deberán reconocerse y participar en la ejecución o cumplimiento de sentencias de los tribunales de los otros estados);¹¹⁷
- Cada estado deberá conceder a los ciudadanos de los demás, los mismos privilegios e inmunidades que concede a sus propios ciudadanos; y¹¹⁸
- Cada estado tiene la obligación de cumplir con solicitudes de extradición de los gobernadores de otros estados (es decir, la extradición de prófugos que han cometido algún delito en un estado y huyen a otro).

En el derecho norteamericano, el pueblo de cada estado asume su soberanía y se gobierna a sí mismo por separado de los demás.

El concepto jurídico de autonomía o soberanía de los estados es la piedra angular del federalismo estadounidense y del derecho constitucional estatal. Y aunque las legislaturas estatales legislan de modo similar al gobierno federal, el derecho constitucional estatal se distingue del derecho constitucional federal

¹¹⁶ Los poderes reservados se entienden referidos al pueblo del estado, no a los poderes públicos. *Vid.*, BARCELÓ ROJAS, Daniel Armando, “Introducción al derecho constitucional estatal estadounidense”, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 145.

¹¹⁷ En términos del citado numeral, el Congreso puede prescribir mediante leyes generales la manera de probar tales actos, registros y procedimientos, así como los efectos que deban surtir.

¹¹⁸ Esta disposición no prohíbe, por ejemplo, que un estado cobre a los ciudadanos de otros estados una tarifa especial por estudiar en sus universidades estatales, pero requiere que el estado que discrimine tenga una razón justificada. En el caso de asistencia a las universidades, la justificación es que los ciudadanos que no son del estado no pagan todos los impuestos que eventualmente apoyarán a la institución. Por tanto, la tasa mayor es una manera de asegurar que los estudiantes que no son del estado apoyen a la universidad de una manera más equitativa. *Vid.*, BERENSON, William M., *Op. Cit.*

por el tipo de problemas a los que puede y debe avocarse. En este sentido, cada uno de los 50 estados de la Unión americana poseen su propia Constitución, suprema en su jurisdicción (suprema en el orden político y jurídico local), la cual no debe ser contraria a la legislación federal (principio de jerarquía normativa).¹¹⁹

Las constituciones estatales tienen en común el no contener una lista exhaustiva de poderes a los que los gobiernos se deban sujetar. Pero casi todas establecen competencias expresas de actuación a sus órganos públicos para incidir en problemas sociales específicos.¹²⁰ Ellas tratan sobre los mismos temas de estructura y autoridad del gobierno y libertad individual que la federal, aunque también atienden a cuestiones más específicas como la educación, las cuestiones presupuestales y el medio ambiente.¹²¹ Igualmente, se ocupan de reglar a sus entidades locales, asignándoles estructura y competencias.

Las normas superiores del derecho estatal expresan no sólo los valores que inspiran el orden político local, sino también los derechos individuales; los deberes cívicos; los principios sobre los que se constituyen las instituciones de gobierno; los criterios para distribuir sus respectivas competencias; y los procedimientos de reforma de la ley fundamental estatal.¹²² La facultad tributaria de los estados está consagrada en sus propias Constituciones.

Los textos constitucionales estatales son complementarios del derecho Constitucional federal.¹²³ Este es el concepto de soberanía dual ("Dual Sovereignty"), del cual el Federalista indica que:¹²⁴

"El gobierno federal y los de los estados no son, en realidad, sino diferentes mandatarios y representantes fiduciarios del pueblo, dotados de poderes diferentes y designados para finalidades diversas [...] Por su naturaleza, es cierto que el pueblo va a estar más vinculado a su propio gobierno estatal. Sin embargo, si esto fuera a

¹¹⁹ Vid., BARCELÓ ROJAS, Daniel Armando, *Op. Cit.*, pp. 9 a 12.

¹²⁰ El gobierno estatal no es un gobierno de poderes específicos y enumerados. Pero en las constituciones de los estados se incluyen prohibiciones expresas que limitan dicho poder plenario sobre asuntos muy particulares. Por ejemplo, a través de la constitución estatal se fijan montos máximos y procedimientos legislativos agravados al endeudamiento público del estado, para evitar el abuso e irresponsabilidad de los poderes legislativo y ejecutivo para contratar empréstitos con cargo a los contribuyentes de los estados. *Idem.*, p. 153.

¹²¹ Vid., FEINMAN, Jay M., *Op. Cit.*, p. 12.

¹²² Las constituciones estatales son los textos en los que se inscribe la voluntad de un pueblo de constituirse en sociedad política regida por el derecho, y de vincularse con "status" de estado a la Unión federal. En su constitución, el pueblo de un estado define su concepción de la justicia y de los derechos individuales, que orientan y rigen la vida en sociedad, y que sirven de basamento para crear el gobierno y atribuirle "poderes" o "competencias", para llevar a efecto ese ideal de justicia. En su Constitución, el gobierno estatal se organiza; establece los derechos del pueblo del estado con relación a su gobierno, y los poderes de las diferentes ramas del gobierno se definen. Vid., BARCELÓ ROJAS, Daniel Armando, *Op. Cit.*, pp. 6 a 8.

¹²³ Conforme a esa idea, la Constitución norteamericana comprende a la Constitución federal y a las 50 constituciones de los estados.

¹²⁴ Vid., HAMILTON A., MADISON J., y Jay J., "El Federalista", prólogo y traducción Gustavo R. Velasco, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, No. XLVI.

cambiar, no habría razón de percibir el predominio por parte del Gobierno Federal ya que su competencia está bien circunscrita".

Empero, de las constituciones estatales y la Constitución federal, se nota que hay diferencias de contenidos. Por ejemplo, en cuanto al proceso de reforma de las propias constituciones estatales; en lo que atañe a las competencias residuales de las legislaturas de los estados y las de lista única del federalismo estadounidense; en lo que concierne a la apertura de las constituciones de los estados para reconocer mecanismos de democracia directa (tales como el referéndum constitucional y la iniciativa ciudadana); en lo referente a la obligación constitucional de los partidos políticos locales de celebrar elecciones internas para seleccionar a los candidatos a cargos de elección popular; en lo que respecta a la posibilidad de destitución de las autoridades de mayor responsabilidad pública en los estados, por medio del voto popular (*recall*), para hacer efectiva la responsabilidad política; en lo referente a la inclusión de derechos sociales; en lo tocante al método de selección de los miembros de los poderes judiciales; en lo que hace a los métodos de interpretación constitucional;¹²⁵ y en lo concerniente a señalar atribuciones limitadas a sus entidades locales.

Las constituciones estatales suelen tener preceptos similares entre sí, y partes esenciales, a saber: un catálogo o declaración de derechos individuales; un elenco de derechos sociales; la estructura de gobierno y la distribución de competencias; las bases de la tributación y las finanzas públicas; los límites directos y expresos para el legislador; el control de la constitucionalidad y de la legalidad de los actos de las autoridades estatales y locales; figuras de democracia directa para defender la constitución estatal de las transgresiones sobre ella del poder legislativo, sea por acción legislativa (referéndum legislativo) o por omisión legislativa (iniciativa legislativa ciudadana), o por desviación del poder público (*impeachment* y revocación de mandato); y defensa constitucional que se extiende al poder ejecutivo.¹²⁶

Las constituciones estatales adoptan explícitamente el principio de la división de poderes, tanto para establecer frenos y contrapesos entre sí, como para evitar el atropello de los derechos de los ciudadanos. En ese contexto, implantan los derechos fundamentales de los ciudadanos, y regulan al gobierno, dividiéndolo en tres ramas: ejecutiva, legislativa y judicial, que se controlan entre sí.¹²⁷

¹²⁵ *Vid.*, BARCELÓ ROJAS, Daniel Armando, *Op. Cit.*, 2005 pp. 3 a 5.

¹²⁶ *Ídem.*, p. 73.

¹²⁷ Las constitucionales estatales, lo mismo que la federal están investidas de una fuerte influencia de la Declaración de los Derechos del Hombre de la República de Virginia de 1776. Las constituciones estatales se caracterizan por la cantidad y detalle de los límites que imponen a sus gobiernos, pero particularmente al poder legislativo. Ello en la medida en que al poder ejecutivo y al poder judicial se les puede limitar mediante la ley, pero al poder legislativo de los estados sólo es posible imponerle controles y límites desde la constitución estatal. *Ídem.*, p. 92.

El Poder Ejecutivo del estado se hace reposar en un gobernador, figura principal del sistema político estatal, que se apoya en un gabinete o “staff” que en algunos estados es nombrado por el propio gobernador;¹²⁸ pero en otros estados deriva de un proceso de elección popular, conservando su independencia del Gobernador.¹²⁹

La facultad de recaudar impuestos le corresponde al Gobernador, quien ejerce esta facultad principalmente por medio de un departamento de tributación.

Los condados y otras unidades locales del estado pueden participar en la recaudación de los impuestos estatales.

Asimismo, los tribunales estatales asisten al departamento de tributación y a los gobiernos locales a velar por el cumplimiento en el pago de los impuestos.¹³⁰

La materia tributaria estatal tiene los límites impuestos por la Constitución Federal. Por ejemplo, en términos de la Sección 10 del artículo I, ningún estado podrá, sin el consentimiento del Congreso, fijar impuestos o derechos sobre las importaciones o exportaciones.¹³¹

Por lo que hace al poder legislativo estatal, es de mencionar que descansa en dos Cámaras, salvo Nebraska, donde la legislatura es unicameral.

También es de indicar que los estados publican sus normas legales en orden cronológico y las compilan para uso legal; y que cada Estado tiene un código anotado que usualmente se publica en volúmenes sistemáticos con suplementos periódicos.¹³²

Igualmente, es de resaltar que muchos estados han realizado más enmiendas a su constitución local que las efectuadas en la constitución federal; y

¹²⁸ De unas décadas a la fecha, hay una tendencia a formar los órganos administrativos locales bajo la dependencia del Gobernador. Esto por razones de control y coordinación administrativa.

¹²⁹ El Gobernador del estado elabora las políticas públicas que pretende impulsar a través de la administración pública del estado. Para ello, las constituciones estatales le atribuyen importantes competencias como su participación en la conformación del presupuesto; y la facultad para nombrar y remover a los funcionarios de las diferentes “agencias” de la administración pública local. En algunos estados, esas posiciones administrativas están sujetas a elección popular y no dependen del Gobernador. Tal gabinete se encuentra establecido en la constitución estatal o en la legislación ordinaria. *Vid.*, BARCELÓ ROJAS, Daniel Armando, *Ídem.*, pp. 119 a 121.

¹³⁰ *Vid.*, BERENSON, William M., *Op. Cit.*

¹³¹ No obstante, cuando fuere absolutamente necesario para hacer cumplir sus leyes de inspección, con respecto a las importaciones, un estado puede cobrar una tarifa a fin de sufragar el costo de la inspección. La tarifa no puede exceder el costo de la inspección, ya que representaría una violación de la Constitución Federal. *Vid.*, BERENSON, William M., *Ibid.*

¹³² La legislatura de los estados generalmente no publica sus debates.

que la fuente común de esas modificaciones son las notas judiciales de cada estado inscritas en series de leyes o códigos.¹³³

Finalmente, es de indicar que el Gobernador del estado interviene en la actividad legislativa estatal en cuanto firma las leyes o les opone su veto.

Por otra parte, en lo que atañe al Poder Judicial, es de apuntar que los organismos estatales, coexisten con los de carácter federal.¹³⁴

El poder judicial estatal está integrado por un conjunto de jueces y tribunales que tiene la responsabilidad de aplicar la Constitución y las leyes del estado en nombre del pueblo, en las controversias entre particulares o de éstos y los poderes públicos.

La gran mayoría de las disputas legales en los tribunales estadounidenses se conocen en los sistemas judiciales estatales establecidos en cada uno de los 50 estados.

La mayor parte de los sistemas judiciales estatales, al igual que el sistema judicial federal, tienen tribunales de la primera instancia de competencia general, tribunales de apelación interlocutorios y una Corte Suprema estatal. También pueden tener tribunales inferiores especializados, y tribunales del condado, municipales, de reclamos de menor cuantía o juzgados de paz que se encargan de asuntos menores.

Los jueces estatales, al igual que los jueces federales, tienen la obligación de velar por el cumplimiento de la Constitución Federal y pueden invalidar las leyes estatales que consideren que van en contra de esa Constitución.¹³⁵

En cada estado existe un sistema de selección de los miembros de los órganos constitucionales, así como la temporalidad o condiciones para mantenerse en el cargo.¹³⁶

Los jueces estatales son seleccionados de diferentes maneras, de acuerdo con las constituciones políticas y leyes estatales. La mayoría, es elegida por voto popular en elecciones generales o son nombrados por el gobernador del estado por un periodo inicial y mantienen sus cargos mediante el voto popular en

¹³³ Vid., LÓPEZ MONROY, José de Jesús, *Op. Cit.*, p. 167.

¹³⁴ Y aunque hay tribunales federales en cada estado, no son los únicos fueros disponibles para los litigantes. Vid., BARCELÓ ROJAS, Daniel Armando, *Op. Cit.*, p. 125.

¹³⁵ En el sistema norteamericano, la mayor parte de los casos de agravio se atienden en tribunales estatales, excepto cuando el agravio ocurre en terrenos federales (por ejemplo, en bases militares; cuando demandan al gobierno; o cuando hay diversidad de ciudadanía entre las partes interesadas alegatos. Vid., El Sistema Federal Judicial en los Estados Unidos. *Op Cit.*

¹³⁶ Vid., BARCELÓ ROJAS, Daniel Armando, *Op. Cit.*, p. 93.

elecciones generales. Asimismo, desempeñan sus cargos mientras observen buena conducta, y reciben por sus servicios una compensación que no será rebajada mientras desempeñen sus cargos.¹³⁷

Los tribunales estatales normalmente se encuentran subdivididos en tribunales por materia, por ejemplo: Tribunal de Menores; Tribunal de Derecho de Familia; Tribunales Penales; etc. El conjunto total de estos tribunales forma un grupo de jueces que ejerce jurisdicción general sobre cualquier asunto susceptible de resolución judicial bajo leyes estatales.¹³⁸

Cada estado tiene su propia organización judicial, y las denominaciones de los organismos judiciales varían. Pero existe, en una primera instancia, una corte de proceso (“*trial court*”); en una segunda instancia, hay una corte de apelación (“*court appeal*”); y una tercera instancia, los asuntos de importancia, se tramitan en una suprema corte de justicia del estado o corte de casación o corte de errores.¹³⁹

La aplicación de una ley de la legislatura por violar la constitución estatal, se promueve siempre por un individuo que considera que el legislador ha sobrepasado su competencia e invadido el ámbito personal inviolable establecido en alguno de los derechos de la declaración de derechos individuales del estado.¹⁴⁰

Los remedios judiciales por violación a la Constitución y a las leyes estatales se conocen como “*writs*”, y es a través de ellos como se ha venido conformando el control de constitucionalidad y de legalidad de los estados norteamericanos. El “*writ*” es el precepto imperativo emitido por un juez o tribunal, ordenando a una persona a hacer o no hacer lo que en él se determina. Cada estado de la Unión americana cuenta con sus propios “*writs*”. Pero existen al menos un conjunto de ellos que destacan por su importancia, y que suelen ser reconocidos por la mayoría de los estados. Ese es el caso del “*habeas corpus*”, “*mandamus injunction*”, “*quo warranto*”, “*certiorari*”, “*procedendo*”, “*prohibitions*” y “*executions*”.¹⁴¹

El sistema judicial estatal, lo mismo que el federal, tiene una doble función. En primer lugar, realiza función legislativa a través de las decisiones de casos y el establecimiento de precedentes, lo cual en el sistema de derecho común constituye una importante fuente de derecho. En segundo lugar,

¹³⁷ *Vid.*, la Sección 1 del Artículo III de la Constitución de los Estados Unidos de América.

¹³⁸ *Vid.*, ALVARADO CASTRO, *Op. Cit.*

¹³⁹ *Vid.*, LÓPEZ MONROY, José de Jesús, *Op. Cit.* p. 237.

¹⁴⁰ *Ídem.*, p. 127.

¹⁴¹ *Ídem.*, p. 128.

desarrollan una función jurisdiccional típica, a través de la solución de pretensiones.¹⁴²

En relación con la jurisdicción estatal, en comparación con la federal, es de indicar que los órganos judiciales federales, son órganos jurisdiccionales con una competencia restringida, en tanto los órganos jurisdiccionales estatales poseen una competencia general o amplia.¹⁴³

Tanto los tribunales federales, como los estatales, tienen la obligación de conceder "entera fe y crédito" a los respectivos autos dictados por cada uno de ellos. Sin embargo, de conformidad con la cláusula de supremacía de la Constitución Política, una ley federal prevalecerá sobre cualquier ley estatal que sea contraria a aquélla.¹⁴⁴

A lo anterior, es de añadir, en relación con la competencia de los tribunales estatales, que, por ejemplo, atienden: delitos según las leyes estatales; asuntos constitucionales estatales y causas relacionadas con leyes y normas estatales; asuntos de derecho de familia, como divorcios y custodia de menores; asuntos de bienes inmuebles; disputas entre arrendatarios e inquilinos; la mayoría de las disputas de contratos privados (excepto las resueltas según leyes de Quiebra); la mayoría de los asuntos relacionados con la regulación de las profesiones y oficios; asuntos de negligencia profesional; asuntos de responsabilidad civil extracontractual; la mayoría de los asuntos relacionados con la administración interna de asociaciones mercantiles, como sociedades anónimas y empresas; la mayoría de reclamos por accidentes laborales; sucesiones "mortis causa"; la mayoría de las infracciones de tránsito y el registro de vehículos; y asuntos de protección de derechos de consumidores.¹⁴⁵

Por su parte, los tribunales federales, por ejemplo, tienen competencia en delitos según las leyes promulgadas por el Congreso; la mayoría de causas relacionadas con leyes y normas federales (por ejemplo, radiodifusión); asuntos de comercio interestatal e internacional (incluyendo normas para compañías aéreas y ferroviarias); causas relacionadas con las normas de la bolsa de valores (incluyendo la adquisición de entidades de derecho público); causas de derecho marítimo; asuntos de comercio internacional; asuntos de patentes, derechos de autor y otros de propiedad intelectual; causas relacionadas con tratados, otros países y con extranjeros; disputas sobre leyes estatales entre ciudadanos de

¹⁴² Vid., ALVARADO CASTRO, Douglas, *Op. Cit.*

¹⁴³ Los órganos judiciales federales tienen competencia sobre asuntos relacionados con la aplicación de normas federales, tratados internacionales, y la aplicación de la Constitución Política; igualmente, son competentes para conocer asuntos relacionados con la aplicación de normas estatales, cuando exista diversidad de domicilio de las partes (en estos casos resulta necesario que el asunto a someter a conocimiento del tribunal sea de una cuantía mayor a \$50,000 dólares). *Ibid.*

¹⁴⁴ Vid., El Sistema Federal Judicial en los Estados Unidos. *Op. Cit.*

¹⁴⁵ Vid., ALVARADO CASTRO, Douglas, *Op. Cit.*

distintos estados; asuntos de quiebra; disputas entre estados; y diligencias de “hábeas corpus”.¹⁴⁶ La Corte Suprema de los Estados Unidos, tiene tanto competencia funcional sobre órganos judiciales federales como estatales, cuando se trata de la aplicación de legislación federal substantiva.

Finalmente, es de señalar que hay competencia de tribunales estatales o federales, en los siguientes tópicos: delitos punibles tanto por leyes federales como estatales; asuntos constitucionales federales; ciertos reclamos de derechos civiles; demandas colectivas; normas ambientales; y ciertas disputas relacionadas con leyes federales

III. VÍNCULOS ENTRE LOS ÁMBITOS FEDERAL Y ESTATAL DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

En el sistema jurídico norteamericano, existen varias ligas entre el gobierno nacional y el de los estados. Ese es el caso, sobre todo, de las facultades limitadas de la federación y amplias de los estados; la cláusula de supremacía; y los límites expresos de las facultades del gobierno nacional respecto de los estados, a saber:¹⁴⁷

- **Facultades limitadas de la federación y amplias de los estados**

La Enmienda X de la Constitución para los Estados Unidos de América instituye la división entre las órbitas federal y local. Tal precepto marca:¹⁴⁸

Las facultades que esta Constitución no delegue a los Estados Unidos, ni prohíba a los estados, quedan reservadas a los estados respectivamente o al pueblo.

Conforme al texto transcrito, las potestades que la Constitución Federal no delega al gobierno federal, ni prohíbe a los estados, se entienden reservadas a los estados.¹⁴⁹

¹⁴⁶ Vid., El Sistema Federal Judicial en los Estados Unidos. Op. Cit.

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ Tal artículo se parece al 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que dispone:

Artículo 124. Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.

Conforme a este dispositivo, los Estados de la República Mexicana (las partes integrantes de la Federación) cuentan con una competencia implícita y amplia, establecida en el artículo 124 constitucional; en cambio, los funcionarios federales tienen un ámbito expreso y restringido de acción, en relación con los Estados.

¹⁴⁹ Los poderes que se transmiten al gobierno central federal serán del exclusivo ejercicio del poder central; los poderes restantes reciben lo que se denomina “una cuota residual” a los estados; es decir, pueden ser ejercidos por el poder local siempre que no se les impida el ejercicio.

Así, a los estados les corresponden todos los poderes no delegados por la Constitución Federal a la federación.¹⁵⁰

En el *Federalista*: Alexander Hamilton y James Madison explican que las facultades delegadas al Gobierno Federal son pocas, y se encuentran bien definidas. En cambio, las facultades que les quedan a los gobiernos estatales son varias e indefinidas. Los poderes del gobierno federal, principalmente, están dirigidos a objetivos externos: la guerra, la paz, la negociación internacional y el comercio. Los poderes reservados a los estados se extienden a todos los objetivos ordinarios de la vida cotidiana: libertad, propiedad, orden público, mejora y prosperidad del pueblo.¹⁵¹

En ese contexto, los poderes de los estados son “poderes plenarios”, pues no están restringidos al tratamiento de las materias establecidas en una lista.¹⁵²

Tal expresión de “poderes plenarios” proviene de su contraste con los poderes federales, en el sentido de que, a diferencia del gobierno nacional, que sólo puede ejercitar aquellos poderes establecidos en una lista, los gobiernos de los estados pueden llevar a efecto todos aquellos que sean necesarios para la consecución del bien común de su comunidad política.¹⁵³

Al respecto, en el *Federalista* se indica que los poderes de los Estados se circunscriben, entre otros, a las siguientes áreas: mantenimiento del orden público; salud pública; educación; regulación del comercio dentro de sus fronteras; derecho de familia; derecho de sucesiones; derechos reales y títulos de propiedad; y derecho penal.¹⁵⁴

Por su parte, los estados tienen, entre otras, las siguientes facultades:¹⁵⁵ regular el comercio intraestatal; el poder de sanidad, seguridad y moralidad (*policy power*, poder de orden o policía); el poder de propiedad, puesto que no se concibe la existencia de un estado, sino que tiene un territorio; y el poder de dominio eminente.

¹⁵⁰ Los poderes federales se reducen a los consignados en la lista establecida en la propia Constitución federal.

¹⁵¹ Vid., HAMILTON A., MADISON J., y Jay J., *Op. Cit.*, números XLV y XLVI.

¹⁵² Entre los poderes transmitidos al gobierno central federal destacan los instituidos para el Congreso Federal en el artículo I, sección octava, y otros preceptos de la Constitución estadounidense.

¹⁵³ Vid., BARCELÓ ROJAS, Daniel Armando, *Op. Cit.*, p. 146.

¹⁵⁴ Vid., HAMILTON A., MADISON J., y Jay J., *Op. Cit.*, números XLV y XLVI.

¹⁵⁵ Vid., LÓPEZ MONROY, José de Jesús, *Op. Cit.*, p. 205.

A lo anterior, es de considerar que hay poderes que se niegan a los gobiernos locales. Tales prohibiciones se encuentran establecidas en el artículo I, sección 10, de la Constitución Política, que manda que:¹⁵⁶ 1) ningún estado celebrará tratado, alianza o confederación alguna; concederá patentes de corso y represalia; acuñará moneda; emitirá cartas de crédito; autorizará el pago de deudas en otro numerario que no sea oro y plata; aprobará ningún proyecto para condenar sin celebración de juicio, ley ex post facto que menoscabe la obligación de los contratos, ni concederá títulos de nobleza; 2) ningún estado podrá, sin el consentimiento del Congreso, fijar impuestos o derechos sobre las importaciones o exportaciones, salvo cuando fuere absolutamente necesario para hacer cumplir sus leyes de inspección; y el producto neto de todos los derechos e impuestos que fijare cualquier estado sobre las importaciones o exportaciones, ingresará en el Tesoro de los Estados Unidos. Todas esas leyes quedarán sujetas a la revisión e intervención del Congreso; y 3) ningún estado podrá, sin el consentimiento del Congreso, fijar derecho alguno de tonelaje, ni mantener tropas o embarcaciones de guerra en tiempos de paz, ni celebrar convenios o pactos con otro estado o con potencias extranjeras, ni entrar en guerra, a menos que fuere de hecho invadido o estuviere en peligro tan inminente que su defensa no admita demora.

Otros límites impuestos a los estados surgen de:¹⁵⁷ 1) las facultades exclusivas del Congreso de los Estados Unidos, conforme a la Sección 8 del Artículo I; 2) la “Cláusula de Supremacía”, según la cual los estados no pueden ejercer acciones que obstaculicen al Gobierno Federal;¹⁵⁸ 3) los mismos límites que tiene el Gobierno Federal con respecto al debido proceso e igualdad ante la ley, los tienen los estados;¹⁵⁹ y 4) los límites expresamente previstos en las respectivas Constituciones Estatales.

¹⁵⁶ La doctrina estadounidense también ha considerado que son poderes que se niegan a los gobiernos de los estados (lo mismo que al gobierno federal) los que surgen del “Hill of Riges”, enumerados en las diez primeras enmiendas de la Constitución estadounidense (como son quitar la vida, la libertad, la propiedad, sin el debido procedimiento de “common law”; adquirir la propiedad privada para uso público, sin la debida indemnización; y dictar leyes con efecto retroactivo.

¹⁵⁷ Vid., BERENSON, William M., *Op. Cit.*

¹⁵⁸ La voluntad de la población de un Estado no puede ir en contra de la voluntad de la población nacional en áreas de competencia conjunta (*McCulloch v. Maryland*) (1819).

¹⁵⁹ Por ejemplo, la Primera Enmienda dispone:

El Congreso no aprobará ninguna ley con respecto al establecimiento de religión alguna, o que prohíba el libre ejercicio de la misma o que coarte la libertad de palabra o de prensa; o el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente y a solicitar del Gobierno la reparación de agravios.

- **Jerarquía normativa**

Aunque los Estados Unidos de América constan de 50 estados, cuando declaró su independencia de Gran Bretaña, el 4 de julio de 1776, había 13 estados, cada uno soberano; cada uno deseoso de controlar sus propios asuntos. En 1789, cuando se adoptó una nueva Constitución, se estableció una Unión federal, en la que los estados delegaron gran parte de sus facultades soberanas al gobierno federal, pero mantuvieron muchas facultades. Por ejemplo, hoy cada uno de los 50 estados tiene poderes plenarios, entre los cuales se halla su derecho de dirigir su propio sistema educativo; otorgar licencias a los médicos y a otros profesionales; ofrecer protección policíaca a sus ciudadanos; y proporcionar servicios públicos y realizar obras públicas, como dar mantenimiento a sus carreteras.

Al respecto, en la Unión federal, el conflicto de la jerarquía entre normas en los Estados Unidos de América, es resuelto en la propia Constitución Federal, que establece la supremacía del gobierno nacional en relación con los poderes estatales, en los siguientes términos:¹⁶⁰

La presente Constitución, las leyes de los Estados Unidos de América que en virtud de ella se aprobaren y todos los tratados celebrados o que se celebraren bajo la autoridad de los Estados Unidos serán la suprema ley del país. Los jueces de cada estado estarán obligados a observarla aun cuando hubiere alguna disposición en contrario en la Constitución o en las leyes de cualquier estado.

El texto transcrito se conoce como “Cláusula de Supremacía”, según la cual en las áreas en las que los poderes del gobierno federal y los de los estados entran en conflicto, la ley federal es suprema, y los tribunales, tanto federales como estatales, están obligados a reconocer la supremacía de la ley federal.

- **Límites expresos de las facultades del gobierno federal respecto de los estados**

La Constitución Federal establece límites expresos al gobierno federal en relación con los estados. Por ejemplo, el artículo I, en su Sección 9, estatuye que no pueden establecerse contribuciones o impuestos a los productos que se exporten de cualquier estado; ni puede otorgarse a un estado el derecho de cobrar aranceles a los productos provenientes de

¹⁶⁰ Vid., el segundo párrafo del artículo VI de la Constitución de los Estados Unidos de América.

otro; y tampoco puede reconocerse a un estado como puerto oficial y exclusivo para la exportación e importación.

Parte de los límites al gobierno federal, en relación con los estados, también se derivan de las primeras diez enmiendas de la Constitución Federal en que se indica que el gobierno federal no podrá ejercer sus facultades de manera que se infrinjan los derechos civiles de las personas.¹⁶¹

Otros límites derivan de las pautas del artículo IV de la Constitución, al establecer que: a) el Congreso podrá admitir nuevos estados a la Unión; pero no se formará o establecerá ningún estado nuevo dentro de la jurisdicción de ningún otro estado; tampoco se formará ningún estado por unión de dos o más estados, o partes de estados, sin el consentimiento tanto de las Asambleas Legislativas de los estados en cuestión como del Congreso; b) el Congreso podrá emitir normas en relación con cualquier propiedad perteneciente al gobierno nacional, lo cual excluye que las emita respecto de propiedad estatal; y c) el gobierno nacional garantizará a cada estado de la Unión una forma de gobierno republicana no otra y protegerá a cada uno de ellos contra toda invasión; y cuando lo solicitare la Asamblea Legislativa o el Ejecutivo de cada Estado (si no se pudiere convocar la primera), lo protegerá contra desórdenes internos.

Todas estas ligas entre el gobierno nacional y el de los estados, sin duda, repercuten en las facultades de los estados y, por consiguiente, en las atribuciones que éstos pueden delegar en sus Constituciones estatales a sus unidades administrativas locales, cual es el caso de los condados.

¹⁶¹ El Gobierno no puede ejercer medida alguna que afecte la vida, la propiedad o la libertad de las personas sin el debido proceso y sin la aplicación igualitaria de las leyes. Es decir, no puede infringir los derechos fundamentales de la persona consagrados en las primeras diez enmiendas de la Constitución ("*Bill of Rights*") ni otros derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en la jurisprudencia de la Corte Suprema, a menos que exista un interés gubernamental apremiante y se restrinja lo menos posible el derecho fundamental respectivo. Asimismo, no puede aplicar una medida que discrimine en contra de las personas por motivos de raza, religión u origen nacional, a menos que exista un interés gubernamental apremiante y se vulnere lo menos posible el principio de igualdad. *Vid.*, BERENSON, William M., *Op. Cit.*

IV. ÁMBITO LOCAL DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA: CONDADOS

Este apartado lo destinamos, en exclusivo, a los condados, describiendo varios aspectos de los mismos.

IV.1 NOTAS GENERALES DE LOS CONDADOS

En los Estados Unidos hay varias autoridades gubernamentales. Las más significativas son: el gobierno federal o nacional, también conocido como el gobierno de los Estados Unidos de América, así como los gobiernos de los 50 estados; el gobierno del Distrito de Columbia; y el gobierno del estado libre de Puerto Rico.

También hay gobiernos locales, entre los que se incluyen los condados, así como las municipalidades, las ciudades, los pueblos, y cualquier otra unidad política inferior a la estatal.¹⁶²

De esas unidades, la división principal de los estados estadounidenses son los condados, pues solamente dos estados, de los 50 que integran esa Unión, utilizan divisiones diferentes. A su vez, los condados se subdividen y forman las ciudades, pueblos y pequeñas localidades. La excepción es Virginia en donde las ciudades no son una subdivisión de los condados, sino que son dos unidades separadas.¹⁶³

En un mapa detallado de los Estados Unidos de América, los condados se encuentran en el centro de la vida nacional de ese país.

El número de condados de los Estados Unidos de América varía considerablemente, a saber: Delaware tiene 3; Hawaii, 5; Rhode Island, 5; Connecticut, 8; Nuevo Hampshire, 10; Massachusetts, 14; Vermont, 14; Arizona, 15; Maine, 16; Nevada, 17; Nueva Jersey, 21; Wyoming, 23; Maryland, 24; Alaska, 27; Utah, 29; Nuevo México, 33; Oregón, 36; Washington, 39; Idaho, 44; Carolina del Sur, 46; Dakota del Norte, 53; Virginia Occidental, 55; Montana, 56; California, 58; Nueva York, 62; Colorado, 64; Luisiana, 64; Dakota del Sur, 66;

¹⁶² Las ciudades por regla general ocupan un área más pequeña que el condado que las contiene. Pero una ciudad puede extenderse fuera de los límites del condado. Ese es el caso de Atlanta, Georgia; Columbus, Ohio; Kansas City, Misuri; Houston, Texas; Chicago, Illinois; y Oklahoma City, Oklahoma. Y mientras la ciudad de Dallas, Texas forma parte de cinco condados, la ciudad de Nueva York contiene en su interior cinco condados.

¹⁶³ Vid., FLORES GARCÍA, A. L., "Una nueva gerencia pública local en México: el sistema de *city management* estadounidense como modelo de gobierno municipal". México, Tesis Licenciatura. Relaciones Internacionales. Departamento de Relaciones Internacionales y Ciencias Políticas, Escuela de Ciencias Sociales, Artes y Humanidades, Universidad de las Américas Puebla, mayo de 2008, p. 29.

Alabama, 67; Florida, 67; Pensilvania, 67; Wisconsin, 72; Arkansas, 75; Oklahoma, 77; Misisipi, 82; Míchigan, 83; Minnesota, 87; Ohio, 88; Indiana, 92; Nebraska, 93; Tennessee, 95; Iowa, 99; Carolina del Norte, 100; Illinois, 102; Kansas, 105; Misuri, 115; Kentucky, 120; Virginia, 134; Georgia, 159; y Texas, 254.¹⁶⁴

El condado se define como un nivel de gobierno local creado como una subdivisión del gobierno estatal.¹⁶⁵

El condado tiene su razón de ser en la tradición estadounidense caracterizada por acercar el gobierno a la gente. Con base en esta tradición, los estados delegan muchas de sus facultades a sus subdivisiones políticas: los condados, las ciudades, los pueblos, y las aldeas.

Al más bajo nivel político, los habitantes de una pequeña comunidad eligen a sus representantes para que se hagan cargo de sus departamentos de policía y de bomberos, y eligen un consejo educativo para dirigir sus escuelas. Al nivel del condado, los votantes eligen funcionarios responsables de las carreteras; los parques; las bibliotecas; el drenaje; y otros servicios. Asimismo, eligen o designan jueces para los tribunales condales.

No pasa desapercibido que cuando el gobierno nacional estadounidense se formó, los redactores de la Constitución Federal no previeron los gobiernos locales, remitiéndose sólo a los estatales.¹⁶⁶ Por eso, fueron las constituciones estatales las que conceptualizaron el gobierno del condado como un brazo del gobierno estatal.¹⁶⁷ Un ejemplo es la Constitución de California, que dedica a los condados un amplio artículo 11 (el cual se encuentra subdividido en 15 secciones).¹⁶⁸ Otro ejemplo es la Constitución de Pennsylvania, que regula los

¹⁶⁴ En siguiente página se muestra una lista con el número de condados o unidades administrativas equivalentes a condado de cada estado de los Estados Unidos de América: http://www.eured.cu/index.php/Estados_y_Condados_de_los_Estados_Unidos (consultada en noviembre de 2011).

¹⁶⁵ Los Condados son los gobiernos más flexibles y sensibles a nivel local en los Estados Unidos de América.

¹⁶⁶ En la Constitución de los Estados Unidos de América, por ejemplo, la palabra "Condado" ni siquiera es mencionada. Así, el tema de los gobiernos locales es competencia exclusiva de los estados.

¹⁶⁷ Vid., "History of County Government Part I". "National Association of Counties (NACO)". Disponible en la siguiente dirección: <http://www.naco.org/Counties/Pages/HistoryofCountyGovernmentPartI.aspx> (consultada en diciembre de 2011).

¹⁶⁸ Ahí se indica, por ejemplo, que el estado de California está dividido en condados; que los condados son subdivisiones legales del estado; que la Asamblea Legislativa determinará un procedimiento uniforme para la formación de condados; que la Asamblea Legislativa determinará un procedimiento para el cambio de límites de los condados; que la Legislatura deberá establecer los poderes del condado, así como la elección de un sheriff, un fiscal de distrito, un asesor, y un órgano de gobierno elegido en cada condado; que para su propio gobierno, un condado o ciudad puede adoptar una Carta; el contenido que deberá prever esa Carta (en la cual se indicarán todos los poderes que se proporcionan para los condados; el procedimiento para consolidar una ciudad con un condado); y el manejo de los ingresos derivados de los impuestos establecidos en el condado. Vid., el artículo 11 de la Constitución del estado de California. Disponible en la siguiente dirección: <http://www.leginfo.ca.gov/> (consultado en noviembre de 2011).

condados en varios preceptos. Por ejemplo, en el artículo II, Sección 16;¹⁶⁹ en el artículo III, Secciones 20,¹⁷⁰ 21¹⁷¹ y 32 (esta última referente a las leyes locales para regular los asuntos de los condados, y de otras unidades administrativas locales), así como del apartado correspondiente a la “Commonwealth Court”.¹⁷²

Ahora bien, en los Estados Unidos de América, en 48 de los 50 estados, existe gobierno de condados.¹⁷³

En el caso específico de Alaska y Louisiana, los condados reciben el nombre de “Boroughs organizados” y “Parishes” (parroquias), respectivamente. En Alaska también existen circunscripciones que se nombran como “Área censal”, y que funcionan como condados.¹⁷⁴

De ese modo, el término "equivalente a condado" incluye a las divisiones administrativas llamadas: “boroughs organizados” y “áreas censales” de Alaska, así como “Parishes” (parroquias) de Louisiana.¹⁷⁵

Es de mencionar que la Oficina Censal de Estados Unidos considera a las parroquias de Luisiana, a los “boroughs organizados”; y a las áreas censales de Alaska, al mismo nivel de los condados del resto de los estados.

En Alaska, en que algunos de sus “boroughs” se han unido a sus ciudades principales, se han creado “boroughs-ciudad unificados”, lo que ha

¹⁶⁹ En esa sección se dice que a menos que sea absolutamente necesario ningún condado, ciudad, pueblo incorporado, ciudad, municipio o distrito se divide en la formación sea un distrito senatorial o representante. *Vid.*, la sección 16 del artículo II de la Constitución del estado de Pennsylvania. Disponible en la siguiente dirección: http://sites.state.pa.us/PA_Constitution.html (consultado en noviembre de 2011).

¹⁷⁰ En esa Sección se dispone:

“La Asamblea Legislativa tendrá el poder para clasificar a los condados, ciudades-condados, distritos escolares y municipios, pueblos y poblados de acuerdo a la población, y todas las leyes aprobadas en relación con cada clase, y procedimientos y actuaciones judiciales, se considerará la legislación general en el sentido de esta Constitución”.

Vid., la Sección 20 del artículo III de la Constitución del estado de Pennsylvania. Disponible en la siguiente dirección: http://sites.state.pa.us/PA_Constitution.html (consultado en noviembre de 2011).

¹⁷¹ Esa Sección es referente a los registros de tierras y a los fondos necesarios para sufragar gastos y salarios de los funcionarios pagados por los diferentes condados.

¹⁷² “Commonwealth” es la forma de gobierno en donde la administración cuenta con el consentimiento común de la gente. Esa palabra, se refiere a “una nación o estado gobernado por el pueblo”. En el lenguaje común, la mayoría de la gente no hace distinción entre estado y “Commonwealth”. Para Locke y Hobbes y otros escritores del siglo XVII significaba el término de una comunidad política organizada similar a lo que se entiende en el siglo XX por Estado. *Vid.*, Columbia Encyclopedia, Sixth Edition, Columbia University Press, 2008. Disponible en la siguiente dirección: <http://www.encyclopedia.com> (consultada en diciembre de 2011).

¹⁷³ La palabra condado se utiliza en 48 de los 50 estados de la Unión americana.

¹⁷⁴ En Alaska también existe la municipalidad de Anchorage, que es una ciudad consolidada con un condado, en virtud de las leyes de ese estado.

¹⁷⁵ Es de mencionar que la mayor parte del área terrestre de Alaska no está contenida dentro de ninguno de sus 16 “boroughs”, sino que tienen un régimen jurídico de “boroughs no organizados”, que fueron formados por la “Borough Act” de 1961. La mayoría de esas áreas es gobernada por el estado de Alaska como una extensión del gobierno estatal. Los “boroughs no organizados” han sido divididos en 11 áreas censales sólo con propósitos estadísticos.

ocasionado que algunas ciudades estén entre las más grandes del mundo por superficie.

En el caso de los estados de Connecticut y Rhode Island, aunque están divididos en regiones geográficas llamadas condados, no tienen los gobiernos en funcionamiento, por eso quedan excluidos de los estados que tienen gobierno de condados.¹⁷⁶ Estos dos estados utilizan divisiones diferentes.

Dentro de la categoría de condados también se ubican los condados-ciudad (40), que son ciudades que han consolidado las funciones de gobierno con sus condados circundantes.¹⁷⁷ Se considera tanto ciudad como condado.¹⁷⁸ Esa es la situación de Filadelfia, Pensilvania; Denver, Colorado; y San Francisco, California.¹⁷⁹ También es el caso de Jacksonville/ Duval Ciudad / Condado.¹⁸⁰

Hay 42 ciudades que no pertenecen a ningún condado. Tal es el caso, por ejemplo, de Baltimore, Maryland; Carson City, Nevada; San Luis, Misuri; y 39 ciudades de Virginia, donde cualquier municipalidad incorporada como una ciudad tiene un régimen independiente de cualquier condado que pudiera contenerlas.

Un caso especial es el de Washington D. C., capital de los Estados Unidos de América, que tiene un régimen excepcional, ya que no es parte de ningún estado, constituyendo el Distrito de Columbia, que está bajo la jurisdicción del Congreso estadounidense,¹⁸¹ que le establece reglas de gobierno local.

En total, hay 3.141 condados (incluidas las unidades administrativas equivalentes a condado). Muchos de ellos, se subdividen en municipios, pueblos o ciudades.

Los condados varían considerablemente en tamaño; los hay desde un área de 26 a 87.860 millas cuadradas. Por ejemplo, la superficie media de los condados de Georgia es de 888 km², mientras que en Utah es de 6.286 km². El

¹⁷⁶ En los estados de Connecticut y Rhode Island fueron abolidos los gobiernos de los condados, pero sus antiguos límites geográficos son utilizados como distritos administrativos a nivel estatal. Massachusetts, por su parte, ha abolido en parte los gobiernos de los condados.

¹⁷⁷ Aunque las ciudades ocupan generalmente un área más pequeña que el condado que las contiene, hay algunas excepciones a esta regla.

¹⁷⁸ La flexibilidad del sistema norteamericano permite no sólo que se dividan las ciudades y los condados, sino que también se unan administrativamente. Es así como se forman ciudades-condado y áreas metropolitanas. *Vid.*, FLORES GARCÍA, A. L. *Op. Cit.*, p. 29.

¹⁷⁹ Semejantemente, algunas ciudades se han combinado con otras, formando ciudades unificadas. Esto ha dado lugar a algunas de las ciudades de Alaska.

¹⁸⁰ También hay condados costeros. Tal es el caso de aquellos en los que por lo menos 15% de su superficie total se encuentra dentro de las cuencas costeras de la nación. *Vid.*, "Coastal Counties". Disponible en la siguiente dirección: <http://www.naco.org/Counties/Pages/CoastalCounties.aspx> (consultada en diciembre de 2011).

¹⁸¹ La totalidad del Distrito de Columbia se considera ahora parte de la ciudad de Washington y todos los lugares en el distrito tienen la dirección "Washington D. C."

condado de menor tamaño es el de Kalawao, Hawái, con 34 km². El condado de San Bernardino, California, tiene una superficie de 52.072 km² (mayor incluso que 9 estados). Asimismo, el área censal Yukón–Koyukuk, cuenta con 382.912 km² (147.843 millas cuadradas).

Del mismo modo, la población de los condados varía enormemente. Por ejemplo, Los Ángeles, California, es el hogar de más de 11 millones de habitantes; en tanto que hay condados con poblaciones de poco más de 70.000 habitantes,¹⁸² cual es el caso de Loving, Texas.¹⁸³ El condado con mayor densidad de población es el de Nueva York; y el menos densamente poblado es el área censal de Yukón–Koyukuk, Alaska.

A lo anterior, es de referir que los nombres dados a la mayoría de los condados reflejan rasgos característicos de los Estados Unidos de América, a saber:¹⁸⁴

- Hay condados que tienen nombres nativos americanos, por ejemplo: *Appomattox* en Virginia; *Tishomingo* en Mississippi; *Hennepin*, en Minnesota;
- Otros son nombrados ilusoriamente, por ejemplo, “Tesoro” en Montana y “Eureka” en Nevada;
- Hay condados denominados por sus características, por ejemplo: girasol, granito, lago, pradera, alfalfa, entre otros; y
- Muchos condados tienen el nombre de personajes, héroes locales, exploradores, jefes indios, inventores, santos y políticos. Por ejemplo, más de 30 condados se denominan “Washington”; y seis llevan el nombre de George Armstrong Custer.

Finalmente, es de señalar que el gobierno del condado, por lo general, reside en una municipalidad llamada sede o asiento de condado (“County seat”).¹⁸⁵ Se trata del centro administrativo, o la sede de gobierno del condado. La mayoría de los condados tienen un solo asiento de condado. Sin embargo, algunos condados tienen dos asientos de condado, por lo general situados en lados opuestos de la provincia. Hay 33 condados con dos asientos de condado en

¹⁸² Los condados con poblaciones de poco más de 70.000 habitantes representan alrededor del 70% de todos los gobiernos de esa naturaleza de los Estados Unidos.

¹⁸³ Actualmente, la gran mayoría de la población de los Estados Unidos se concentra en un relativamente pequeño número de condados. *Vid.*, *History of County Government. National Association of Counties (NACO)*. Disponible en la siguiente dirección: <http://www.naco.org/Counties/Pages/Overview.aspx> (consultada en diciembre de 2011).

¹⁸⁴*Vid.*, “History of County Government Part I. National Association of Counties (NACO), Disponible en la siguiente dirección: <http://www.naco.org/Counties/Pages/HistoryofCountyGovernmentPartI.aspx> (consultada en diciembre de 2011).

¹⁸⁵ “County seat” es el pueblo o ciudad que es el centro administrativo de su condado. *Vid.*, *The American Heritage Dictionary of the English Language*. Disponible en la siguiente dirección: <http://education.yahoo.com/reference/dictionary/?s=county> (consultado en noviembre de 2011).

11 estados. La corte del condado y las oficinas de la administración, se encuentran normalmente en la sede del condado, pero algunas funciones del condado pueden llevarse a cabo en otras partes de la provincia, sobre todo si es geográficamente grande.¹⁸⁶

IV.2 EVOLUCIÓN DE LOS CONDADOS ¹⁸⁷

Los colonos de América del Norte trajeron consigo una fuerte memoria y apego a sus raíces inglesas, que adaptaron a las condiciones de vida de Estados Unidos.

En esa adaptación, tuvieron en cuenta que los reyes de Inglaterra habían dividido el país en distritos llamados condados (o comarcas) (nomenclatura que sobrevive en la toponimia, como Yorkshire y Hampshire).¹⁸⁸

A la cabeza del condado había un conde, nombrado por el rey, que por lo general era un gran terrateniente. En el condado inglés, los poderes legislativo y judicial correspondían a un tribunal de condado, compuesto también por terratenientes locales. Igualmente, existía la figura del Comarca Reeve (sheriff de hoy) que se desempeñaba como presidente del tribunal de condado, encargado de recaudar impuestos y administrar los dominios reales. Cuando las cuestiones relacionadas con las iglesias estaban en juego, el obispo local reemplazaba al Comarca Reeve como presidente del tribunal del condado o comarca.¹⁸⁹

¹⁸⁶ Vid., "County Seat", National Association of Counties (NACO), Disponible en la siguiente dirección: <http://www.naco.org/Counties/Pages/CountySeats.aspx>(consultada en diciembre de 2011).

¹⁸⁷ Es de referir que para la evolución de los condados nos basamos esencialmente en las siguientes fuentes: Vid., *History of County Government Part I*; *History of County Government Part II*; y *History of County Government Part III*. Estos documentos se encuentran disponibles en la página de la National Association of Counties (NACO), en idioma inglés en la siguiente dirección: <http://www.naco.org/Counties/Pages/HistoryofCountyGovernmentPartI.aspx> (consulta realizada en diciembre de 2011). De estos documentos hicimos la traducción y presentamos un resumen.

¹⁸⁸ En Inglaterra el condado (o comarca) era simplemente un mecanismo para mantener el poder real en lugares distantes del trono. La palabra condado, del francés "comté", fue utilizada por los normandos después de 1066 para substituir el término inglés nativo "scir" (en el inglés moderno "shire"), del sistema anglosajón. Como el vocablo "shires" era difícil de comprender por los invasores normandos, ellos recurrieron a llamar a los "shires" condados, utilizando la terminología francesa "comté". Hay quien considera que la locución "condado" fue derivada de un término normando para designar a un área administrada por o a cuenta del señor". En Inglaterra un "shire" era una división administrativa de un reino del sistema anglosajón. "Shire" era nombrado generalmente después de su centro administrativo: por ejemplo, Gloucester, Gloucestershire; y Worcester, Worcestershire. Vid., *History of County Government Part I*. National Association of Counties (NACO). Disponible en la siguiente dirección: <http://www.naco.org/Counties/Pages/HistoryofCountyGovernmentPartI.aspx> (consultada en diciembre de 2011).

¹⁸⁹ La conquista normanda de Inglaterra en 1066 trajo consigo cambios al sistema de condados. La autoridad del conde se vio severamente disminuida. El sheriff se constituyó en el principal funcionario del condado. Esta situación se mantuvo durante siglos, hasta que el rey Eduardo III (1327-1377) comenzó un proceso de división de autoridad entre los funcionarios locales, creando un juez de paz. Los jueces de paz asumieron muchos de los poderes ejecutivos de los sheriffs. La posterior creación de los cargos nuevos divide la autoridad ejecutiva local. *Ibid.*

Así, los colonizadores ingleses llevaron a América del Norte las formas familiares de gobierno inglés, entre ellas el condado, las cuales comenzaron a adecuarse al suelo americano. Por ejemplo:

- En Carolina del Sur, en un principio había un “jerife”, por parte de la corona. También se estableció un tribunal en Charleston.¹⁹⁰ Y ante lo difícil de obtener justicia por los medios regulares, se recurrió a mecanismos irregulares como la ley Lynch, que consistió en que grupos de montañeses organizados en grupos con el nombre de “reguladores”, procesaban sumariamente a los ladrones y los colgaban en el árbol más cercano.

A fin de poner coto a esta ley, la legislatura de Carolina del Sur, en 1768, dividió la región posterior en distritos, cada uno con su jerife y su palacio de justicia, y se establecieron jueces de circuito con jurisdicción en dichos distritos. Después, los distritos fueron abolidos, en 1868, y el estado de Carolina del Sur quedó dividido en 34 condados, cada uno con derecho de enviar un miembro al senado local del estado, y de nombrar diputados proporcionalmente a la densidad de su población. En cada uno de los condados, el pueblo elegía tres concejales de condado; un director de escuelas; un “jerife”, un juez privativo para asuntos hereditarios; un secretario; y un “coroner”.¹⁹¹

- Otro caso es el de Marilandia, estado en el cual la forma primitiva de comunidad civil se llamó “hundred” (distrito) institución inglesa que significó “hermandad”.

Los funcionarios del “hundred” en Marilandia fueron el gran condestable; el jefe de la milicia; el inspector de tabacos; el inspector de caminos; y el tasador de contribuciones. El nombramiento de este último se hacía por elección popular, y el de los demás, por el gobernador.¹⁹²

¹⁹⁰ La vara de la justicia no alcanzaba a los criminales en las montañas. Para castigar un abigeato o perseguir a un deudor era necesario muchas veces hacer un viaje de varias centenas de millas, y exponerse a todos los peligros y tardanzas que se sufrían en un país despoblado. *Vid.*, FISKE, John, “El gobierno civil en los Estados Unidos considerado con relación a sus orígenes, 1906”. Disponible en la siguiente dirección: http://constitucionweb.blogspot.com/2011/07/el-gobierno-civil-en-los-estados-unidos_24.html (consultado en diciembre de 2011).

¹⁹¹ Los condados, como sus predecesores, los distritos, estaban organizados en circuitos judiciales, y la legislatura nombraba un juez para cada uno de dichos circuitos. Los jueces de instrucción recibían su nombramiento del Gobernador por un término de dos años. *Ibid.*

¹⁹² John Fiske narra que la Inglaterra antigua presentó, durante el siglo X, pequeños distritos conocidos con el nombre de “hundreds”. Varios municipios unidos formaban un “hundred” y varios “hundreds” formaban un “shire”. El “hundred” fue principalmente notable como la superficie más pequeña para la administración de justicia. El tribunal del “hundred” era un cuerpo representativo compuesto de los dueños de tierras, o de sus mayordomos, con el presidente “reeve”, cuatro hombres buenos y el cura de cada uno de los municipios. Había un magistrado principal en el condado, el cual fue originariamente conocido con el nombre de “hundredman”; pero después de la conquista normanda se le dio el nombre de gran condestable. Por el siglo XIII, la importancia del “hundred” decayó considerablemente. Cesó de sentirse la necesidad de ese cuerpo intermediario entre el municipio y el condado, y este último absorbió gradualmente sus funciones. En los tiempos del reinado de Isabel, ya

El “hundred” tenía también su asamblea popular, la cual era análoga a los ayuntamientos de la Nueva Inglaterra. Las “asambleas de hundred” dictaban leyes locales; decretaban las contribuciones; nombraban comisiones; y, con frecuencia, revelaron vigorosa vida política. En 1824 el “hundred” se extinguió en la Marilandia y su organización fue sustituida por la del condado.¹⁹³

La forma estructural del condado adoptada a lo largo de la costa este, se adaptó a las diversas necesidades económicas y geográficas del lugar. Hacia el sur, el sistema señorial inglés fue imitado rápidamente en Virginia y Georgia, para fomentar una economía agrícola, en grandes extensiones de terreno.¹⁹⁴ Pero fue en la ciudad de James, Virginia donde, en 1634, el gobierno del condado se formó por primera vez en América. Y pronto Virginia contó ocho condados, a los que muchos más fueron añadidos a lo largo de la historia colonial.¹⁹⁵

En el norte, las condiciones eran diferentes, las aéreas de terreno eran menos amplias; el clima era más riguroso; y los pobladores vivían más cerca unos de otros. A esas condiciones se adecuaron los condados.

Los primeros condados de Massachusetts se establecieron en el año 1643. Estos condados reflejaron el enfoque de Virginia, con un ejecutivo plural y una lista similar de los funcionarios del condado.¹⁹⁶ Se ideó una asamblea representativa, tomando como modelo la antigua corte condal inglesa. La suprema autoridad judicial residía en la legislatura, la cual era llamada corte general, pero con el tiempo cesó de tener funciones judiciales.¹⁹⁷

Muchas de las funciones realizadas por los condados de la región sur fueron asumidas por los gobiernos de la ciudad en el norte. Y una gran variedad de híbridos aparecieron. William Penn, fundador de Pensilvania, que estableció los condados de Chester en el año de 1682. Ahí, los comisionados del condado fueron elegidos en general y no por distritos definidos; se tendía a concentrar el poder político a nivel del condado, y no en pueblos o ciudades.¹⁹⁸

el “hundred” había decaído en Inglaterra, casi por todas partes; y es curioso que su nombre y algunas de sus peculiaridades hayan venido a América. *Vid.*, FISKE, John, *Op. Cit.*

¹⁹³ También en algunas de las antiguas colonias de Virginia y de Delaware hubo “hundreds”. *Ibid.*

¹⁹⁴ El condado de Inglés, como la unidad apropiada del gobierno para servir a una gran superficie, fue rápidamente adoptado como la principal forma de gobierno en todo el sur de los Estados Unidos.

¹⁹⁵ En Virginia no existieron municipios, sino condados. Los burgueses ocuparon sus escaños por condados. Tales fueron en Virginia los comienzos del gobierno representativo.

¹⁹⁶ Aunque los condados eran relativamente poco importantes en Nueva Inglaterra, Pensilvania y Nueva York, delegaron una cantidad significativa de poder y responsabilidad del gobierno estatal en los gobiernos de los condados.

¹⁹⁷ *Vid.*, FISKE, John, *Op. Cit.*

¹⁹⁸ En Pensilvania, el carácter más notable del gobierno local fue la elección general de los funcionarios de condado por sufragio popular. El condado fue la unidad de representación en la Legislatura colonial, y en los días de elecciones, el pueblo del condado votaba al mismo tiempo a sus jefes, coroners, tasadores y concejales. De esa

El modelo opuesto dominó Nueva York y Nueva Jersey, donde los comisionados del condado fueron elegidos sobre la base de los barrios, y los supervisores de la ciudad eran a menudo los miembros del órgano administrativo.¹⁹⁹

Las variaciones regionales en la estructura de gobierno del condado se extendieron hacia el oeste. Por ejemplo, el Condado de Livingston estuvo compuesto de 16 municipios; y el condado vecino, Washtenaw, de 25.²⁰⁰

En ese desarrollo, los condados de Virginia se convirtieron en el sistema modelo para las colonias del sur. Mientras que el sistema de Pennsylvania, de fuertes gobiernos de los condados, fue la guía de la mayor parte del oeste de Estados Unidos; en Nueva Inglaterra mantuvo su escasez de mayor autoridad en los condados, ciudades y pueblos.

La mayoría de los funcionarios del condado era nombrada por el gobernador del estado colonial.

Más tarde, los colonos de la frontera manifestaron un fuerte deseo de elegir a sus dirigentes. La Constitución del estado de Indiana aprobó, por primera vez (1816), la elección popular de una amplia gama de funcionarios en cada condado.

El gobierno, por medio del condado representativo, prevaleció casi en toda la región occidental, cuando ésta comenzó a poblarse.

La historia de Illinois presenta un ejemplo interesante de la rivalidad y conflicto que había entre el sistema municipal de Nueva Inglaterra y el condal del Sur. Se presentaba la contraposición de dos sistemas de gobierno diferentes: El municipal nace como un gobierno directo, ejercido por una asamblea primaria (el ayuntamiento); el condal surge como un gobierno indirecto ejercido por un consejo representativo.²⁰¹

manera, Pensilvania dio el modelo que han imitado la mayor parte de los estados desde la Revolución, por lo que respecta al gobierno del condado. *Ibid.*

¹⁹⁹ Cuando se le dio a Nueva York el carácter de condado, tuvo su tribunal, un "jerife", un "coroner" y su gran condestable. Había otros funcionarios, por ejemplo: el tesorero, siete condestables inferiores, un macero del rey, un inspector de mercados, encargado de revisar las pesas y medidas y castigar las infracciones cometidas en el uso de ellas. La Constitución de Nueva York de 1821 confirió al pueblo la facultad de elegir a su jerife y secretario, dejando al Consejo común la de elegir Mayor. El nombramiento del magistrado fue el único que quedó dentro de las facultades del Gobernador. Los miembros del Consejo fueron llamados legisladores en Nueva York. En Nueva Jersey se denominaron Concejales. *Vid., History of County Government Part I. Op. Cit.*

²⁰⁰ *Vid., FISKE, John, Op. Cit.*

²⁰¹ El consejo condal compuesto de funcionarios electos por el pueblo, es una democracia representativa. El gobierno municipal, tal cual se presentó en Nueva Inglaterra y en los estados del Noroeste, que lo adoptaron, era una democracia pura. *Ibid.*

El gobierno representativo se hizo necesario en los condados a causa de la extensión territorial que éstos abarcaban, y en las ciudades a causa de lo crecido de la población. Pero cuando la población llegó a ser mucha, era físicamente imposible lograr que todos los contribuyentes de la ciudad se reuniesen para deliberar.²⁰²

Posteriormente, durante las primeras décadas del siglo XIX, los comisionados del condado, empleados, médicos forenses, alguaciles, jueces de paz y otros funcionarios, fueron cargos de elección popular, de Illinois a Mississippi.²⁰³

La influencia de ese movimiento se sintió en los estados originales y, en muchos estados, se mudó a elegir a los funcionarios del condado.

Con el tiempo, los condados siguieron funcionando junto con los gobiernos de sus estados, pero sus tareas específicas y poderes no habían sido definidos de forma explícita.

En la mitad del siglo XIX hubo una serie de fallos judiciales respecto de los poderes de los condados en la prestación de servicios públicos. El más sobresaliente se produjo en Iowa, en 1868, cuando la Corte Suprema no se adhirió a la opinión sostenida por muchos líderes locales de que los gobiernos locales poseían poderes innatos, sin importar que estuvieran precisados en la Constitución del Estado.

La Corte Suprema de Iowa, por conducto de su presidente John F. Dillon, sostuvo que los gobiernos locales estaban totalmente sujetos a la voluntad de la legislatura estatal. En el caso *Merriam v. Moody*, se dijo que gobiernos de los condados tenían sólo tres tipos de competencias:²⁰⁴

- Las que expresamente les otorga la legislatura del estado;
- Los poderes necesarios para la ejecución de las competencias expresas;
y
- Los poderes absolutamente indispensables para el desempeño de las competencias expresas.

²⁰² *Ibid.*

²⁰³ En 1818, cuando el Illinois se organizó como estado y fue admitido en la Unión, su población moraba principalmente la mitad Sur, y se componía, en su mayor parte, de exploradores oriundos de la Virginia y de Kentucky. Estos hombres llevaron consigo el antiguo sistema condal de la Virginia; pero con la gran diferencia de que los funcionarios condales no eran nombrados por el Gobernador, ni se les permitía formar un cuerpo que se perpetuase por sí mismo; sino que eran electos por el pueblo del condado. Este fue un avance en el sentido democrático. La reunión de una asamblea primaria formada de todos los habitantes del condado para el efecto de la administración local al ser imposible, éstos adoptaron forzosamente un gobierno representativo, y a este propósito el sistema condal, heredado del antiguo distrito inglés, vino a proporcionar el mecanismo necesario. *Ibid.*

²⁰⁴ *Vid., History of County Government Part I. Op. Cit.*

Para los inicios del siglo XX, en el período de 1900 a 1920, la agenda de reformas de los condados incluyó:²⁰⁵

- Un movimiento para nombrar a más funcionarios del condado, en lugar de la elección popular de ellos, lo cual era exactamente lo contrario de la tendencia de principio del XIX;
- Un esfuerzo para establecer un salario a los funcionarios del condado, y eliminar el cobro de tarifas diferentes; y
- Un mayor profesionalismo en el gobierno del condado.

Los defensores de estas reformas consideraron que una multitud de funcionarios de elección directa del condado impedía el control local y la rendición de cuentas, generando confusión y líneas vagas de la autoridad, así como un sistema en el que nadie estaba realmente al mando. También pensaban que la combinación de una Junta del condado con funcionarios elegidos y funcionarios nombrados, promovería una administración más eficaz y una más clara rendición de cuentas.²⁰⁶

Los reformistas ganaron una serie de victorias en varios estados durante los primeros años del siglo XX. Empero, la “Regla de Dillon”, según la cual los condados tienen competencias limitadas, se estableció firmemente como la ley básica del gobierno de los condados en todo el país.

En ese panorama, para responder a las cambiantes necesidades de sus ciudadanos, los gobiernos de los condados tenían que solicitar más facultades a la legislatura estatal, que podía o no concederlas.²⁰⁷

Justamente, en los primeros años del siglo XX, se analizó si las legislaturas estatales darían a sus condados amplios poderes o los podrían funcionar como unidades de gobierno locales autónomas. En 1911, California fue el primer estado en seguir esta ruta, y en 1913, el condado de Los Ángeles se convirtió en el primero en tener una carta de autonomía.²⁰⁸

Durante este período, el movimiento de autonomía tuvo mayor energía a partir de la perspectiva de las nuevas tareas de servicio público que los condados enfrentan.²⁰⁹

²⁰⁵ *Ibid.*

²⁰⁶ *Vid., History of County Government Part II. Op. Cit.*

²⁰⁷ *Ibid.*

²⁰⁸ *Ibid.*

²⁰⁹ *Vid., History of County Government Part I. Op. Cit.*

Por esa época, la revolución en el transporte, con la introducción del automóvil, contribuyó a una población más móvil y a la creación de una gran demanda de mejores carreteras. Una consecuencia de los desplazamientos llevados a cabo por ese medio de transporte, fue la creación de un nuevo estilo de vida (la gente vivía fuera de la ciudad en la que trabajaban), que requirió de una planificación con visión de futuro y grandes inversiones en carreteras. Además, los desplazamientos significaron que muchos problemas asociados con las ciudades, tales como suministro de agua y evacuación de aguas residuales, afligieran a las áreas no incorporadas al lado de las ciudades.²¹⁰

En ese horizonte, los Condados fueron los gobiernos naturales para enfrentar esos desafíos y ofrecer nuevos servicios. Muchos condados implementaron grandes cambios de procedimiento, incluyendo sistemas contables profesionales; licitación y sistemas de contratación; así como un sistema de servicio civil, en lugar del clientelismo político.²¹¹

A mediados del siglo XX, al igual que todos los demás segmentos de la sociedad estadounidense, los condados y sus servicios resistieron la Gran Depresión del siglo XX y la entrada de América en la Segunda Guerra Mundial.

Luego, con el fin de la Segunda Guerra Mundial, las bases importantes que habían sido establecidas anteriormente, hicieron posible que el gobierno del condado se ubicase en la vanguardia de la vida cívica estadounidense.

La era de la posguerra trajo una transformación excepcional para el gobierno del condado. El advenimiento de la paz y la prosperidad despertaron un deseo de la población por mejores condiciones de vida.²¹²

La mayoría de las localidades presentaban un alto crecimiento poblacional, generando, en principio, la necesidad de alojamiento. Comenzaron a surgir desarrollos verticales, en forma de edificios de apartamentos cada vez más altos, y desarrollos de casas unifamiliares. La prisa por los suburbios estaba en marcha.

Entre 1948 y 1958, el 85% de la mayoría de todas las casas nuevas construidas en zonas pobladas se encontraban fuera de las ciudades del interior.²¹³ Para 1968, todos esos cambios generaron una lista de 10 condados que mostraban el más rápido crecimiento. De ellos, los tres primeros en desarrollo fueron los suburbios de Los Ángeles; Washington, D.C.; y Nueva York. Sin embargo, la gente se trasladó en gran número a áreas en espera de que servicios

²¹⁰ *Vid., History of County Government Part I. Op. Cit.*

²¹¹ *Vid., History of County Government Part II. Op. Cit.*

²¹² *Vid., History of County Government Part II. Op. Cit.*

²¹³ *Ibid.*

como escuelas, parques, hospitales, bibliotecas, departamentos de bomberos y policía, fueran prestados por los condados.²¹⁴

Las nuevas presiones al gobierno de los condados en materias como transporte y protección del medio ambiente, dieron lugar a que muchos líderes de condados abogaran por un enfoque fuertemente regional para resolver estos problemas, acompañados de más facultades y recursos financieros para dichas unidades administrativas locales.

A pesar del incremento de demanda de servicios, persistieron (y persisten), los poderes de los condados estrictamente limitados por la aplicación de la regla de Dillon, en la que los condados, en general, se definen como los brazos del gobierno del estado, que tienen sólo las facultades que la legislatura estatal les confiere.²¹⁵

A lo anterior, es de mencionar que en la década de 1950 hubo varias iniciativas importantes, en las que los gobiernos del condado jugaron un papel clave. El Condado de Wayne, Michigan, por ejemplo (incluida la ciudad de Detroit), tomó la iniciativa de crear el Consejo suroeste de Michigan de los gobiernos de los condados. Este fue uno de los primeros esfuerzos de constituir Consejos de Gobiernos (COG) de los Estados Unidos de América. La estrategia del COG ganó adeptos muy rápidamente, llevando a la creación del Servicio Nacional de Consejos Regionales (NSRC).²¹⁶

En áreas como el transporte y la vivienda, los líderes del condado presionaron al Congreso para reconocer estos Consejos regionales para recibir subvenciones y otras ayudas financieras federales.²¹⁷

A finales de la década de 1950, el presidente Dwight Eisenhower planteó que los diferentes gobiernos necesitaban trabajar juntos para resolver problemas comunes. Al respecto, se creó la Comisión Asesora de Relaciones Intergubernamentales (ACIR). Sin embargo, la ACIR, incluía a representantes de gobiernos municipales y estatales, pero a nadie que pudiera hablar en nombre de los intereses del gobierno de los condados.²¹⁸

En la década de los 60s, los desafíos que enfrentaban los condados urbanos o en proceso de urbanización exigieron nuevos enfoques para el

²¹⁴ Por ejemplo, el gasto del gobierno del condado en las bibliotecas, que se situó en sólo \$4 millones de dólares en todo el país en 1932, había alcanzado los \$ 31 millones para 1957. Los gastos del condado en los parques, \$7.6 millones de dólares en 1928, había crecido en 1957 a \$67 millones de dólares, un aumento de casi 900%.

²¹⁵ *Vid., History of County Government Part III. Op. Cit.*

²¹⁶ *Ibid.*

²¹⁷ *Ibid.*

²¹⁸ *Ibid.*

gobierno, incluida la modernización de formas antiguas e ineficaces de la administración pública.²¹⁹

Muchos de los nuevos problemas, desde el transporte hasta la protección del medio ambiente, trascendieron las fronteras de los gobiernos locales. Estos nuevos enfoques, en general, hicieron hincapié en la cooperación entre jurisdicciones de nivel local, estatal y nacional.

En 1959, se creó la Asociación Nacional de Condados (NACO), la cual realizó un intento innovador para ayudar a actualizar la imagen del gobierno del condado ante los ojos del público y de los funcionarios de otros niveles. Para ello, llevó a cabo una Conferencia que reunió a más de 900 líderes urbanos.²²⁰

En esa Conferencia, el entonces vicepresidente Richard Nixon habló de las responsabilidades de los condados por el bienestar de sus conciudadanos, en la solución de los problemas urbanos.²²¹

Asimismo, el entonces senador de Massachusetts John F. Kennedy, por su parte, advirtió que los gobiernos municipales no siempre podían asumir la responsabilidad por la solución de los apremiantes problemas urbanos, correspondiendo ese deber al nivel de condado.²²²

Se planteó que las ciudades, pueblos y otras divisiones de nivel de "subcondado", recibieran la responsabilidad de las funciones gubernamentales clave de los condados en los que se encontraban. Los Condados, simplemente, se verían como el nivel más adecuado y eficiente de gobierno para atender las necesidades públicas en un área geográfica determinada.

En esa perspectiva, durante la década de 1960, el 27% de los condados había tomado la responsabilidad de las cárceles y correccionales; el 37% había asumido la función de gestión de bibliotecas; el 45% se había convertido en responsable de la planificación previamente hecha en un nivel más local; y más del 20% se hizo responsable de caminos, carreteras, alcantarillado, recolección de basuras y del bienestar público. En cada caso, un porcentaje considerablemente más pequeño de los condados transmitió estas responsabilidades a los gobiernos de subcondados.²²³

²¹⁹ *Ibid.*

²²⁰ *Ibid.*

²²¹ *Vid., History of County Government Part II. Op. Cit.*

²²² *Ibid.*

²²³ En esa época, en una encuesta federal, el 40% de todos los condados respondieron e informaron que habían asumido la responsabilidad de protección de la policía, que sería proporcionada por el gobierno de subcondado. *Ibid.*

Para el cumplimiento de las nuevas funciones, pareció que los condados necesitaban más autoridad y más poder político. También se habló de la necesidad de más respeto y la cooperación de otros niveles y entidades de gobierno.

La estratagema, entonces, era doble: en primer lugar, ampliar la capacidad de gobierno del condado para hacer frente a los retos locales; en segundo lugar, asegurar a los condados un "asiento en la mesa" cuando las autoridades municipales, estatales y federales se reunieran.²²⁴

En ese horizonte, a lo largo de las próximas décadas, el Congreso y los departamentos ejecutivos federales comenzaron a fomentar la tendencia de delegar más y más responsabilidad a los organismos regionales y ofrecer el acceso a una mayor financiación local por parte del gobierno federal.²²⁵

A mediados de 1970, más de 600 consejos de los gobiernos y las comisiones regionales de planificación estaban en acción en todo el país. La tendencia general de los gobiernos de los condados era mantener no sólo su independencia, sino su creciente importancia como la unidad de gobierno más cercano a la gente en una localidad determinada.²²⁶

Otra estrategia adoptada en algunas regiones fue la consolidación de los gobiernos municipales con los de los condados adyacentes o circundantes. Entre 1962 y 1972, en 11 se llevó a cabo este tipo de fusiones, más de lo que ocurrió en los 150 años anteriores. Actualmente, hay 34 gobiernos de los condados de la ciudad consolidada. La más reciente de una gran área metropolitana es la fusión de Louisville de la Ciudad y del Condado de Jefferson, Kentucky.²²⁷ Durante 1960 y 1970 muchos estados mantuvieron una "unidad de condado" en el que cada condado tenía derecho a la representación en la legislatura, independientemente de su población. Ello mientras que en otros estados, se concentraba más poder político estatal en las zonas rurales, a expensas de los centros urbanos.²²⁸

²²⁴ *Ibid.*

²²⁵ *Vid., History of County Government Part III. Op. Cit.*

²²⁶ *Ibid.*

²²⁷ Los defensores de la consolidación han argumentado que los servicios han mejorado, y que la ayuda federal y estatal se ha incrementado, y que las principales economías han logrado mejorar a través de compras centralizadas y servicios financieros. Sin embargo, sigue habiendo dificultades, y muchas consolidaciones propuestas han sido rechazadas por los votantes que, a menudo, se preocupan por la equidad y la capacidad de respuesta del nuevo gobierno. *Ibid.*

²²⁸ En la década de 1950, por ejemplo, el Condado de Los Ángeles tenía más de 38% de la población de California, pero eligió sólo uno de cada cuarenta senadores estatales. Dade County, Florida, con un 20% de la población de ese estado, eligió sólo tres de cada 95 miembros de la Cámara de Diputados, y de un total de 38 senadores estatales. En el Condado de Cook, Illinois, había más de la mitad de la gente de Illinois dentro de sus fronteras y produjo más de la mitad de los ingresos fiscales del Estado; sin embargo, eligió sólo 24 de los 58 senadores estatales. *Vid., History of County Government Part II. Op. Cit..*

En el histórico caso Baker v. Carr (1962), la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, actuando en el pleito interpuesto por los ciudadanos de Tennessee, dictaminó que los votantes urbanos tenían derecho a impugnar la mala distribución de los distritos electorales, y que los tribunales federales podían atender estos pleitos.

Además, una serie de decisiones culminaron en 1964 con el caso Reynolds v. Sims, en el cual el tribunal sostuvo que un solo hombre tenía un sólo voto que aplicaba a ambas cámaras de la legislatura estatal.²²⁹

A pesar de algunos problemas legales, la mayoría de los estados procedió rápidamente para volver a trazar sus líneas de los distritos legislativos. Las zonas rurales habían perdido influencia, mientras que las zonas urbanas la habían ganado.²³⁰

Ahora bien, la acción del gobierno del condado para preservar su propio lugar en la jerarquía de la administración pública, tuvo un gran impulso después de la elección de Richard M. Nixon como presidente en 1968, el cual, como parte de sus compromisos de campaña, ofreció canalizar una parte importante de los ingresos fiscales federales a los estados y localidades.

Al respecto, en 1972, el Congreso aprobó la ley estatal y local de asistencia fiscal a la que el presidente Nixon calificó como el inicio de "una nueva revolución americana".²³¹

Esa Ley fue un gran impulso para los condados, muchos de los cuales recibieron financiación federal para hacer frente a sus crecientes responsabilidades.

Para 1975, los fondos de participación en los ingresos recibidos por los condados representaron alrededor del 5% de las otras fuentes de ingresos. En algunos condados, especialmente en el sur, las participaciones en los ingresos federales equivalieron a más de la mitad de la cantidad de impuestos recaudados por el condado.²³²

Pero después la coparticipación federal se redujo. Durante las siguientes décadas, un número creciente de estados adoptaron sistemas para compartir los ingresos de impuestos estatales con las jurisdicciones locales. Un ejemplo es

²²⁹ El famoso Presidente del Tribunal Supremo Earl Warren, escribió: "los legisladores representan a la gente, no a los árboles o acres. Los legisladores son elegidos por los votantes, no por las granjas o las ciudades o los intereses económicos". *Ibid.*

²³⁰ Aunque en el corto plazo, ese cambio favoreció a las ciudades, a la larga, también tuvo el efecto de aumentar el poder de los condados y la influencia política en la capital del estado. *Ibid.*

²³¹ *Vid., History of County Government Part III. Op. Cit.*

²³² *Ibid.*

Virginia que destinó más de una tercera parte de todos los fondos del estado directamente en subsidios globales (“block grants”) para los gobiernos de los condados o por medio de programas especiales administrados por los departamentos del gobierno estatal. Del impuesto a la venta minorista de 4.5%, 1% se devolvió directamente al condado donde se hizo la venta (esto dejó 3.5% para el estado). Asimismo, del impuesto a la venta, del 3.5% restante, se repartieron dos séptimas partes a los condados para educación, de acuerdo con el número de niños en edad estudiantil; igualmente, se repartieron dos séptimos más a la Junta de Transporte del Estado y lo que restó quedó en un Fondo General. También el estado de Virginia repartió fondos a los condados para la construcción de carreteras; para pagar los sueldos de algunos oficiales elegidos; así como a los tesoreros, los comisionados de tributos del condado, los sheriffs, los fiscales, y los secretarios de los tribunales. Además, el estado financió los departamentos de los condados que se encargaban de servicios sociales; los departamentos locales de salud pública; los programas correccionales para delincuentes juveniles; y programas para los minusválidos y drogadictos. ²³³

El concepto de permitir que una parte de los recursos a nivel estatal sean ingresados a los gobiernos locales, para a su propia discreción, se mantiene en la actualidad en varios estados. ²³⁴

A lo anterior, es de mencionar que las Constituciones o los estatutos estatales establecen las fuentes de ingresos que los condados pueden utilizar. Sin embargo, apenas la mitad de los estados permite que los condados puedan imponer un impuesto sobre las ventas. En Indiana y Maryland, ese impuesto (impuesto sobre la renta) es una fuente importante de ingresos del condado. ²³⁵

A lo anterior, es de mencionar que, según un Censo de 2007 -llevado a cabo por la Oficina del Censo de los Estados Unidos de América-, los gobiernos de los condados reciben tan sólo el 3% de sus ingresos totales del gobierno federal. ²³⁶ Asimismo, en conjunto, de sus ingresos totales, los condados reciben un 33% de sus estados. El 67% de los ingresos presupuestarios de los condados, se genera a partir de sus propias fuentes. Los impuestos a la propiedad representan la mayor fuente de ingresos, representando el 40% de fondos autogenerados. A su vez, los impuestos sobre las ventas representan casi el 13% de los ingresos autogenerados. ²³⁷

²³³ La mayor parte de los subsidios globales para los condados son para aportar la educación local. *Vid.*, BERENSON, William M., *Op. Cit.*

²³⁴ *Vid.*, *History of County Government Part III. Op. Cit.*

²³⁵ *History of County Government. Op. Cit.*

²³⁶ Los recursos federales enviados a los estados, se destinan a rubros como capacitación para obtener trabajo; vivienda; servicios sociales; para prevenir y combatir el abuso de drogas; y para el encarcelamiento de presos federales. *Ibid.*

²³⁷ La NACO, en el 2001, en un Estudio de las Prácticas de Administración, al analizar los patrones de ingresos de los condados, puso de manifiesto que los siguientes estados no permiten que los gobiernos de los condados

Al parecer, el impuesto a la propiedad (predial), desde hace 25 años, es el mayor generador de la renta básica para los gobiernos de los condados. Pero datos recientes muestran una variación notable, pues mientras que en el condado de Fairfax, VA, el 41% de sus ingresos proviene del impuesto sobre la propiedad, en Orange y San Bernardino, sólo el 9% de sus ingresos proviene de este gravamen. A eso es de considerar que en varios condados hay algunas propiedades exentas del impuesto predial. Ese es el caso de los edificios gubernamentales; iglesias; hospitales; y otras que pertenecen a organizaciones sin fines de lucro y dedicadas a fines religiosos, de caridad, culturales o educativos.

Un dato interesante es que en 25 condados casi el 22% de sus ingresos proviene del impuesto sobre la propiedad.²³⁸ Y también en 25 condados las ayudas estatales son mayores en porcentaje que los ingresos del impuesto sobre la propiedad. Un ejemplo es el condado de Riverside, California, que ha recibido hasta el 60% de sus ingresos de ayudas estatales.²³⁹

Por lo que hace a gastos, según la Oficina del Censo de los Estados Unidos de América, los condados erogaron casi la mitad de sus recursos en servicios sociales y educación. Gastaron \$33 mil millones de dólares en programas de bienestar público. Estos servicios incluyeron pagos de asistencia en efectivo (\$7468 millones de dólares); pagos a proveedores (\$1,893,000,000 de dólares); servicios médicos (\$1,268,000,000 de dólares); y otros gastos diversos. Asimismo, destinaron \$38,19 mil millones de dólares en servicios educativos. Por lo tanto, asignaron aproximadamente el 45% de su presupuesto a bienestar social y educación.²⁴⁰

El mayor monto de gastos de los condados se destinó a educación primaria hasta fin de secundaria (35%, aproximadamente).

Por lo que hace al promedio de la deuda pendiente por habitante, un dato indica que asciende a \$ 334 dólares, aproximadamente, lo que representa casi un 1,5% del ingreso per cápita de los residentes de las provincias encuestadas en un estudio de la NACO. La deuda pendiente de pago per cápita es mucho mayor para los residentes de los condados más urbanizados (\$500 dólares) que para los condados menos urbanizados (\$172 dólares).²⁴¹

apliquen el impuesto local sobre las ventas: Hawaii, Indiana, Kentucky, Maine, Maryland, Massachusetts, Michigan, New Jersey, Rhode Island y Virginia Occidental. De acuerdo con ese estudio, más de la mitad de los condados que respondieron a la encuesta reportaron que el impuesto sobre las ventas es de los ingresos del gobierno estatal. *History of County Government. Op. Cit.*

²³⁸ *Ibid.*

²³⁹ En promedio, casi 35% de los ingresos totales del condado los recibe de ayuda directa del estado al que pertenece. *Ibid.*

²⁴⁰ *Ibid.*

²⁴¹ *Ibid.*

IV. 3 FORMAS DE GOBIERNO DE LOS CONDADOS²⁴²

Los gobiernos locales de Norteamérica poseen en la actualidad una rica variedad en las formas de gobierno local.²⁴³

De esas formas de gobierno, algunos condados son gobernados por un órgano electo plural (integrado normalmente de cinco a siete miembros), denominado: Comisión de condado; Consejo de condado; Junta de condado; Consejo de supervisores o Legislatura de condado. Asimismo, en varios casos, hay un alcalde (Mayor) de condado o un presidente (“executive”) de condado.²⁴⁴ También hay casos en que la forma de gobierno es mixta, combinando al órgano plural con un administrador o gerente, o con un ejecutivo de elección popular.²⁴⁵

Aunque la mayoría de los condados funcionan bajo la forma de la Comisión, más del 40% se han desplazado ya sea al sistema del ejecutivo electo o al de administrador del condado.

²⁴² Vid., *History of County Government Part II. Op. Cit.*

²⁴³ En específico, los condados suelen adoptar diferentes formas de gobierno. Las “Internacional City/County Management Association” (ICMA), manejan cuatro y cinco formas de gobierno local. Vid., VILLASANA DÁVILA, Jaime, “*Formas de gobierno local en Norteamérica; variedad a diferente escala*”, VII Congreso Vasco de Sociología y Ciencia Política. Área de trabajo: Administración y Políticas Públicas. 15-16 de Febrero de 2007. Bilbao, País Vasco, España, p. 2.

²⁴⁴ Por ejemplo, los “Council Members” o “Councillors” pueden ser electos por Distrito y/o representación proporcional. Se permite la reelección (limitada o ilimitada, según lo dicte la ley) y la duración de sus cargos generalmente va desde un año hasta cuatro. Sus funciones son legislar y crear ordenamientos y normas operativas/administrativas para el gobierno. En ese sistema, el puesto de alcalde (“Mayor”) es sobre todo ceremonial en algunos estados, mientras que en otros tiene más poder que los comisarios o supervisores. El alcalde puede ser electo de forma directa (el ciudadano vota) o indirecta (los “Council Members” o “Councillors” eligen al Alcalde). Su función suele ser ejecutiva.

²⁴⁵ Para cumplir con su misión, los gobiernos de los condados emplean a personal profesional, técnico y administrativo. De acuerdo con cifras de la Oficina del Censo de los Estados Unidos, los gobiernos locales en todo el país emplean en promedio casi 400 personas por cada 10.000 habitantes. Vid., *History of County Government. Op. Cit.*

IV. 3.1 COMISIÓN (CONSEJO, JUNTA O LEGISLATURA)

La Comisión (Consejo, Junta o legislatura) es la forma más antigua del gobierno del condado, y la de mayor prevalencia en las zonas rurales.²⁴⁶

En esta forma de gobierno, los habitantes eligen a un Consejo, Junta o legislatura, cuyos miembros son conocidos con diferentes nombres; por ejemplo: comisionados, supervisores, concejales, etc.²⁴⁷

En la Comisión, se eligen comisionados que sirven como responsables de áreas o departamentos específicos y, reunidos, se convierten en un cuerpo legislativo de gobierno; por ejemplo: Comisionado de Seguridad; Comisionado de Salud; Comisionado de Obras; y Comisionado de Finanzas.²⁴⁸

La característica distintiva de este tipo de estructura es el hecho de que la autoridad legislativa (el poder de promulgar las ordenanzas y aprobar los presupuestos) y el poder ejecutivo (el encargado de administrar las políticas y nombrar a los empleados del condado, así como supervisar en general las operaciones ejecutivas del gobierno del condado) son ejercidas conjuntamente por los integrantes de la Comisión.²⁴⁹

En algunos estados, los funcionarios importantes son elegidos por separado de la Comisión, lo que implica que no pueden ser despedidos por este órgano.²⁵⁰

Entre sus facultades, la Comisión regla los impuestos que se recaudan de la población; impone cuotas o tarifas a los servicios públicos; y destina una partida anual a cada departamento de gobierno. Otra de sus atribuciones comunes es la creación de comisiones permanentes encargadas de asuntos específicos relativos a la relación entre el gobierno y la comunidad.²⁵¹

²⁴⁶ La "National League of Cities" cita en su página Web que la forma de gobierno de "Comisión" es la más antigua en los Estados Unidos de América. Algunos sitúan el origen de esta forma de Gobierno en Galveston, Texas, en 1901. Vid., VILLASANA DÁVILA, Jaime, *Op. Cit.*, p. 8.

²⁴⁷ Un ejemplo de "Comisión" es el órgano administrativo en la mayoría de los condados de Nueva Jersey. Los integrantes se denominan "freeholders"; o sea, representantes elegidos.

²⁴⁸ Vid., CHÁVEZ, Octavio y VILLASANA Dávila, Jaime, "Marco general del gobierno local en Norteamérica". Disponible en la siguiente dirección de Internet: <http://www.icmala.org/imagenes/stories/Formas%20de%20Gobierno%20Norteamerica.pdf> (consultado en diciembre de 2011).

²⁴⁹ Los miembros de la "Comisión" ejercen los poderes tanto legislativos como ejecutivos, compartiendo algunas responsabilidades específicas por separado, como la del alguacil, secretario, y médico forense. Por lo general, uno de los Comisionados es seleccionado como "Jefe o Alcalde" y es quien preside las reuniones.

²⁵⁰ Tal situación suele crear tensiones si los referidos funcionarios discrepan en criterio con los miembros de la Comisión acerca de cómo desempeñar las funciones que les competen.

²⁵¹ Vid., FLORES GARCÍA, A. L. *Op. Cit.*, p. 37.

Esta forma de gobierno, considerada la más democrática, proporciona la elección independiente de los jefes de departamentos clave, así como de los miembros de la Junta.²⁵²

Algunos críticos de esta forma de gobierno juzgan que tiene el inconveniente de carecer de un poder ejecutivo fuerte. También dicen que el poder es difuso, lo que significa responsabilidades vagas, y que hay una ausencia de gestión profesional de los asuntos del condado, pues las decisiones clave son propensas a la motivación política.

Los detalles del reparto de poder entre los miembros de la Comisión, y los otros funcionarios, varía ampliamente de un condado a otro.

IV.3.2 COMISIÓN (CONSEJO, JUNTA O LEGISLATURA) MÁS UN ADMINISTRADOR O GERENTE

Algunos condados, para llenar el vacío de gestión, han optado por un funcionario que se proponga como responsable de la administración de los programas y las operaciones.

En esos condados, las operaciones cotidianas de gobierno son supervisadas por un gerente o jefe administrativo, cuyos nombres más conocidos son “City Manager” o “General Manager”. Ese funcionario, informa a la Comisión y al alcalde (si lo hay).²⁵³

Los ciudadanos de las comunidades usualmente votan en un referéndum si es que desean ser gobernados por esta forma de gobierno.

En esta estructura, el Consejo o Junta de comisionados designan a un profesional como Administrador o Gerente del condado, que les sirve a su satisfacción.

Esa persona tiene la responsabilidad de preparar el presupuesto; dirigir las operaciones diarias; supervisar las actividades administrativas; ejecutar planes y servir como el principal asesor para el Consejo o Junta de comisionados.

²⁵² Se dice que la “Comisión” es la forma de gobierno menos susceptible a la corrupción, porque el sistema ofrece más control y equilibrio. Hay quien opina lo contrario.

²⁵³ El antecedente de la figura de “General Manager” data de 1908, en la ciudad de Staunton, Virginia, cuando se crea el Gerente General. Poco después, en 1912, se adopta por primera vez en la ciudad de Sumter, Carolina del Sur, mediante aprobación en referéndum de la nueva Carta de la Ciudad (“Charter”), la figura del “City Manager” (Gerente de la Ciudad).

El “City Manager” o “General Manager” puede ser investido de una amplia gama de poderes, incluyendo la autoridad para seleccionar y despedir al personal, según las reglas definidas.²⁵⁴

Tal figura del Administrador o Gerente tiene como uno de sus principales objetivos el procurar altos índices de eficiencia y eficacia en la operatividad gubernamental local, trabajando lo más alejado posible de las influencias de la política partidista.²⁵⁵

Dicha figura del Administrador o Gerente, aporta al gobierno local los beneficios de su capacitación y experiencia para administrar proyectos y programas de gobiernos locales en nombre del grupo gobernante. Sus emolumentos dependen de sus antecedentes educativos y su experiencia, así como del tamaño y la complejidad del gobierno local que los emplea. Su salario es establecido por la Comisión (Consejo, Junta o Legislatura).²⁵⁶

Para ser nombrado Administrador, por lo general, la residencia local no es un requisito.

Un ejemplo de este tipo de gobierno es el del Condado de Arlington, Virginia, donde se elige un Consejo de cinco miembros. Cada consejero sirve por un término de cuatro años y puede ser reelecto. También hay otros oficiales elegidos, que incluyen el sheriff; el fiscal; el tesorero; el secretario de los tribunales estatales en el Condado; y el Comisionado de Tributación Local. Otros oficiales son nombrados por el Consejo. Entre éstos se incluye al Gerente Ejecutivo del Condado.²⁵⁷

Otro ejemplo es el de la ciudad de Sunrise, Florida, la cual opera bajo la forma de gobierno Comisión-Gerente. Los Comisionados son electos por un término de cuatro años. En marzo de cada año, se elige a uno de los Comisionados como “Deputy Mayor” (Vice-Alcalde) y todos ellos nombran un Gerente para operar el gobierno.²⁵⁸

Históricamente, la figura del Gerente o Administrador surge como respuesta a las crisis sociales y políticas vividas en algunas de las comunidades

²⁵⁴ Vid., *History of County Government*. Op. Cit.

²⁵⁵ Vid., El Administrador Municipal (“City Manager”). Disponible en la siguiente dirección: <http://www.icmala.org/index.php?option=content&task=blogcategory&id=9&Itemid=31> (consultado en diciembre de 2011).

²⁵⁶ Vid., El Plan Concejo-Gerente, International City/County Association (US, ICMA), 2011. Disponible en la siguiente dirección: <http://demos.estrasol.com.mx/icma/media/planconcejogerente.pdf> (consultado en diciembre de 2011).

²⁵⁷ Los residentes del Condado también eligen una Junta de Escuelas (“School Board”). Ésta nombra al Superintendente de Escuelas. Por su parte, el Gobernador nombra a los jueces de los tribunales. Vid., BERENSON, William M., Op. Cit.

²⁵⁸ Vid., VILLASANA DÁVILA, Jaime, Op. Cit., p. 8.

de los Estados Unidos de América a finales del siglo XIX. Desde entonces, se ha ido moldeando la creación de una figura cuyo objetivo es dedicarse completamente a la procuración de altos índices de eficiencia en la operatividad gubernamental y lo más alejado posible de las influencias políticas.²⁵⁹

IV.3.3 COMISIÓN (CONSEJO O JUNTA) MÁS UN EJECUTIVO

Algunos condados han optado por un sistema en el que hay un Ejecutivo electo del condado, adicional a la Comisión o Consejo

Tal Ejecutivo del condado, es el más alto funcionario administrativo de la jurisdicción. Por lo general, él o ella tienen la autoridad de vetar las ordenanzas aprobadas por la Comisión (Junta o el Consejo) del Condado (sujeto a su posible anulación).²⁶⁰

Han contribuido a la tendencia de un Ejecutivo elegido, entre otros, los estados de Arkansas, Kentucky y Tennessee. A tal funcionario suele denominarsele: “County Judge”; “County Executive”; “County Judge/Executive”; “County Executive Officer”; “Mayor”; “Mayor/CEO”; “County Mayor”; “Borough Mayor”; “Chief Executive”; “Chief Executive Officer”;²⁶¹ o “Executive Director”.²⁶²

De esta forma de gobierno se dice que refuerza el principio de separación de poderes.

IV.4 COMPETENCIAS DE LOS CONDADOS

La distribución de poderes entre el gobierno del estado, los gobiernos del condado, y los gobiernos de otras unidades administrativas, se define en la Constitución de cada estado. Así, el poder del gobierno del condado varía mucho de un estado a otro, como la relación entre condados.²⁶³

Como las atribuciones de los gobiernos de los condados derivan de la legislatura del Estado, ésta les otorga una Carta especial o les permite

²⁵⁹ *Ibíd.*, p. 6.

²⁶⁰ *Vid.*, *History of County Government. Op. Cit.*

²⁶¹ El antecedente del “Chief Executive Officer” (Jefe Ejecutivo) se localiza en 1904, cuando el Concejo de Ukiah, California crea esa figura.

²⁶² *Vid.*, “Counties with Elected Executive”, “National Association of Counties (NACO)”. Disponible en la siguiente dirección: <http://www.naco.org/Counties/Pages/ElectedExecutive.aspx> (consultado en diciembre de 2011).

²⁶³ El poder de los gobiernos de los condados difiere de un estado a otro, al igual que la relación entre condados, así como entre condados y sus gobiernos municipales. *Vid.*, OSBORNE M. Reynolds, Jr., *Manual de la ley del gobierno local*, St. Paul, Grupo del oeste, 2001 (segunda edición), p. 26.

organizarse conforme a las prescripciones de una ley general. Y aunque están organizados, en su mayor parte conforme a un mismo plan general, hay variaciones en sus detalles. A las autoridades locales generalmente la constitución estatal o la legislatura estatal les delega la facultad de emitir pautas significativas; por ejemplo, en materia de impuestos; control ambiental; educación; vivienda; seguro social; y servicios municipales, entre otras.²⁶⁴

Las comunidades locales (sobre todo los condados), comparten la autoridad tributaria o fiscal con el gobierno federal y de los estados. Debido a que las comunidades locales son divisiones del estado, la autoridad impositiva está consagrada en la Constitución estatal.²⁶⁵ En el caso de los condados, así como de otras comunidades locales, los límites sobre su autoridad impositiva son los mismos que se aplican al Estado.²⁶⁶ Al efecto, algunos condados tienen un Comisionado de Tributación.

Es de advertir que tradicionalmente los condados realizan los deberes exigidos por el estado al que pertenecen, que incluye la tasación de la propiedad, para los efectos del impuesto predial; el mantenimiento de registros, como el de la propiedad; el mantenimiento de caminos rurales; las funciones judiciales; y la ayuda a los pobres.

Pero algunos condados se están dirigiendo hacia otras competencias; por ejemplo, a la realización de programas relativos a la protección de la infancia; a la protección del consumidor; al desarrollo económico; al empleo; a la planificación y zonificación; y a la calidad del agua.²⁶⁷

Por lo tanto, las responsabilidades de prestación de servicios entre los diferentes condados varían ampliamente.

Para la mayoría, uno de sus principales deberes es la construcción y mantenimiento de los caminos vecinales. No obstante, por ejemplo, los condados de Carolina del Norte no tienen esa responsabilidad. También existen grandes variaciones en las responsabilidades del servicio social y de los tipos de servicios públicos ofrecidos por los gobiernos del condado, por ejemplo, en el suministro de agua.

²⁶⁴ Los estados operan bajo una Carta, que es el “*law fundamental*” y se vinculan con ordenanzas que no son publicadas en forma sistemática. La búsqueda es complicada y los abogados frecuentemente requieren apoyo en el condado; de su escribiente; o del encargado de la biblioteca local. *Vid.*, LÓPEZ MONROY, José de Jesús, *Op. Cit.*, p. 169.

²⁶⁵ Por ejemplo, la Constitución de Virginia otorga a las municipalidades autoridad exclusiva de gravar bienes inmuebles, bienes muebles tangibles, el carbón y otras tierras con minerales. *Vid.*, BERENSON, William M., *Op. Cit.*

²⁶⁶ Asimismo, la Asamblea general establece límites adicionales a las facultades impositivas de los condados y de otras divisiones gubernamentales locales.

²⁶⁷ *Vid.*, *History of County Government. Op. Cit.*

Esa disparidad de responsabilidades en la prestación de servicios, tiene correlación con el porcentaje del total de gastos de sus condados en los servicios que prestan, y ha generado una clasificación que distingue entre condados con competencias mínimas; condados con competencias medias; y condados con competencias amplias, a saber:

- **Condados con competencias mínimas**

En algunos estados, como Connecticut y Rhode Island, los condados son sólo designaciones geográficas y no tienen ningún poder gubernamental. En esos estados, el gobierno se desarrolla a nivel estatal, municipal o de las ciudades o pueblos.²⁶⁸ Si acaso, algunos condados funcionan como distritos judiciales de los tribunales o como departamentos del sheriff.

En el caso de Connecticut, cuando en 1960 eliminó los gobiernos de condado, instauró consejos regionales, pero con mando limitado.²⁶⁹

Las atribuciones de esos consejos se reducen a aspectos como: infraestructura y planificación del uso de la tierra; distribución de fondos estatales y federales en proyectos de infraestructura; planes de emergencia; y aplicación limitada de las funciones legislativas.

En esos estados, la autoridad en materia fiscal y de otorgar permisos compete, por lo general, a las ciudades.

- **Condados con competencias medias**

Hay condados que suministran servicios públicos como bibliotecas; salud (incluidos hospitales); juzgados; parques; carreteras; cárceles; registro civil, notaría o escribanía;²⁷⁰ así como registros de la propiedad de bienes inmuebles. También se incluyen funciones de médico forense; tesorero; perito; auditor y al fiscal del distrito.

En esos condados, habitualmente el sheriff es el jefe de las fuerzas encargadas de la aplicación de la ley en el condado.

²⁶⁸ La mayor parte de poder del gobierno por debajo del nivel estatal, quedó en manos de ciudades y pueblos.

²⁶⁹ Los consejos regionales de Connecticut no se conforman con los antiguos límites del condado, sino que se forman por ciudades que comparten la misma región geográfica y tienen datos demográficos similares.

²⁷⁰ El encargado del registro civil, notario o escribano, convoca a elecciones (a veces en coordinación con una oficina de elecciones o una comisión), y prepara o procesa certificados de nacimientos, defunciones, matrimonios y divorcio. También se ocupa de las estadísticas de nacimientos y defunciones.

Los condados con competencias medias, habitualmente, proveen transporte público propio, en forma de sistema de autobuses. Sin embargo, en la mayor parte, el transporte público es proporcionado por un distrito especial limítrofe con el condado o una autoridad de tránsito regional multicondado o una agencia estatal.

- **Condados con competencias amplias**

Los condados más poblados proporcionan muchos servicios, como aeropuertos; centros de convenciones o exposiciones; museos; playas; puertos; zoológicos; hospitales; bibliotecas; alojamientos públicos; juzgados, fuerzas del orden; atención familiar e infantil; servicios a la tercera edad; servicios de salud mental; servicios de bienestar; servicios de ayuda a veteranos de guerra; control de animales; supervisión de libertad condicional; preservación histórica; regulación de la seguridad alimentaria; servicios de control ambiental; y cuerpo de bomberos del condado (distintos de los cuerpos de bomberos administrados por ciudades individuales, distritos especiales o el gobierno estatal).

Tales condados, igualmente, cuentan con funcionarios públicos que se desempeñan como defensores públicos o de oficio; comisarios de artes; comisarios de derechos humanos; y comisarios de planificación.

Maryland, en particular, confiere a sus condados amplios poderes, incluso de las responsabilidades educativas -que en la mayor parte de los estados están a cargo de distritos escolares específicos de cada ciudad, o áreas de distrito escolar- son comunes en estados como Illinois, Misuri y California.

También el estado de Virginia otorga a sus condados mucha autonomía. En ese estado, los condados eligen a sus propios oficiales (normalmente un Consejo, con algunos integrantes y un presidente; un Tesorero; un fiscal; un Comisionado de Tributación local; el Secretario de los Tribunales locales; y un “Sheriff”, que es el oficial encargado del cumplimiento de las leyes y de mantener el orden público).

Además, los condados con competencias amplias cuentan con la autoridad para establecer y cobrar impuestos para su propio uso, dentro de las pautas establecidas en la Constitución de su estado.²⁷¹

²⁷¹ En Virginia, el gobierno local es bastante descentralizado. El Estado está dividido en 95 distritos geográficos políticos que se llaman condados y 40 municipalidades. Vid., BERENSON, William M., Op. Cit.

IV.5 PERSPECTIVAS O RETOS DE LOS CONDADOS ²⁷²

Los condados varían de manera impresionante en tamaño; estructura de la población; geografía; y gobierno.

Por lo general, su política se enuncia en la fórmula que dice: "piensa globalmente, actúa localmente". Es decir, el gobierno del condado es a menudo el mecanismo por el cual, geográfica o socialmente, los problemas generalizados se resuelven con estrategias que se inician a nivel local. Sin embargo, los condados no siempre han tenido esa posición. El cambio logrado en las últimas décadas es más dramático, cuando se contrasta con la larga historia que lo precede.²⁷³

Y es que, con el paso del tiempo, los condados han padecido la disminución de ingresos provenientes de impuestos a la propiedad (prediales). Ello porque grandes extensiones de suelo (más de 660 millones de acres de tierra) han sido consideradas como propiedad federal. Toda esa tierra se eliminó del régimen de los estados y, por consecuencia, de los impuestos percibidos por los condados, lo que trajo duras consecuencias para los gobiernos del condado, muy dependientes de los impuestos de la propiedad como una importante fuente de ingresos.²⁷⁴

El impacto de que un tercio de la superficie total de la nación norteamericana se haya determinado como propiedad federal, se sintió en forma desproporcionada en el oeste.

Ello porque cuando los estados fueron clasificados según su porcentaje de tierras de propiedad del gobierno federal, los 13 estados del oeste ocuparon los 13 primeros lugares en la lista. Nevada encabezó la lista con un 85,1 por ciento de la tierra de propiedad federal.

El problema es que la eliminación de esa tierra de las listas de los impuestos locales, sin embargo, no eximió a los gobiernos locales la responsabilidad de proporcionar servicios básicos en estas áreas (por ejemplo, la eliminación de residuos sólidos).

El resultado es un importante costo para el gobierno local que no es compensado por los ingresos fiscales.

²⁷² Para desarrollar este punto, tomamos como base el documento: *History of County Government Part I, Op. Cit.*, así como el documento *History of County Government Part III. Op. Cit.*

²⁷³ *Vid.*, *History of County Government Part I. Op. Cit.*

²⁷⁴ *Ibid.*

A ello, es de advertir que en la década de 1970, se ganó una ayuda en forma de pagos (*Pilts*) en lugar de impuestos. Los *Pilts* fueron autorizados por el Congreso en 1976 y se han renovado periódicamente desde entonces. En algunos condados, los *Pilts* han llegado a representar el 80 %, aproximadamente, de la totalidad del presupuesto del condado. Preservar y expandir el programa de PILT fue una preocupación nacional para el gobierno del condado.

Durante muchos años, sin embargo, la financiación de PILT, autorizada anualmente era muy modesta y no aumentó. La NACO tomó la iniciativa de organizar a los funcionarios del gobierno del condado para hacer campaña para conseguir aumentos de los créditos de PILT, y aseguró el primer impulso en 1995. Desde entonces, ha sido escenario de la NACO hacer un esfuerzo anual para recordarles a los legisladores federales acerca de la necesidad de crecimiento en *Pilts*. La campaña liderada por la NACO, parece que ha dado como resultado que más de \$100 millones de dólares se añadieran al programa de PILT en los últimos 10 años.²⁷⁵

En los inicios del siglo XXI, el gobierno del condado se encuentra en una situación muy diferente de lo que había prevalecido al final del siglo pasado. Ahora es un nivel altamente flexible del gobierno, que combina la capacidad de respuesta local con la creciente sofisticación en la provisión de servicios complejos.

Pero los gobiernos de los condados han seguido luchando por mantener el equilibrio adecuado entre los mandatos locales, estatales y las autoridades nacionales. Ello sobre todo en cuanto a las acciones contra los condados de imponerles una larga lista de mandatos federales no financiados. Al respecto, muchos condados se han unido para oponerse a que el gobierno federal les imponga nuevas obligaciones sin proporcionarles financiación para satisfacer dichas necesidades.²⁷⁶

Por otra parte, la creciente diversidad de la población en los condados, en gran parte como resultado de la inmigración, también plantea un desafío. Esta nueva diversidad, apareció en lugares de todo el país que habían vivido con una población bastante estable por muchos años. Así, la necesidad de servicios gubernamentales e información bilingüe, son nuevas demandas en muchos condados.²⁷⁷

²⁷⁵ *Ibíd.*

²⁷⁶ *Ibíd.*

²⁷⁷ *Ibíd.*

Otro de los retos que surgieron desde la última década del siglo pasado fue el de la recaudación de impuestos sobre las compras realizadas en Internet. Con el rápido crecimiento de este medio, los condados se enfrentan a una gran pérdida de ingresos, porque las compras hechas hasta hace poco a niveles locales, y sometidos a imposición a nivel local, se realizaron a través del ciberespacio.²⁷⁸

Otro desafío a los condados es que, desde la década de los 1990, el Congreso otorgó más "subvenciones globales" y otras formas genéricas de ayuda financiera a los gobiernos locales, como donaciones significativas de dinero que no van acompañadas de condiciones específicas de su gasto, lo cual repercute en la rendición de cuentas.²⁷⁹

Un desafío más que los condados han asumido, es el papel mucho más vigoroso en la promoción del crecimiento económico de sus comunidades. Tal desarrollo económico se ha convertido en una misión clave de los condados.

Al respecto, los condados realizan esfuerzos tales como la formación de los trabajadores y la expansión de la infraestructura tecnológica para hacerse más atractivos para las empresas de alta calidad en busca de nuevos sitios. Esto mediante comunicación con las empresas para persuadirlas de elegir los sitios del condado para sus instalaciones, con el consiguiente empleo y los ingresos fiscales consecuentes. Para las empresas ya prósperas, dentro de los límites del condado, la autoridad de desarrollo económico local busca ser un líder en la organización de misiones comerciales internacionales, participando en exposiciones en el extranjero, y otros esfuerzos para llegar a los mercados en expansión global.²⁸⁰

Por otra parte, la Infraestructura se ha convertido en un elemento crítico en el éxito de los condados, por lo que muchos de ellos, desde finales del siglo pasado, han asumido un papel vigoroso en la construcción de nuevos datos de alta velocidad de las comunicaciones por satélite, para la concesión de franquicias de televisión por cable.

A la par, muchos condados han actuado con energía para asegurarse de que sus escuelas, bibliotecas y otros recursos públicos sean bien atendidos por

²⁷⁸ La NACO tuvo un papel importante en el cabildeo para la recaudación de esos impuestos y los impuestos de venta a distancia, como una importante iniciativa de principios del siglo XXI. Esa Asociación promueve un grupo piloto de países que participarán en la recaudación de impuestos por un período de prueba. *Vid., History of County Government Part III. Op. Cit.*

²⁷⁹ *Ibíd.*

²⁸⁰ *Ibíd.*

las nuevas tecnologías, y que compartan con los ciudadanos los beneficios de la era de la información.²⁸¹

Otro desafío a los gobiernos de los condados, es la desaceleración de la economía desde los inicios del presente siglo, con la consecuencia de que los estados comenzaron a experimentar una disminución de los ingresos. El resultado fue que los condados comenzaron a sentir la desaceleración con muchas deficiencias que sintieron en sus fuentes propias de ingresos y de los ingresos percibidos normalmente de los estados. Los Condados miraron a diversas alternativas para equilibrar sus presupuestos, en respuesta a esas carencias. Entre las medidas, se encuentra la reducción de los servicios; la reducción de beneficios para sus empleados; y el aumento de los impuestos.

A medida que la desaceleración de la economía continúa, muchos funcionarios de los condados, que son conocedores en el proceso legislativo, comenzaron a mirar de nuevo a los gobiernos estatal y federal para solicitar asistencia y socorro.

Organizaciones, como la NACO, que representan a los funcionarios de los condados, cabildean en el Congreso y en las legislaturas estatales, a fin de alentar e influir en obtener ayuda para los condados en la nueva dirección de desafíos, además, de buscar ayuda en el cobro de impuesto sobre las ventas a distancia.²⁸²

HACIA LA AUTONOMÍA

Los condados han cumplido con una doble función, actuando como el brazo administrativo del gobierno nacional, así como del gobierno estatal.

Los condados poseen el poder político sobre la base de su creciente población, por lo que, a la par del crecimiento de su población, han batallado porque los poderes de su gobierno sean, igualmente, ampliados.²⁸³

Muchos de ellos buscan enérgicamente utilizar su influencia para asegurar una autonomía ampliada respecto de sus legislaturas estatales. Al respecto, generalmente, se han seguido dos modelos:²⁸⁴

²⁸¹ A medida que el nuevo milenio abrió, al gobierno local había sido arrojado un papel más importante que nunca, no sólo en satisfacer las necesidades públicas, sino en la creación de oportunidades y prosperidad para sus ciudadanos. *Ibid.*

²⁸² *Ibid.*

²⁸³ Se dice que la historia del gobierno del condado tiene el significado más grande de la historia americana. *Vid., History of County Government Part I. Op. Cit.*

²⁸⁴ *Vid., History of County Government Part III. Op. Cit.*

- Algunos estados delegan en sus condados poderes limitados y definidos expresamente, sin dejar de mantener el control sobre las funciones trascendentales, tales como los ingresos y la política fiscal; y
- En otros estados, los condados han sido autorizados a adoptar una forma de constitución local con la aprobación de sus propios votantes. En esa Carta, los condados tienen un amplio poder discrecional para determinar su propia estructura organizativa; recaudar impuestos; aumentar los ingresos; manejar su propio personal; y gastar dinero en un amplio margen de programas y actividades.

Particularmente, el oeste de los Estados Unidos concede gran importancia a los gobiernos locales vigorosos. Ello al grado de que California fue el primer estado en permitir las cartas de condado, y el condado de Los Ángeles, en 1912, fue el primero en adoptar una.²⁸⁵

Desde esa época, un hecho de vital importancia ha sido que los condados se administren por sí mismos, en vez de que los administre un gran cuerpo cuya cabeza resida en la capital del estado.

En la década de 1950, cuatro estados transmitieron a los condados la Carta de autoridad, y otros cuatro lo hicieron en los años de 1960. Luego, entre 1970 y 1975, la lista creció a 13. Antes de ese tiempo, apenas había algunos condados que aprovecharon la oportunidad de adoptar estatutos.²⁸⁶

Y aunque no había sino sólo una docena de Cartas del condado en todo el país en 1950, para 1973 hubo 71, la mayoría de las cuales se habían adoptado desde 1960. La idea de Carta de autoridad continúa hasta nuestros días, aunque los votantes no siempre han aprobado las propuestas de la Carta. De hecho, varios estados han realizado repetidos esfuerzos para otorgar la facultad de la Carta a sus condados, pero la propuesta ha sido derrotada en las urnas. Sin embargo, en 1996, el 79% por ciento de los 47 estados con gobiernos de condados, había previsto la cierta autonomía, por lo que más de 2.300 condados fueron cubiertos con la misma. Alrededor de 130 condados en todo el país operaban bajo un estatuto de condado en ese año.²⁸⁷

El movimiento de la Carta a los condados ha sido un impulso para la modernización de las formas de gobierno del condado y para mejorar la administración.

²⁸⁵ Otra característica progresista del oeste reside en que 12 de los 38 estados que ahí se ubican permiten los referéndums públicos. *Vid., History of County Government Part II. Op. Cit.*

²⁸⁶ *Ibid.*

²⁸⁷ *Vid., History of County Government Part III. Op. Cit.*

A lo anterior, es de destacar que uno de los avances del movimiento de autonomía de los condados fue darles la autoridad para elegir por sí mismos su forma de gobierno, en lugar de estar limitado a la forma prescrita previamente para ellos por la ley estatal.²⁸⁸

Finalmente, con una constante ampliación de poderes de autonomía, con más experiencia de liderazgo y con su propia tradición de gran responsabilidad local, los condados de los Estados Unidos de América se están preparando para afrontar los nuevos retos.

²⁸⁸ Esta capacidad de elegir su propia estructura de gobierno fue un paso clave para los condados para tratar de aplicar más recursos y talento para satisfacer las demandas del público y hacer frente a problemas cada vez mayores. *Ibíd.*

CONCLUSIONES

1. La Constitución de los Estados Unidos de América establece una federación en la que equilibra, en el gobierno federal, la repartición de la autoridad en tres ramas independientes: la ejecutiva; la legislativa y la judicial. Asimismo, hace una división de competencias de los poderes entre el gobierno nacional y los estados, en la cual al gobierno federal le asigna autoridad limitada, y a los estados les confiere poderes amplios (las potestades que la Constitución Federal no delega al gobierno federal, ni prohíbe a los estados, se entienden reservadas a los estados).
2. En el sistema estadounidense, cada estado asume su soberanía y se gobierna a sí mismo por separado de los demás. Cada uno expide su propia Constitución, suprema en su jurisdicción (suprema en el orden político y jurídico local), pero no contraria a la legislación federal (principio de jerarquía normativa).
3. Cuando el gobierno nacional estadounidense se formó, los redactores de la Constitución Federal no previeron los gobiernos locales, remitiéndose sólo a los estatales. Por ello, las constituciones estatales reglan a sus entidades locales, asignándoles estructura y competencias.
4. Es las primeras constituciones estatales es donde se conceptualiza el gobierno del condado como un brazo del gobierno estatal.
5. Los gobiernos locales abarcan a los condados; las municipalidades; las ciudades; los pueblos; y cualquier otra unidad política inferior a la estatal.
6. De esas unidades, la división principal son los condados, pues solamente dos estados, de los 50 que integran esa Unión americana, utilizan divisiones diferentes. Los condados son el centro de la vida nacional.
7. El número de condados varía considerablemente, de estado a estado. Por ejemplo, Delaware tiene 3, y Texas 254. También los condados varían grandemente en tamaño y en población.
8. El gobierno del condado norteamericano tiene sus antecedentes en Inglaterra. Los colonizadores ingleses llevaron a América del Norte las formas familiares de gobierno inglés, entre ellas el condado, las cuales comenzaron a adecuarse al suelo americano.
9. En total, hay 3.141 condados en los Estados Unidos de América (incluidas las unidades administrativas equivalentes a condado). Tales unidades, usualmente, se subdividen en municipios, pueblos o ciudades.

10. A los condados les rige la “Regla de Dillon”, según la cual los gobiernos locales, entre ellos los condados, están totalmente sujetos a la voluntad de la legislatura del estado del cual forman parte; sus competencias son limitadas. Los condados tienen sólo las facultades que la legislatura estatal les confiere.
11. Para responder a las cambiantes necesidades de sus ciudadanos, los gobiernos de los condados tienen que solicitar más facultades a la legislatura estatal, que puede o no concederlas. Asimismo, requieren de más financiamiento, local y federal.
12. Organizaciones como la NACO representan a los funcionarios de los condados, cabildeando en el Congreso y en las legislaturas estatales, a fin de alentar e influir en obtener ayuda económica para los condados en la nueva dirección de desafíos que hoy enfrentan.
13. Los condados poseen una rica variedad en las formas de gobierno y de competencias. Uno de los avances del movimiento de autonomía de los condados fue conseguir la autoridad para elegir, por sí mismos, su forma de gobierno, en lugar de estar limitado a la forma prescrita previamente para ellos por la ley estatal.
14. Actualmente, los condados luchan por mantener el equilibrio adecuado entre los mandatos locales, estatales y las autoridades nacionales, y para asegurar una autonomía ampliada respecto de sus legislaturas estatales.

BIBLIOGRAFÍA

- ALVARADO CASTRO, Douglas, “El proceso en el sistema jurídico de los Estados Unidos de América”, monografía, 2004. Disponible en la siguiente dirección: <http://www.monografias.com/trabajos11/sisproc/sisproc.shtml> (consultada en diciembre de 2011).
- BARCELÓ ROJAS, Daniel Armando, *Introducción al derecho constitucional estatal estadounidense*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.
- BERENSON, William M., “*Tributación y federalismo en los Estados Unidos de América: un esquema*”, enero de 2003. Disponible en la siguiente dirección: www.oas.org/legal/english/BERENSON%20TAX%20PAPER.doc - En caché - Similares (consultado en diciembre de 2011).
- CHÁVEZ, Octavio y VILLASANA Dávila, Jaime, “Marco general del gobierno local en Norteamérica”. Disponible en la siguiente dirección: <http://www.icmala.org/images/stories/Formas%20de%20Gobierno%20Norteamerica.pdf> (consultado en diciembre de 2011).
- FEINMAN, Jay M., “Introducción al derecho de los Estados Unidos de América. Todo lo que debe saber acerca del sistema jurídico estadounidense”, traductor, Enrique Cruz Mercado González, revisión técnica, Magdalena Wong Bermúdez, Universidad Nacional Autónoma de México, México, Editorial Oxford University Press, 2000.
- FISKE, John, “El gobierno civil en los Estados Unidos considerado con relación a sus orígenes, 1906”. Disponible en la siguiente dirección: http://constitucionweb.blogspot.com/2011/07/el-gobierno-civil-en-los-estados-unidos_24.html (consultado en diciembre de 2011).
- FLORES GARCÍA, A. L., “Una nueva gerencia pública local en México: el sistema de *city management* estadounidense como modelo de gobierno municipal”. México, Tesis Licenciatura. Relaciones Internacionales. Departamento de Relaciones Internacionales y Ciencias Políticas, Escuela de Ciencias Sociales, Artes y Humanidades, Universidad de las Américas Puebla, mayo de 2008.
- HAMILTON A., MADISON J., y JAY J., “El Federalista”, prólogo y traducción Gustavo R. Velasco, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.
- LICONA VITE, Cecilia, “*Fiscalización Superior. Análisis de Derecho Comparado. Alemania, Francia, Argentina y los Estados Unidos de América.*” Revista Quórum Legislativo, Número 99, Cámara de Diputados, Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias, México, octubre-diciembre de 2009.
- LÓPEZ MONROY, José de Jesús, *Sistema jurídico del common law*, México, Editorial Porrúa, México, 2011 (quinta edición).
- OSBORNE M. Reynolds, Jr., *Manual de la ley del gobierno local*, St. Paul, Grupo del oeste, 2001 (segunda edición).
- RABASA, Óscar, *El derecho angloamericano*, México, Editorial Porrúa, S. A., 1982 (segunda edición).
- RABASA, Emilio O., *Las constituciones de Canadá, los Estados Unidos de América y México. Estudio comparativo. Sus orígenes, evolución, principios fundamentales y jerarquía con los tratados. Los textos positivos.* Colaboración de Fausto Kubli García, México, Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

- RÍOS CÁZARES, Alejandra, Oficina de Rendición de Cuentas del Gobierno de los Estados Unidos de América. Compilación: *La Auditoría Superior de México en el horizonte internacional de la fiscalización superior*. Coordinadora: Figueroa Neri, Aimée, México, Auditoría Superior de la Federación, diciembre 2007.
- VILLASANA DÁVILA, Jaime, “*Formas de gobierno local en Norteamérica; variedad a diferente escala*”, VII Congreso Vasco de Sociología y Ciencia Política. Área de trabajo: Administración y Políticas Públicas. 15-16 de Febrero de 2007. Bilbao, País Vasco, España.

LEGISLACIÓN

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Constitución de los Estados Unidos de América.
- Constitución del estado de California.
- Constitución del estado de Pennsylvania.

OTRAS FUENTES

- “Coastal Counties”. Disponible en la siguiente dirección: <http://www.naco.org/Counties/Pages/CoastalCounties.aspx> (consultada en diciembre de 2011).
- Columbia Encyclopedia, Sixth Edition, Columbia University Press, 2008. Disponible en la siguiente dirección: <http://www.encyclopedia.com> (consultada en diciembre de 2011).
- “Counties with Elected Executive”, “*National Association of Counties (NACO)*”. Disponible en la siguiente dirección: <http://www.naco.org/Counties/Pages/ElectedExecutive.aspx> (consultado en diciembre de 2011).
- El Administrador Municipal (“City Manager”). Disponible en la siguiente dirección: <http://www.icmala.org/index.php?option=content&task=blogcategory&id=9&Itemid=31> (consultado en diciembre de 2011).
- El Plan Concejo-Gerente, International City/County Association (US, ICMA), 2011. Disponible en la siguiente dirección: <http://demos.estrassol.com.mx/icma/media/planconcejogerente.pdf> (consultado en diciembre de 2011).
- El Sistema Federal Judicial en los Estados Unidos. Obra elaborada por la Oficina de Programas para Jueces de la Oficina Administrativa de los Tribunales Federales de los Estados Unidos a solicitud del Comité de Relaciones Judiciales Internacionales de la Comisión Judicial, 2000. Disponible en la siguiente dirección de internet: <http://photos.state.gov/libraries/argentina/8513/faqUSA/fedjudsistema.pdf> (consultada en diciembre de 2011).
- *History of County Government*. *National Association of Counties (NACO)*. Disponible en la siguiente dirección:

<http://www.naco.org/Counties/Pages/Overview.aspx> (consultada en diciembre de 2011).

- *History of County Government Part I. National Association of Counties (NACO)*. Disponible en la siguiente dirección: <http://www.naco.org/Counties/Pages/HistoryofCountyGovernmentPartI.aspx> (consultada en diciembre de 2011).
- *History of County Government Part II. National Association of Counties (NACO)*. Disponible en la siguiente dirección: <http://www.naco.org/Counties/Pages/HistoryofCountyGovernmentPartI.aspx> (consultada en diciembre de 2011).
- *History of County Government Part III. National Association of Counties (NACO)*. Disponible en la siguiente dirección: <http://www.naco.org/Counties/Pages/HistoryofCountyGovernmentPartI.aspx> (consultada en diciembre de 2011).
- Sistema político de Estados Unidos de América. Disponible en la siguiente dirección: <http://www.usembassy-mexico.gov/bbf/FAQsPolitico.htm> (consultado en diciembre de 2011).
- *The American Heritage Dictionary of the English Language*. Disponible en la siguiente dirección: <http://education.yahoo.com/reference/dictionary/?s=county> (consultado en noviembre de 2011).
- Lista con el número de condados o unidades administrativas equivalentes a condado de cada estado de los Estados Unidos de América. Disponible en la siguiente dirección: http://www.ecured.cu/index.php/Estados_y_Condados_de_los_Estados_Unidos . (consultado en noviembre de 2011).

**PERSPECTIVAS DEL SISTEMA
DE REINSERCIÓN EN MÉXICO**

LIC. ÓSCAR URIBE BENÍTEZ*

La pena es la última ratio de la política social, cuya misión es la protección subsidiaria de bienes jurídicos, constituyendo ésta el límite del derecho penal que deriva del principio de proporcionalidad, ya que siendo el derecho penal la intromisión estatal más dura en la libertad del ciudadano, solamente puede intervenir cuando otros medios menos duros no prometan tener un éxito suficiente. Claus Roxin

INTRODUCCIÓN

El Estado mexicano, produce normas, las ejecuta y las aplica por medio de sus órganos legislativo, ejecutivo y judicial, tanto en el nivel federal como en el local, para autogobernarse; limitarse; reconocer, proteger y garantizar derechos humanos; y resolver conflictos domésticos surgidos entre sus órganos, ya sean federales o locales, entre alguno de éstos con la sociedad o entre miembros de la sociedad.

En otras palabras, el Estado mexicano, como cualquier otro, está facultado constitucionalmente para mantener un control legítimo en diversas dimensiones: política, social, económica, fiscal, educativa, cultural, sanitaria, judicial, etc., a efecto de crear las condiciones y oportunidades necesarias que todo mexicano requiere para el desarrollo de su personalidad y satisfacción de sus necesidades básicas; es decir, para que viva como un ser humano con dignidad. Cuando el Estado y la sociedad no participan en la producción de esas condiciones y oportunidades, propician otras condiciones que denigran a las instituciones, al deslegitimarse, y al mexicano como ser humano, y con ello se niegan las oportunidades para evitarlo.

El instrumento de control legítimo con el que cuenta el Estado es el Derecho, particularizado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Tratados o Convenciones de los que México es Parte; Leyes (generales, federales, orgánicas y locales); Decretos; Reglamentos, etc.

Este control legítimo, en sus dimensiones política y social, se manifiesta con mayor intensidad en la producción legislativa de delitos con sus respectivas penas de prisión, como respuesta a la denigración del ser humano, como integrante de la sociedad y como servidor público en las instituciones, por la erosión de los básicos valores morales y éticos que debe compartir y mantener toda sociedad.

Este control legítimo en su integralidad; es decir, usado en todas sus dimensiones y con la participación de la sociedad, tiende al desarrollo del mexicano. Sin embargo, cuando falla este control participativo, el Estado utiliza

el mismo control en sus dimensiones política y social para darse protección a él mismo, a sus miembros y a todo símbolo que lo representa; y para proteger a los miembros de la sociedad. No sin razón, por ejemplo, el Código Penal Federal, en su Libro Primero contempla reglas para operar el sistema penal, las penas y medidas de seguridad; y en Libro Segundo, prevé tipos penales, comenzando por los delitos contra la seguridad de la nación (traición a la patria, espionaje, sedición, motín, rebelión, etc.).

Tal protección está más acentuada en la sanción consistente en la pena principal de prisión, la cual es una proyección del papel que desempeña la legislación penal; en razón de lo cual, en principio consideramos pertinente preguntarnos si la pena de prisión tiene simplemente como fin la protección de bienes jurídicos. Para responderla, en el capítulo II de este trabajo nos abocamos a exponer de manera breve los fines que ha tenido en la cultura jurídica en general y los que le han asignado en la teorías de los fines de la pena. Hecho lo cual, en el capítulo III, procedemos a reseñar el marco regulador y sus reformas de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, acerca de la pena, destacando su tipología, las penas prohibidas, nuevas penas, la facultad legislativa para definir delitos y sus castigos, la autoridad legitimada para imponer las penas, modificarlas e imponer su duración, la correspondencia entre el delito y la pena, el lugar de extinción de ella, el fin de la pena corporal y la condena por convicción de culpabilidad.

En el capítulo IV, hacemos un esbozo en torno a los antecedentes del juez de ejecución de penas para comprender su génesis, mejor dicho para recordar su antigua facultad, además de la *notio* y *iudicium*, de *imperium* para la ejecución de la pena, dando cuenta de su resurgimiento en la Escuela Positiva, exponiendo, como ejemplo, su regulación en la legislación italiana y en nuestro concepto el impulso que le dio el movimiento denominado Nueva Defensa Social, principalmente en Francia por Marc Ancel.

Con los anteriores elementos de información, en el capítulo V nos dimos a la tarea de desarrollar las perspectivas del sistema de reinserción que consideramos de mayor relevancia: la primera perspectiva, la dogmática constitucional, emprendida desde los debates del poder constituyente de 1916-1917, citando las interpretaciones de la Suprema Corte de Justicia y su evolución de los fines de la pena desde la regeneración, pasando por la readaptación hasta la reinserción, en torno al artículo 18 constitucional, con el incremento de sus ejes rectores (trabajo, en principio; después capacitación para el mismo y educación; posteriormente, además de los anteriores, salud y deporte, y finalmente, respeto a los derechos humanos); así como, la puesta en relieve de las normas constitucionales que consideramos vinculadas estrechamente con los fines de la pena.

La segunda perspectiva es la penológica, centrada en la pena vitalicia o cadena perpetua, de la que se vierten las interpretaciones contradictorias que ha tenido el Pleno de la Suprema Corte de Justicia y para contrastarlas se plasman las pronunciadas por el Tribunal Constitucional de Perú.

La tercera perspectiva es la que tiene que ver con la dignidad humana, la que por ser reciente y novedosa para nuestro país, se menciona la manera en que surgió, los instrumentos internacionales en las que se contempla, su influencia incorporada en constituciones de países europeos como Alemania, Italia, España, así como en América, concretamente en Colombia, y las interpretaciones que han hecho de ella los Tribunales Constitucionales. No se omite señalar la consagración de la dignidad humana en nuestro texto constitucional, pero en la dimensión del principio de igualdad, la interpretación que ha hecho de ella la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como la doctrina española y alemana.

En la cuarta perspectiva, relativa a la de los instrumentos internacionales y resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se destacan aquéllos en los que México es parte, respecto del sistema penitenciario, así como de algunas medidas provisionales de dicha Corte Internacional sobre tal tópico.

Respecto a la quinta perspectiva, correspondiente a las propuestas legislativas, se eligió para exponer, por su amplitud y por ser la más actual, la iniciativa presentada por el Poder Ejecutivo Federal ante la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, respecto a la Ley Federal del Sistema Penitenciario y de Ejecución de Sanciones.

Finalmente, en la sexta perspectiva de índole doctrinaria, recogemos someramente las opiniones de juristas alemanes creadores de los diversos sistemas penales que han influido en la cultura jurídica occidental, tales como Franz Von Liszt (sistema penal clásico); Edmund Mezger (sistema penal neoclásico); Hans Welzel (sistema penal finalista); Claus Roxin, Gunter Jakobs y Hassemer (sistema penal funcionalista), así como algunas opiniones de juristas de España, Chile, México y Brasil, en torno a los fines de la pena, al juez de ejecución de penas y a la vigilancia electrónica a distancia como una alternativa a la pena de prisión.

Posteriormente, en el capítulo VI, apuntamos nuestras conclusiones; y en el capítulo VII, enlistamos la bibliografía utilizada, las fuentes oficiales, electrónicas e históricas de las que nos auxiliamos para poder desarrollar el presente trabajo de investigación que nos fue asignado para el trimestre octubre-diciembre de 2011, independientemente de las consultas que desahogamos durante dicho período, solicitadas por Diputados y Comisiones, así

como por las requeridas por los Directores de Área del Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias, y la asistencia a diversos eventos realizados en la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión.

I. FINES DE LAS PENAS EN LA CULTURA JURÍDICA Y EN LAS TEORÍAS DE LAS PENAS

Los fines de las penas en general. En la antigua cultura jurídica mundial la pena de prisión no existió como tal; sin embargo, con respecto a otro tipo de penas se tuvo la concepción acerca de los fines que perseguían. En el antiguo derecho penal romano la pena era un mal impuesto por el Estado por medio de la cual se borraba el delito, hacia cesar la culpa, toda ejecución era un sacrificio *expiatorio* ofrecido a la divinidad ultrajada; y en el derecho penal privado se concibió como *retribución (talio)* e *indemnización*.²⁸⁹ Jiménez de Asúa apunta que los jurisconsultos a la función intimidante de la pena, le añaden el objetivo de la enmienda o corrección.²⁹⁰

Las penas que existieron en el derecho penal romano fueron la de muerte (por medio de la segur o hacha, crucifixión, sacro cerrado y sumergido en agua, fuego, espada y entregar al condenado a animales feroces o para diversiones públicas para que actuaran como gladiadores o para que en una fiesta popular se le ejecutara de cualquier forma, por precipitación en la roca Tarpeya); pecuniaria; pérdida de derechos civiles (derecho de sepultura y de la buena memoria, derecho de testificar, infamia, incapacidad para adquirir cargos públicos y para ser senador, incapacidad para gestionar negocios, etc.); destierro; trabajos forzados; confiscación de bienes; la pérdida de la libertad (no con el carácter de sanción principal e independiente, sino como medio más suave de la pena de muerte y en sustitución de ésta); expulsión; confinamiento; corporal (que no era propiamente una pena sino un medio de coerción, tales como flagelar, golpear con palos, varas, bola de plomo, etc.); y la cárcel como pena para los delitos cometidos por esclavos, la cual legalmente fue siempre ajena al derecho romano.²⁹¹ Todos estos géneros de penas dan materia para su estudio y lo dieron para el surgimiento de lo que hoy conocemos como penología.

La Ley de las XII Tablas, de 450 a.C., por ejemplo, concretamente en la Tabla VIII, se dispuso (1.b.) que si alguien cantase o compusiera una canción que

²⁸⁹ MOMMSEN, Teodoro, *Derecho penal romano*, versión castellana de Pedro Dorado, Colombia, Temis, 1991, p. 3

²⁹⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luís, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, 4ª edición, Argentina, Editorial Losada, 1977, p. 284.

²⁹¹ *Ibidem*, pp. 563-636.

produjese la infamia o la deshonra de otro, se castigaba con pena de muerte; (2) si alguien rompe un miembro a otro, a no ser que se pacte con él, aplíquesele el talión; (9) a un púber, por pastar o segar de noche frutos obtenidos mediante el arado, se le castigaba con pena de muerte; (10) el que incendiare una construcción o un depósito de grano situado junto a una casa, se manda que atado y azotado, sea quemado vivo si lo hubiera hecho a sabiendas y deliberadamente; (23) el que resultare convicto de prestar falso testimonio sería arrojado desde la roca de Tarpeya, etc.²⁹² En fragmentos de dudosa ubicación (7) se refiere que Tulio escribe que en las leyes hay ocho clases de penas: pecuniaria, prisiones, azotes, talión, infamia, destierro, muerte y esclavitud.²⁹³

La Legislación española medieval, en la Partida VII del Sabio Rey, Alfonso X, Título XXXI, Leyes IV y V, estableció la facultad del Juez para juzgar y mandar ejecutar alguna de las siete penas para *escarmentar*: Cuatro son para los yerros mayores (1. Muerte o pérdida de miembro; 2. Encadenamiento perpetuo, trabajos en las minas del Rey, labrar o servir; 3. Destierro en alguna isla o tierra cierta, quitándole todos sus bienes; y 4. Cárcel perpetua solamente a siervos, no a hombre libre). Y tres penas para los yerros menores (5. Destierro para siempre en isla sin tomar sus bienes; 6. Inhabilitación temporal o perpetua del oficio de abogado, personero; y 7. Acotamiento o herido, deshonra en la picota; desnudarlo y exponerlo al sol, untándole miel para que lo coman las moscas).²⁹⁴

En la filosofía moderna inglesa, por ejemplo Thomas Hobbes concibe a la pena como un *daño infligido por la autoridad pública sobre alguien que ha hecho o ha omitido lo que se juzga por la misma autoridad como una transgresión de la ley, con el fin de que la voluntad de los hombres pueda quedar, de este modo, dispuesta para la obediencia*.²⁹⁵ En la explicación de esta definición de la pena, Hobbes advierte que todo mal que se inflige sin intención, o sin posibilidad de disponer al delincuente, o a otros hombres (a ejemplo suyo), a obedecer las leyes, no es pena sino un acto de hostilidad.²⁹⁶

De la filosofía francesa, Montesquieu expresó que cuando un pueblo es virtuoso necesita pocas penas.²⁹⁷ Asimismo, que un legislador que quiere *corregir un mal*, no puede pensar más que en dicha corrección.²⁹⁸ También afirmó que debe existir una justa proporción entre las penas y los delitos, ya que

²⁹² *Ley de las XII Tablas*, 2ª edición, España, editorial Tecnos, 1996, pp. 21, 23, 25 y 29.

²⁹³ *Ibidem*, p. 39.

²⁹⁴ Alfonso X "El Sabio", Rey de Castilla y de León (1211-1284), *Las Siete partidas del Sabio Rey*, 1758, edición facsimilar, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2004, pp. 12-14.

²⁹⁵ HOBBS, Thomas, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, 2ª edición, Traducción de Manuel Sánchez Sarto, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 254.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 255.

²⁹⁷ Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, Tomo I, Traducción de Amelié Cuesta, 2ª edición, México, Gernika, 2000, p. 127.

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 130.

es esencial que se tienda más a evitar un delito grave que uno menos grave.²⁹⁹ Y afirmó que la libertad triunfa cuando las leyes criminales son tales que cada pena dimana de la naturaleza particular del delito.³⁰⁰

Los enciclopedistas franceses consideraron que la pena es como un mal con que el soberano amenaza a los súbditos que intenten violar las leyes y que de hecho les inflige en su justa proporción cuando las violan, al margen de la reparación del daño, atendiendo a algún bien futuro y en último término a la seguridad y tranquilidad de la sociedad. La pena es un mal de distinta naturaleza, según afecte a la vida, al cuerpo, la propia estima o el patrimonio; mal que puede consistir en un trabajo forzoso o en sufrir algún daño. El soberano es el que fija las penas, el que tiene el derecho de castigar; es decir, amenaza y si con ello no impide el crimen castiga; por tanto, la pena supone un crimen. El crimen genera dos obligaciones para el delincuente: reparar el daño y sufrir la pena. El soberano se propone algunas veces corregir al culpable y hacerle perder el deseo de recaer en el delito curando el mal a través de su contrario. Si el culpable se beneficia del castigo repercute en la utilidad pública; si persevera en su crimen el soberano puede recurrir a remedios más violentos o incluso a la muerte.³⁰¹

Rousseau consideró que el contrato social tiene por fin la *conservación* de los contratantes; en el caso de la pena de muerte, refiere que para no ser víctima de un asesino es por lo que se consiente en morir si se degenera en tal; y todo malhechor que ataca el derecho social, se convierte por sus delitos en rebelde y traidor a la patria, con lo cual cesa de ser miembro de ella al violar sus leyes y le hace la guerra; entonces, la conservación del Estado es incompatible con la suya, es preciso que uno de los dos perezca, y al aplicarle la pena de muerte al criminal, es más como enemigo que como ciudadano. El proceso, el juicio constituyen las pruebas y la declaración de que ha violado el contrato social, por consiguiente ha dejado ser miembro del Estado, por lo que debe ser suprimido por medio del destierro como infractor del pacto, o con la muerte como enemigo público, en cuyo caso el derecho de la guerra establece matar al vencido.³⁰²

En el pensamiento ilustrado de Italia, Beccaria aseveró que los hombres vagos e independientes, cansados de vivir en constante guerra y gozar de una libertad inútil por la incertidumbre de conservarla, se unieron en sociedad, sacrificaron una parte de su libertad para gozar la restante en segura tranquilidad, formando todas las porciones sacrificadas la soberanía de una nación, cuyo soberano es su administrador y legítimo depositario; depósito que

²⁹⁹ Ibidem, p. 136.

³⁰⁰ Ibidem, p. 249.

³⁰¹ DIDEROT, Denis y d'ALEMBERT, Jean Le Rond, *Artículos políticos de la <<Enciclopedia>>*, Traducción de Ramón Soriano y Antonio Porras, 2ª edición, España, editorial Tecnos, 1992, pp. 132, 133 y 137.

³⁰² ROUSSEAU, Juan Jacobo, *El contrato social*, México, Dante, 1988, p. 39.

hay que defenderlo de la usurpación privada de cada hombre, ya que procuran quitar su porción propia y usurparse las ajenas, por lo que para evitarlo se necesitan motivos sensibles bastantes para contener el ánimo despótico de cada hombre; estos motivos sensibles son las penas establecidas contra los infractores de las leyes de la sociedad; motivos sensibles que hieran en los sentidos, y que de continuo se presenten al entendimiento, para contrabalancear las fuertes impresiones de los ímpetus parciales que se oponen al bien universal.³⁰³

El derecho del soberano a castigar, afirmó Beccaria, se funda en la necesidad de defender el depósito de la salud pública de las particulares usurpaciones; la unión de todas las porciones de libertad posibles forma el derecho de castigar.³⁰⁴ Así también, consideró que más fuertes deben ser los motivos (penas) que retraigan a los hombres de los delitos, a medida que son contrarios al bien público y a medida de los estímulos que los inducen a cometerlos; debe por esto haber una proporción entre los delitos y las penas.³⁰⁵ Aseveró que la verdadera medida de los delitos es el daño hecho a la sociedad.³⁰⁶

Respecto al fin de las penas, Beccaria sostuvo que estriba en impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos, y retraer los demás de la comisión de otros iguales, por lo cual deben ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas, que guardada la proporción hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de los hombres y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo.³⁰⁷ Consideró que la pena de muerte no es útil y necesaria; y que lo intenso de la pena, que existe en la esclavitud perpetua, sustituido a la pena de muerte, tiene lo que basta para separar cualquier ánimo determinado.³⁰⁸

Sesenta y cinco años después del tratado de los delitos y de las penas de Beccaria, el escritor y político francés Víctor Hugo horrorizado por las ejecuciones de la pena de muerte en la plaza de la Greve, publicó su obra *Último día de un condenado a muerte*, en la que se erige defensor de los acusados presentes y futuros, inocentes y culpables, ante todos los tribunales, ante todos los jurados y jueces, para abolir la pena de muerte.³⁰⁹

³⁰³ BECCARIA, *Tratado de los delitos y de las penas*, edición facsimilar de la de 1822, México, Porrúa, 1982, pp. 7 y 8.

³⁰⁴ *Ibidem*, pp. 9 y 11.

³⁰⁵ *Ibidem*, pp. 25 y 26.

³⁰⁶ *Ibidem*, p. 30.

³⁰⁷ *Ibidem*, p. 45.

³⁰⁸ *Ibidem*, pp. 118 y 122.

³⁰⁹ Cfr. Víctor Hugo, *Último día de un condenado a muerte*, Traducción de José García de Villalta, México, editorial Aldus, 1995.

Reinvención de la pena de prisión. Los peregrinos que llegaron a *Plymouth, Massachusetts*, a bordo del barco *Mayflower* en el que se redactó el documento más remoto del derecho constitucional americano, conocido con el mismo nombre que el de la embarcación³¹⁰, crearon en 1632 el *people pen* de confinamiento³¹¹; casi doscientos años después, los cuáqueros de *Pennsylvania* reinventaron la prisión como pena, ya que antiguamente la reclusión se utilizaba como parte de la explotación de la mano de obra esclava, pero se empleaba generalmente para retener al acusado hasta su juicio, o al reo hasta su castigo; sin embargo, sí se aplicaba como sanción a delincuentes menores, vagos, ebrios, enfermos mentales, mendigos, etc., pero no al delincuente grave ni al político. Las penas existentes en ese entonces eran el exilio, proscripción, deportación, castigos corporales degradantes y dolorosos (azotes, corte de oreja o nariz, marcación a hierro) y la muerte. Los cuáqueros de *Pennsylvania* proyectaron sustituir las penas corporales y capitales por el aislamiento, el arrepentimiento y la lectura edificante de la Biblia, guiándose teóricamente para la penitenciaría con la monografía de Beccaria *Sobre los delitos y las penas*.³¹²

En 1790, se inauguraron celdas en la cárcel de *Walnut Street*, en Filadelfia, como penitenciaría del *Commonwealth* de *Pennsylvania*. En 1796, *Newgate* comenzó como penitenciaría del Estado de Nueva York, con el modelo de *Walnut Sreet*. Así, las prisiones florecieron en Norteamérica y se expandieron por todo el mundo.³¹³

En 1791, se publicó sin difusión la obra *El panóptico* del jurista inglés Bentham, cuerpo de epístolas que contienen el proyecto de la construcción de una prisión en la que se tiene la facultad de ver, con una ojeada, todo lo que allí ocurre, aplicable también a todos los establecimientos que requieran de vigilancia: casas de industria, casas de trabajo, casas de pobres, lazaretos, hospitales y escuelas.³¹⁴

Acerca de la relación entre cárcel y trabajo en Europa e Italia, entre el siglo XVI y XIX, Melossi y Pavarini realizaron un ensayo siguiendo los pasos de George Rusche y Otto Kirchheimer de la escuela de Franckfurt, en el que construyeron una teoría materialista de la cárcel, estableciendo la conexión entre el surgimiento del modo capitalista de producción y el origen de la institución carcelaria moderna; aseveran, entre otras cosas, que en la sociedad feudal existía la cárcel preventiva o la cárcel por deudas, pero que no es correcto afirmar que la simple privación de la libertad, prolongada por un período

³¹⁰ RABASA, Emilio O., *Las Constituciones de Canadá, Estados Unidos de América y México*, México, editorial Porrúa, 2003, p. 40.

³¹¹ MORRIS, Norval, *El futuro de las prisiones*, 7ª edición, Traductor Nicolás Grab, México, Siglo XXI, 2006, p.20.

³¹² *Ibidem*, pp. 19 y 20.

³¹³ *Ibidem*, p. 21.

³¹⁴ Cfr. Cfr. BENTHAM, Jeremy, *El panóptico*, Traducción de María José de Chopitea, México, editorial Premiá, 1989.

determinado de tiempo y sin que le acompañara ningún otro sufrimiento, era conocida y utilizada como pena autónoma y ordinaria.³¹⁵

Teorías penales sobre el fin de la pena. En consideración de Roxin si el derecho penal tiene que servir a la protección subsidiaria de bienes jurídicos, al libre desarrollo del individuo y a mantener el orden social, con lo cual el Estado sabe qué conducta puede conminar, pero no con ello está decidido cuál es el efecto que debe surtir la pena para cumplir con la misión del derecho penal, o sea, el fin que con ella se persigue, el cual ha sido interpretado desde la antigüedad y ha dado lugar a las siguientes teorías penales: de la retribución (teoría de la justicia, de la expiación); de la prevención especial; de la prevención general; y otras dos resultado de las combinaciones de las anteriores: unificadoras retributivas; y unificadora preventiva, de las cuales solamente y de manera breve expondremos la primera, segunda y tercera.

1.- Teoría de la retribución o absoluta. (de la justicia, expiación). Estriba en que con el imponer un mal que se merece se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido. Es absoluta porque el fin de la pena está desvinculado de su efecto social. Tras bambalinas se encuentra el principio del Talión, aunque el desarrollo histórico de la pena es correcto respecto a que se ha desvinculado la pena estatal de la venganza privada y el derecho a la retribución pasó a manos de la autoridad pública neutral. Las ideas de Kant y Hegel sobre la pena se adscriben a esta teoría. Con la expiación se sostiene que el autor al aceptar la pena interiormente como justa compensación de su culpabilidad, asimilándose moralmente a su comportamiento delictivo, se purifica recobrando su integridad humana y social; sin embargo, la expiación es un acto moral autónomo que no se puede imponer a la fuerza, por lo que no sirve para justificar la pena retributiva.³¹⁶

2.- Teoría de la prevención especial. Para esta teoría el fin de la pena consiste en desistir al autor del delito de que cometa otros; es decir, persigue la prevención individual o especial, por lo cual es una teoría relativa, referente a la prevención de delitos. Las ideas de Protágoras recogidas por Platón las evocó Séneca, refiriendo que ningún hombre sensato castiga porque se ha pecado, sino para que no se peque. Franz Von Liszt impulsó esta teoría en tres formas: la prevención especial asegura a la comunidad frente a los delincuentes, por medio del encierro de éstos; intimida al autor, por medio de la pena, para que no vuelva a cometer delitos; y lo preserva de la reincidencia mediante la corrección. La corrección en lenguaje técnico es la resocialización o socialización, que es el

³¹⁵ Cfr. MELOSSI, Dario, y PAVARINI, Massimo, *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario*, 5ª edición, Traducción de Xavier Massimi, México, Siglo XXI editores, 2005, pp. 18 y 19.

³¹⁶ Cfr. ROXIN, Claus, *Derecho Penal Parte General Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, 2ª edición, trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Manuel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal, España, Civitas, 2001, pp. 81-85.

principio que persigue la teoría preventivo especial, la cual cumple con el cometido del derecho penal, ya que obliga solamente a la protección del individuo y de la sociedad, así como ayudar al autor integrándolo. El defecto de esta teoría es que no brinda un baremo para la pena, el cual consistiría en retener al condenado hasta que esté resocializado, lo que no es permitido en un Estado liberal de Derecho. Otro problema, es el ¿Con qué derecho deben dejarse educar y tratar los ciudadanos adultos por el Estado?.³¹⁷

3.- Teoría de la prevención general. El fin de la pena consiste en influenciar a la comunidad e instruírla sobre prohibiciones legales para que no las viole, mediante amenazas penales y ejecución de la pena; es decir, prevenir los delitos en forma general sobre la comunidad, no solamente sobre el condenado. Esta teoría la desarrolló Paul Johann Anselm Von Feuerbach, mediante su teoría psicológica de la coacción, que es una teoría de la amenaza penal, pero además una teoría de la imposición y ejecución de la pena, ya que éstas últimas le dan eficacia a la amenaza penal. La teoría de la prevención general tiene aspecto negativo, en el sentido de que intimida a otros que corren el peligro de cometer delitos semejantes; y un aspecto positivo, que estriba en conservar y reforzar la confianza en la firmeza y poder de ejecución del ordenamiento jurídico. Roxin, destaca las ventajas y desventajas de esta teoría.³¹⁸

III. MARCO CONSTITUCIONAL DE LA PENA

1. Tipología de penas. El Poder Constituyente de 1917 estableció en la Constitución las penas siguientes:

a) Pena de trabajo obligado y sin justa retribución, prevista en el artículo 5, párrafo primero (actualmente párrafo tercero), en los términos siguientes:

Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, el cual se ajustará a lo dispuesto en las fracciones I y II del artículo 123.

b) Pena de prisión, al interpretarse a *contrario sensu*, el artículo 17, párrafo primero (actualmente párrafo final), que dispone lo siguiente:

Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil.

³¹⁷ Ibidem, pp. 85-88.

³¹⁸ Ibidem, pp. 89-93.

c) Pena corporal, al prever el artículo 18 lo siguiente:

Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El lugar de ésta será distinto y estará completamente separado del que se destinare para la extinción de las penas.

Los Gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán, en sus respectivos territorios, el sistema penal -colonias penitenciarias (sic) o presidios- sobre la base del trabajo como medio de regeneración.

La utilización de la frase pena corporal fue un desacierto, en razón de que el artículo 22 constitucional las prohibió; de manera que tal expresión debe entenderse en el sentido de pena privativa de libertad, que recae precisamente en el cuerpo de la persona, tan es así que por reforma al artículo 18, párrafo primero, constitucional, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 18 de junio de 2008, se sustituyó la expresión pena corporal por la de *pena privativa de la libertad*.

d) Pena de muerte para el traidor a la patria en guerra extranjera; parricida; homicida con alevosía, premeditación y ventaja; incendiario; plagiarlo; salteador de caminos; pirata y reos de delitos graves del orden militar, al establecer en el artículo 22, párrafo tercero, lo siguiente:

Queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse al traidor a la Patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación y ventaja, al incendiario, al plagiarlo, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar.

Mediante reforma al artículo 22, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 9 de diciembre de 2005, se derogó el anterior párrafo en el que se contemplaba la pena de muerte, al prohibirse en el primer párrafo ésta pena.

e) Pena de suspensión de derechos o prerrogativas, al prever el artículo 38, fracción VI, lo siguiente:

*Los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden:
I a V.
VI. Por sentencia ejecutoria que imponga como pena esa suspensión.*

Los derechos objeto de suspensión deben ser los previstos en la Constitución, así como otros contenidos en los tratados y en las leyes federales y locales. Y las prerrogativas de los ciudadanos también objeto de suspensión, según el artículo 35 constitucional, son el votar en las elecciones populares; poder ser votado para todos los cargos de elección popular y nombrado para cualquier otro empleo o comisión, teniendo las calidades que establezca la ley; asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos del país; tomar las armas en el ejército o guardia nacional para la defensa de la república y de sus instituciones, en los términos que prescriben las leyes; y ejercer en toda clase de negocios el derecho de petición.

f) Pena de destitución o inhabilitación, para los delitos oficiales, al prescribir el artículo 111, en sus párrafos primero, segundo y tercero, lo siguiente:

De los delitos oficiales conocerá el Senado, erigido en Gran Jurado; pero no podrá abrir la averiguación correspondiente, sin previa acusación de la Cámara de Diputados.

Si la Cámara de Senadores declarase, por mayoría de las dos terceras partes del total de sus miembros, después de oír al acusado y de practicar las diligencias que estime convenientes, que éste es culpable, quedará privado de su puesto, por virtud de tal declaración o inhabilitado para obtener otro, por el tiempo que determinare la ley.

Cuando el mismo hecho tuviere señalada otra pena en la ley, el acusado quedará a disposición de las autoridades comunes, para que lo juzguen y castiguen con arreglo a ella.

Por reforma al Título IV de la Constitución, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 28 de diciembre de 1982, respecto al régimen de responsabilidad de los servidores públicos, se suprimieron los delitos oficiales y su procedimiento bicameral, para configurar tales delitos oficiales los actos u omisiones que redundan en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho, para el efecto de fincar una nueva responsabilidad: la política, cuyas sanciones son la destitución y la inhabilitación para desempeñar funciones, empleos, cargos o comisiones de cualquier naturaleza en el servicio público, según el artículo 110, párrafo tercero.

En el Código Penal Federal se proyectaron las anteriores penas constitucionales en vigor, pero además están incluidas otras en el artículo 24, de carácter accesorio, a saber: en el numeral 2, el tratamiento en libertad,

semilibertad y trabajo a favor de la comunidad; en el 4, confinamiento; en el 5, prohibición de ir a un lugar determinado; en el 6, pecuniaria; en el 9, amonestación; en el 10, apercibimiento; en el 11, caución de no ofender; en el 13, suspensión de funciones o empleos; 14, publicación especial de sentencia; en el 15, vigilancia de la autoridad; en el 16, suspensión o disolución de sociedades; en el 19, colocación de dispositivos de localización y vigilancia; y las previstas en otras leyes.

2.- Penas prohibidas. El Poder Constituyente prohibió en el artículo 22, párrafo primero, las penas siguientes: mutilación, infamia, marca, azotes, palos, tormento, multa excesiva, confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales; asimismo, prohibió la pena de muerte por delitos políticos, en los términos siguientes:

Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquiera especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes, y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales.

No se considerará como confiscación de bienes, la aplicación total o parcial de los bienes de una persona, hecha por la autoridad judicial, para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito, o para el pago de impuestos o multas.

...

Queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse al

El 9 de diciembre de 2005, se publicó en el Diario Oficial de la Federación la reforma al artículo 22 en comento, párrafo primero, mediante la cual se prohibió la pena de muerte.

3. Nueva pena. En el Diario Oficial de la Federación de 28 de diciembre de 1982, se reformó el artículo 22, en su párrafo segundo, en el cual se incluyó como pena la del **decomiso** de bienes en caso de enriquecimiento ilegítimo, en términos del artículo 109, que también fue reformado y publicado en esa fecha, y en él se señala que las leyes penales **sancionarán con el decomiso** y con la privación de la propiedad de dichos bienes, además de otras penas que correspondan. La pena de decomiso se extendió a los bienes propiedad del sentenciado, por delitos previstos como de delincuencia organizada o de aquéllos en que se haya conducido como dueño, si no acredita la legítima

procedencia de dichos bienes, por virtud de la reforma al segundo párrafo del artículo 22, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 3 de julio de 1996.

4.- legislativa para definir delitos y sus castigos. El Poder Constituyente en su artículo 73, fracción XXI, otorgó al Congreso de la Unión la facultad de definir los delitos y sus castigos, de la manera siguiente:

Art.- El Congreso de la Unión tiene facultad:

I a XX. ...

XXI. Para definir los delitos y faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse.

El 4 de mayo de 2009, se publicó en el Diario Oficial de la Federación la reforma al artículo 73, fracción XXI, en la que se adicionó la facultad del Congreso de la Unión para expedir una ley general en materia de secuestro, que establezca, como mínimo, los tipos penales y sus sanciones, la distribución de competencias y las formas de coordinación entre la Federación, Distrito Federal, los Estados y los Municipios, así como legislar en materia de delincuencia organizada.

Asimismo, el 14 de julio de 2011 se publicó en el Diario Oficial de la Federación otra reforma a la fracción XXI del precitado artículo, en la que también se facultó al Congreso de la Unión para expedir una ley general en materia de trata de personas, que establezca como mínimo los tipos penales y **sus sanciones**, la distribución de competencias y formas de coordinación entre los tres niveles de gobierno y el Distrito Federal.

5.- Autoridad legitimada para imponer las penas. El Poder Constituyente puntualizó que la autoridad judicial es la única facultada para imponer las penas, según el artículo 21, párrafo primero, parte primera, al disponer:

La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial.

Por reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación de 18 de junio de 2008, el anterior texto se reformó de la manera siguiente:

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

Este párrafo hace la diferencia, en el contexto de la reforma constitucional, entre el juez de la audiencia de juicio y el **juez de ejecución de penas** del que nos referiremos posteriormente.

6.- Correspondencia entre el delito y la pena. El Poder Constituyente en el artículo 14, párrafo tercero, estableció la correspondencia entre el delito y la pena, en los términos siguientes:

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

El anterior texto, solamente ha sido reformado en una ocasión para prohibir la pena de muerte, según Diario Oficial de la Federación de 9 de diciembre de 2005, por lo que el texto anterior está intocado.

7.- Lugar de extinción de las penas. El Poder Constituyente dispuso en el artículo 18, párrafo primero, parte segunda, y párrafo segundo, que el lugar de extinción de las penas debe ser distinto y estar completamente separado al de la prisión preventiva; y que los gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán las colonias penitenciarias o presidios, en los términos siguientes:

Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El lugar de ésta será distinto y estará completamente separado del que se destinare para la extinción de las penas.

Los Gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán, en sus respectivos territorios, el sistema penal -colonias penitenciarias (sic) o presidios- sobre la base del trabajo como medio de regeneración.

Por reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación de 23 de febrero de 1965, del párrafo segundo, se suprimieron las colonias penitenciarias o presidios, dejando a la Federación y a los Estados organizar el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, así como intocada la separación de los lugares para la prisión preventiva y para la extinción de las penas.

8.- Fin de la pena corporal. El Poder Constituyente en el mismo artículo 18, párrafo segundo, dispuso que el sistema penal (colonias penitenciarias o presidios), se instituye como lugar para la regeneración sobre la base del trabajo, en los términos siguientes:

Los Gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán, en sus respectivos territorios, el sistema penal -colonias penitenciarias (sic) o presidios- sobre la base del trabajo como medio de regeneración.

En el Diario Oficial de la Federación de 23 de febrero de 1965, se publicó la primera reforma que realizó el Poder Reformador al artículo 18, mediante la cual se estableció como fin del sistema penal la readaptación social, ya no sólo con base en el trabajo, sino también en la **capacitación para el mismo y en la educación**.

En el Diario Oficial de la Federación de 14 de agosto de 2001, se publicó la tercera reforma al artículo en comento hecha por el Poder Reformador, por medio de la cual se adicionó un último párrafo en el que se incluyó la reintegración a la comunidad como forma de readaptación social, mediante la compurgación de las penas en los centros penitenciarios más cercanos al domicilio de los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley.

En el Diario Oficial de la Federación de 18 de junio de 2008, se publicó la reforma del párrafo segundo del precepto constitucional aludido, en la que se incluyó como fin de la pena la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, sobre la base, ya no solamente del trabajo, capacitación para el mismo y educación, sino además de *la salud y del deporte*.

En el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011, se incluyó otro medio base para lograr la reinserción social de los sentenciados y procurar que no vuelva a delinquir, consistente en el *respeto a los derechos humanos*.

9.- Condena por convicción de culpabilidad; proporcionalidad y bien jurídico; y reparación del daño. Mediante reforma constitucional de 18 de junio de 2008, en el artículo 20, apartado A, fracción VIII, se consagró el principio general, del proceso penal acusatorio, consistente en que el juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado. Y en el artículo 22, párrafo primero, se adicionó la parte segunda, en la que se estableció que toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado. Así mismo, por reforma al artículo 20, apartado B, fracción IV, constitucional, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 21 de septiembre de 2000, se incluyó como derecho de la víctima o del ofendido el que se le repare el daño, en los casos que sea procedente, el ministerio público está obligado a solicitar la reparación del daño y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria. Este derecho a la reparación del daño se reiteró en la reforma constitucional de 18 de junio de 2008, pero además se incluyó también el derecho de la víctima u

ofendido para solicitar de manera directa esa reparación, sin perjuicio de que también la solicite el ministerio público.³¹⁹

IV. ANTECEDENTES DEL JUEZ DE EJECIÓN DE PENAS

A) Escuela Positiva. El principio de la intervención del juez en la ejecución penal fue propugnada por la Escuela Positiva, partiendo de que la relación de la ejecución penal representa la prosecución de la relación jurídica entre el Estado y el autor del delito, con lo cual propagó la intervención del juez en la ejecución penal con las tareas principales de interpretar la sentencia, decidiendo los contrastes que surjan entre el Estado que procede a la ejecución y el condenado que la sufre y además la de vigilar la ejecución misma de las penas.³²⁰

La Escuela Positiva consideró que el proceso penal conduce a la imposición de la *pena como un medio de defensa social*, de tal manera que el fin del proceso penal es el restablecimiento de la igualdad de derechos y garantías entre los individuos delincuentes y la sociedad honrada, y debido a los indicios proporcionados por la ontología del propio tribunal se podrá determinar a qué categoría antropológica pertenecen y por tanto cuál sea su temibilidad; en consecuencia, en el proceso se averiguará si el imputado es realmente el autor del hecho, determinando las causas y circunstancias de éste, y ya fijada la relación causal entre el agente y el acto, se discutirá la absolución o condena, de manera que el objeto del juicio penal consistirá en el examen físico del delincuente, para inducir no el grado de su responsabilidad moral, sino de su temibilidad.³²¹

Esta tendencia del control jurisdiccional de la ejecución de las penas para garantizar los derechos subjetivos de los condenados, se acogió en el continente europeo por Italia, Francia y Polonia,³²² y al parecer en Latinoamérica por Brasil mediante la Ley Federal de 1922, confirmada por el Código de Procedimientos Penales de 1940 y ordenamientos legales ulteriores.³²³

B) El juez de vigilancia en Italia.

³¹⁹ Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, *Página principal de la Cámara de Diputados del Congreso de las Unión* (18 de octubre de 2011), disponible desde: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm>

³²⁰ Cfr. OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge, *Derecho de ejecución de penas*, 2ª edición, México, Porrúa, 1985, p. 157.

³²¹ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, 4ª edición, México, Porrúa, 1977, p. 65.

³²² OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge, op. cit., p. 157.

³²³ BENAVENTE CHORRES, Hesbert, *La ejecución de la sentencia en el proceso penal acusatorio y oral*, México, Flores editor, 2011, p. 62.

Las funciones asignadas al juez de vigilancia eran las siguientes: Inspección (vigilancia sobre el tratamiento carcelario de los condenados, según artículo 4 del Reglamento de los Institutos de Prevención y Pena de 1931). Consulta (opiniones otorgadas a las peticiones de concesiones de libertad condicional formuladas por los condenados y propuestas de gracia hecha por el Director), de acuerdo al artículo 633 ex. del Código de Procedimientos Penales Italiano de 1930. Decisoria (respecto a la asignación de los condenados a un establecimiento en particular, trabajo fuera del instituto carcelario y reclamaciones a la administración penitenciaria), de conformidad con el ex. artículo 634 del Código de Procedimientos Penales.³²⁴

El jurista italiano Antolisei, está de acuerdo en que la función de la pena no es la retribución, sino la conservación del orden jurídico; es decir, la protección de la sociedad contra las acciones de los individuos que ponen en peligro su existencia o su desarrollo y la defensa social. La Constitución italiana de 1947, en su artículo 27, proclamó que las penas deben tender a la reeducación de los condenados. En la mitad del siglo pasado, el derecho positivo italiano le asignó a la pena el carácter de castigo, con finalidades intimidatorias, pero también la función de enmendar al condenado como se advierte en el ordenamiento penitenciario de la Ley número 354 del 26 de julio de 1975, para cuya consecución se previó:

- 1) La organización del trabajo en el interior del establecimiento y también al aire libre;
- 2) La justa remuneración por el trabajo realizado, con la cual se trata de hacer atractivo ese trabajo, de modo que pueda ayudar a la regeneración del condenado y le compense por ello;
- 3) La instrucción de los reclusos, a la cual se provee mediante la institución de escuelas dentro de los establecimientos y la formación de bibliotecas;
- 4) La educación moral, que se realiza por medio de la asistencia religiosa;
- 5) Las actividades culturales, recreativas y deportivas;
- 6) La vigilancia del juez sobre la ejecución de la pena; y
- 7) El sistema progresivo de ejecución penal.³²⁵

Esta misma Ley número 354, en sus artículos 68 y 69, previó que el juez de vigilancia es un órgano judicial único que vigila la organización de los Institutos de Prevención y de Pena y con especial interés controla que el tratamiento reeducativo sea efectuado de conformidad a las leyes y con respeto a la dignidad de los detenidos. Asimismo, vigila que la custodia

³²⁴ OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge, op. cit., p. 157.

³²⁵ Cfr. ANTOLISEI, Francesco, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 8ª edición, Traducción de Jorge Guerrero y Marino Ayerra Redín, Colombia, Editorial Temis, 1988, pp. 496, 498-500.

preventiva se ajuste a la ley y reglamento; aprueba el programa de tratamiento y cuando éste viola los derechos del condenado o internado, lo devuelve con las observaciones. Decide en torno a las reclamaciones de los detenidos e internos sobre la atribución del puesto de trabajo, el sueldo que debe recibir por el mismo y que esté asegurado médicamente; vigila que se cumpla principio de legalidad, el ejercicio del poder disciplinario del Director y que el derecho de defensa esté garantizado; provee sobre permisos y externación a hospital civil; autoriza que el detenido utilice su fondo de ahorro; y provee transferencia de los procesados a un instituto de ejecución de pena, después de que sentencia ha causado ejecutoria.³²⁶

La citada Ley número 354, en su artículo 70, estableció la Sala de Vigilancia que es un órgano colegial compuesto de un Magistrado de Vigilancia con funciones de Magistrado de Apelación que la preside; un juez de vigilancia y dos profesionales expertos en psicología, servicio social, psiquiatría, pedagogía o criminología. La función principal de esta Sala era la de otorgar previa solicitud y procedimiento jurisdiccional, los beneficios y medidas alternativas que concede el ordenamiento penitenciario a los condenados e internados, tales como el someter al detenido al servicio social, revocación anticipada de medidas de seguridad, otorgamiento de la semilibertad, reducción de la pena para la liberación anticipada, etc.³²⁷

El Código Italiano de Procedimiento Penal de 1930, normó la ejecución de la pena en sus artículos 141 al 149, que constituyeron la base del Reglamento para los institutos de prevención y de pena, aprobado por Real Decreto número 787 de 18 de junio de 1931. La mayor parte de esta materia, se incluyó en las normas acerca del ordenamiento penitenciario y de la ejecución de las medidas privativas y restrictivas de la libertad, aprobadas por la Ley número 357 de 26 de julio de 1975, modificada por las leyes números 1 y 450 de 1977, abrogando su artículo 89 la mayoría de los artículos del Código de Procedimientos Penales relacionados con la ejecución de la pena. De la anterior Ley 357, las normas del Código de Procedimiento Penal que en ese entonces quedaron intocadas (artículos 145 al 148) y del Reglamento número 431 de ejecución del decreto presidencial de 29 de abril de 1976, resultaron diversos principios fundamentales, de los cuales para efectos de nuestro trabajo destacamos el de la vigilancia del juez; en efecto, el Código establecía que la ejecución de las penas de detención debía ser vigilada por el juez, cuya intención del legislador fue que el juez después de declarar culpable al detenido mediante sentencia no lo desatendiera para evitar que quedara a merced de las autoridades carcelarias.

³²⁶ OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge, op. cit., pp. 158 y 159.

³²⁷ Ibidem, p. 159.

Principio que se amplió a la condena condicional, con la decisión a cargo de la Corte de Apelación y con más poderes para el juez de vigilancia.³²⁸

C) La Nueva Defensa Social. El jurista español Muñagorri casi al finalizar la década de los setentas del siglo pasado, confrontó la sanción penal y la postura del movimiento de política criminal humanista, contenida en la obra del jurista francés Marc Ancel intitulada *La Nueva Defensa Social* publicada en 1971, con apoyo también en otras obras anteriores y posteriores. Según Muñagorri, Ancel sostiene que el fin del derecho penal es la protección de la sociedad y de sus miembros contra la criminalidad, incluido el individuo delincuente; protección sustitutiva de la idea de represión y de retribución, realizable a través de un conjunto de medidas penales y extrapenales conectadas con la idea de peligrosidad, mediante el desarrollo de una política criminal considerada como un arte, dirigida a la persecución del crimen y al tratamiento resocializador como medios de humanización del derecho penal y en base al estudio científico del delito como hecho y de la personalidad del delincuente.³²⁹

Esta nueva defensa social de Ancel se diferencia de la nueva defensa social de Filipo Gramatica, quien sostiene como principios de ella los siguientes: El Estado no tiene el derecho de castigar, sino el deber de volver sociales a los individuos; sustitución de las penas por medidas preventivas, educativas y curativas, en relación con la antisocialidad subjetiva, noción biopsico-lógica de antisocialidad que sustituye a la noción de responsabilidad.³³⁰

Muñagorri refiere que Ancel utiliza los términos resocialización, reinserción y reeducación, para calificar la finalidad y el contenido del tratamiento, al expresar este último lo siguiente: Cuando la nueva defensa social hace de la resocialización el fin fundamental de la sanción penal, pone en primer plano la noción de reeducación, a la que le confiere un nuevo valor. Si la política criminal nueva es una política de reinserción social, no puede salir bien más que en tanto el hombre delincuente toma conciencia igualmente de su libertad, en tanto que se le hace libre en la medida en que no lo era. La nueva defensa social no pretende que todos los delincuentes puedan ser resocializados, sino pretende que el esfuerzo de reinserción social debe ser emprendido en principio para todos, en el sentido de buscar en la personalidad de cada delincuente posibilidades personales ulteriores de reinserción.³³¹

En consideración de Ancel, la transformación del Estado policía al Estado de bienestar, el delincuente ya no es el ciudadano convertido en el enemigo de las leyes al que es necesario corregir para que no vuelva a empezar,

³²⁸ Cfr. ANTOLISEI, Francesco, op. cit., pp. 518-519.

³²⁹ Cfr. MUÑAGORRI, Ignacio, *Sanción penal y política criminal*, España, editorial Reus, 1977, pp. 25 y 26.

³³⁰ *Ibidem*, p. 101.

³³¹ *Ibidem*, p. 136.

sino que es también el individuo en situación difícil y como ciudadano tiene un cierto derecho a su reincorporación social, que es un reflejo de una vocación esencial del ser humano a la sociabilidad; y que el tratamiento resocializador viene a ser un condicionamiento más o menos autoritario, impuesto al individuo y en el que se originaría como finalidad un conformismo puramente pasivo; el tratamiento no es una aceptación pasiva del delincuente resocializado de la sociedad como es en sus hábitos y conformismo tradicional, sino un proceso que tiende a devolver al hombre a sí mismo y no a entregarlo a una sociedad abusiva, privado de sus reacciones personales.³³²

Ancel distingue entre la individualización legislativa, judicial y del tratamiento, esta última ajustada a la personalidad del sujeto, no limitada a los elementos accidentales del delito ni a sus formas de aparición, sino realizada en base a un conocimiento de la personalidad del sujeto tras un examen médico-psicológico y social. Muñagorri estima que si para Ancel la personalidad del autor es el fundamento de la sanción considerada como tratamiento, no quiere decir que haya un derecho penal de autor frente a un derecho penal por el acto, sino que armoniza acto y sujeto, como se advierte por el propio Ancel al mencionar que el derecho penal clásico puso todo su esfuerzo en aislar el acto de la persona y desconocía la noción fundamental de personalidad. El derecho penal moderno se esfuerza en unir el acto y la personalidad. En cuanto derecho penal del acto permanece fiel al principio de legalidad de los delitos y las penas y a la intervención de un juez en el curso de un procedimiento legalmente organizado; y en el esfuerzo de tener en cuenta la personalidad, se dirige a una renovación completa del aparato de sanciones judiciales y al rejuvenecimiento correspondiente al antiguo proceso, sin desconocer los derechos fundamentales del acusado; el problema ha consistido en establecer un equilibrio entre los dos elementos: el acto sobre el que reposa la legalidad de la persecución; y la personalidad que sirve de fundamento al tratamiento individualizado.³³³

Para Ancel, el proceso moderno, como se le puede considerar en las perspectivas de la defensa social, no se termina necesaria y automáticamente con el pronunciamiento de la sentencia penal, pues desde el punto de vista de una sana política criminal de tratamiento, la fase de ejecución está incluida en el proceso entendido *lato sensu*. Respecto a la inclusión del juez de ejecución de penas en el Código de Enjuiciamiento penal italiano de 1930, Ancel considera que entraña consecuencias importantes: en adelante el juez colabora con la administración penitenciaria y participa en la elaboración y en la aplicación del tratamiento, transformándose en la expresión y la garantía de una nueva legalidad penitenciaria. Que este movimiento de reforma es universal, en tanto

³³² Ibidem, pp. 136 y 137.

³³³ Ibidem, pp. 138 y 139.

que tiende a reconocer los derechos subjetivos y un estatuto jurídico al condenado en el curso de la pena.³³⁴

Para Muñagorri, si la justicia penal que defiende Ancel, no termina con el pronunciamiento judicial sobre la materialidad del hecho y la culpabilidad del sujeto, ni en la determinación de la sanción, sino que, interesada por el futuro del delincuente, la justicia penal continúa su realización en la ejecución de la sanción, en la incidencia en que esta aplicación tiene en el sujeto delincuente, así como en el cuerpo social, es innegable la importancia prioritaria de la fase de ejecución, ya que es en ella donde se va a comprobar si la respuesta social que la sanción supone cumple los fines de reinserción preventiva que se propone, lejos de ser ya una respuesta que se da en razón del pasado y que, una vez dada, se olvida su valor jurídico-penal.³³⁵

V. PERSPECTIVAS DEL SISTEMA DE REINserCIÓN

A) Perspectiva dogmática constitucional. En el siglo XX, cuando se expidió la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, predominaba la influencia del derecho penal clásico, ya que en el diseño del sistema penal adoptado en dicha Constitución, se advierten rasgos característicos de él. Efectivamente, el Poder Constituyente le otorgó al Congreso de la Unión, en el artículo 73, fracción XXI, la facultad de definir los delitos y sus castigos. Este último vocablo denota represión por medio de las penas, las cuales a nivel constitucional consistieron en muerte; prisión; trabajo obligado y sin justa retribución; suspensión de derechos o prerrogativas; y destitución o inhabilitación, siendo penas principales la dos primeras, las demás accesorias.

Venustiano Carranza, en su proyecto de reformas a la Constitución, propuso la organización del sistema penitenciario en el artículo 18, en los términos siguientes:

Sólo habrá lugar a prisión por delito que merezca pena corporal o alternativa de pecuniaria y corporal. El lugar de prevención o prisión preventiva será distinto y estará completamente separado del que se destinare para la extinción de las penas. Toda pena de más de dos años de prisión se hará efectiva en colonias penales o presidios que dependerán directamente del Gobierno federal, y que estarán fuera de las poblaciones, debiendo pagar los

³³⁴ Ibidem, pp. 145-147.

³³⁵ Ibidem, p. 147.

*Estados a la Federación los gastos que correspondan por el número de reos que tuvieren en dichos establecimientos.*³³⁶

La comisión de constitución en su dictamen opuso una objeción al anterior artículo, destacada por el Diputado Truchuelo, secretario de la misma, consistente en la centralización del régimen penitenciario en todo el país, proponiéndose que los Estados establezcan el régimen penitenciario sobre la base del trabajo, como medio de regeneración del delincuente.³³⁷ El Diputado Pastrana Jaimés, también objetó el proyecto respecto a la prisión preventiva por delito que merezca pena alternativa (pecuniaria o corporal).³³⁸

El Diputado Macías, señaló que Beccaria protestó contra el sistema de la venganza privada y fundó el principio de lo que se ha llamado derecho penal clásico, en el cual el que delinquía debía la reparación correspondiente al mal que había causado, no solamente para regenerarse, sino que para que sirviese de preventivo a todos los miembros de la sociedad que podrán imitar su conducta; es decir, debe ser castigado, no sólo para que se regenere y no vuelva a cometer otro delito, sino que para su castigo sirva de ejemplo a los demás miembros de la sociedad y éstos se abstengan de cometer un delito semejante. Que sobre este sistema clásico penal está basado el Código Penal y la Constitución de 1857; sin embargo, la experiencia ha demostrado que ese sistema es vicioso, falso e ineficaz, ya que no hay delito como entidad objetiva, sino delinquentes y no delito; la delincuencia en el derecho penal científico moderno, es concreta. Del derecho penal clásico, vinieron los sistemas penitenciarios; y hoy es el sistema de la readaptación o adaptación del individuo. La cárcel, hoy, y los sistemas penales deben tener exactamente el mismo objeto que tiene la educación de la niñez en la escuela y en la familia: preparar al individuo para poderlo lanzar al mundo, pudiendo subsistir o convivir tranquilamente con sus semejantes.³³⁹

Según el Diputado Macías, Venustiano Carranza después de meditar los antecedentes de organización de las prisiones en Estados Unidos, Inglaterra y Alemania, pensó que era necesario abolir las penas crueles y trascendentales, acabar con las penitenciarías, que son instrumentos de tortura, ya que también acaban con los sentimientos nobles que pudiera tener el delincuente y con la salud. Y agrega, que conforme al sistema penal de Beccaria se estableció el sistema penitenciario, el cual lejos de regenerar al individuo lo hacen más delincuente, lo cual se palma en la penitenciaría de México, cuyo doctor en ella durante muchos años, Ricardo de la Cueva, elaboró estadística y concluyó que la

³³⁶ Diario de los Debates del Congreso Constituyente 1916-1917, Tomo II, p. 347.

³³⁷ *Ibidem*, p. 645.

³³⁸ *Ibidem*, p. 646.

³³⁹ *Ibidem*, p. 646-650.

mayor parte de los penitenciados se morían, los que salían delincían de nuevo y la reincidencia era extraordinaria, lo que demuestra que no se conseguía la regeneración del delincuente. Carranza quiso que se adoptara el sistema moderno, el cual en Estados Unidos, Inglaterra, Alemania y Francia, son las colonias penales, las colonias agrícolas, las que están a cargo de médicos y profesores, con el objeto de estudiar cada caso y las condiciones de cada individuo para hacerlo útil y devolverlo a la sociedad.³⁴⁰

El Poder Constituyente en el artículo 18, párrafo segundo, constitucional, dispuso que el sistema penal (colonias penales o presidios), se instituye para la regeneración sobre la base del trabajo; es decir, a la pena se le asignó el fin de regenerar al delincuente con base en el trabajo. Tratándose de las dos penas principales, respecto de la muerte era imposible conseguir ese fin.

Y en cuanto a la de pena de prisión, su aplicación y ejecución iba acompañada con la suspensión de los derechos y prerrogativas, al disponer el artículo 38, fracción III, constitucional que los derechos y prerrogativas de los ciudadanos se suspenden *durante la extinción de una pena corporal*; o sea privativa de la libertad. Es decir, el sentenciado a pena de prisión, era una persona que no tenía derechos mientras cumplía dicha pena. De manera que la pena de prisión no solamente afectaba su libertad personal, ya que trascendía a toda su esfera jurídica. En estas condiciones, ¿Qué derechos tenía el condenado a pena de prisión, durante su estadía en la cárcel? La Constitución de 1917 en su texto primigenio nada dice al respecto.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en tesis aislada sostiene que la suspensión recae en las prerrogativas del ciudadano y no en los derechos.³⁴¹ Sin embargo, podríamos interpretar que el único posible derecho que tenía era el de regenerarse por sí mismo mediante el trabajo, el cual corresponde al fin de la pena de prisión, la que por su expresión original utilizada, o sea, *castigo*, evidenciaba la retribución y un fin preventivo-especial. Asimismo, la pena de prisión no estaba vinculada con algún efecto social; es decir, no tenía un fin preventivo general, sino que el fin regenerativo recaía en el cuerpo y mente del prisionero, lo que nos permite señalar que el fin regenerador de la pena de prisión estaba adscrito a la teoría absoluta de la pena.

³⁴⁰ Ibidem, pp. 650 y 651.

³⁴¹ PATRIA POTESTAD. SU EJERCICIO NO SE SUSPENDE POR LAS CAUSAS QUE SEÑALA EL ARTÍCULO 38 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (Tesis aislada), Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Apéndice del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo I, Tesis: 2020, página: 1394, (Amparo directo en revisión 716/97.-María de la Luz Ayala González y coag.-3 de febrero de 1998.-Unanimidad de diez votos.-Ausente: Humberto Román Palacios.-Ponente: Mariano Azuela Güitrón.-Secretaria: Irma Rodríguez Franco.

En el anterior contexto, la autoridad judicial al dictar sentencia e imponer el castigo, pena privativa de libertad, también se desvinculaba del delincuente, pero a este fue ligado a los gobiernos de la federación y de los estados por lo que hace a la ejecución de la pena de prisión, de cuyos establecimientos nos da cuenta de ello Javier Piña y Palacios, en los términos siguientes: al final del siglo XIX y principios del siglo XX, era triste el panorama mexicano en materia carcelaria, ya que carecían de lugares de reclusión o penitenciarías Aguascalientes, Campeche, Saltillo, Colima, Tuxtla Gutiérrez, Guanajuato, Pachuca, Toluca, Morelia, Oaxaca, Querétaro, San Luis Potosí, Culiacán, Hermosillo, Tabasco, Tlaxcala, Veracruz, Zacatecas, Baja California y Quintana Roo. Chihuahua conservaba una torre que sirvió de cárcel para Hidalgo; Durango poseía una penitenciaría; Guadalajara contaba con una escuela penitenciaria; Cuernavaca, una de sus alas del Palacio de Cortés sirvió de prisión desde 1815, en la que estuvo Morelos.³⁴²

En el Distrito Federal, existían la penitenciaría, la cárcel general (de Belem, destinada para procesados) y las casas de corrección para menores. El Castillo de San Juan de Ulúa, dependía del gobierno federal. En 1900 se inauguró la penitenciaría de Lecumberri; y la colonia penitenciaria de las islas marías fue creada en 1908.³⁴³ Con motivo de la revolución armada, Lecumberri alojó individuos de peligro social o a desafectos al régimen imperante, por sus seguridades de reclusión; asimismo, al ser destruida la cárcel de Belem por bombardeos, fueron trasladados los procesados no fugados a Lecumberri; aquella cárcel se clausuró en 1933, lo que provocó que los internos procesados o sentenciados a penas menores, mujeres y hombres, fueran trasladados a Lecumberri. En opinión del Doctor Ojeda Velázquez, el reglamento de Lecumberri era un conjunto de normas congruentes con la finalidad de obtener *el arrepentimiento y la enmienda del delincuente y por ello represivo*, pero era el inicio de actitud humanitaria, si no humanista, pues se comenzaba a tomar en cuenta la manera de ser del individuo para sancionarlo o estimularlo.³⁴⁴

En el Diario Oficial de la Federación de 23 de febrero de 1965, se publicó la primera reforma que realizó el Poder Reformador al artículo 18, mediante la cual se estableció como fin del sistema penal la readaptación social, con base en el trabajo, la capacitación para el mismo y la educación. Esta reforma dio un viraje hacia la prevención especial, ampliando los medios para ello, pero permaneció el condenado desvinculado de la autoridad judicial en la ejecución de la pena y suspendidos sus derechos o prerrogativas.

³⁴² Citado por OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge, op. cit., p. 127.

³⁴³ Ibidem, pp. 128-130.

³⁴⁴ Ibidem, pp. 140 y 141.

El Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, en tesis aislada sostiene que en las discusiones del Congreso Constituyentes se advierte que la readaptación con sus elementos para lograrla, se traduce en una garantía para quienes ingresan en ese sistema, consistente en la obligación del Estado de brindar tales elementos; sin embargo, no se estableció como garantía individual de los sentenciados por la que necesariamente deban ser reintegrados al núcleo social, y menos de manera anticipada, pues de considerarlo así, además de haberlo expresado como lo hizo en diversos preceptos que sí prevén garantías individuales, hubiera establecido las bases para que el sistema penitenciario valorara el grado de readaptación social logrado por cada reo y, una vez alcanzado el idóneo, tuviera derecho inmediato a su liberación, por carecer ya de objeto su reclusión.³⁴⁵

En resumen, cuando entró en vigor la Constitución de 1917, estaba vigente el Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California sobre delitos del fuero común y para toda la república sobre delitos contra la federación de 7 de diciembre de 1871, en el cual la pena prevista para cada delito era fija, cuyo término se le denominó término medio, al que se podía reducir un tercio y era término mínimo o bien aumentar un tercio de su duración al que se le denominó término máximo, según las agravantes o atenuantes; la pena de prisión iba acompañada con el trabajo forzoso, lo cual concuerda con la Constitución de 1857, en la que no se plasma expresamente ninguna función de la pena, pero el trabajo en la Constitución de 1917 se toma en cuenta para regenerar a los sentenciados a prisión.

Primero la función de la pena es regenerar y después la readaptación social y procurar que no vuelva a delinquir, pero ¿Qué significan? ¿Son conceptos diferentes? Según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, regenerar significa dar nuevo ser a algo que degeneró, restablecerlo o mejorarlo; y hacer que alguien abandone una conducta o unos hábitos reprobables para llevar una vida moral y físicamente ordenada. Readaptar, significa adaptarse de nuevo, volver a adaptarse, y adaptarse significa acomodarse, avenirse a diversas circunstancias, condiciones, etc. Y procurar que no vuelva a delinquir, implica evitar o apartarlo de que cometa otros delitos en el futuro, es decir, prevenir.

³⁴⁵ READAPTACIÓN SOCIAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 18 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, EN SU TEXTO ANTERIOR A LA REFORMA PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 18 DE JUNIO DE 2008. NO ES UNA GARANTÍA INDIVIDUAL DE LOS SENTENCIADOS POR LA QUE NECESARIAMENTE DEBAN SER REINTEGRADOS AL NÚCLEO SOCIAL (Tesis aislada), Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXI, abril de 2010, Tesis: I. 4°.P.53 P, página 2799, (Amparo en revisión 167/2009. 3 de diciembre de 2009. Unanimidad de votos. Ponente: Olga Estrever Escamilla. Secretaria: Lorena Oliva Becerra).

Luego entonces, la regeneración en el texto primigenio de la Constitución de 1917, tenía como finalidad que el sentenciado cambiara, se le restableciera o mejorarlo sobre la base del trabajo, lo que da la pauta para pensar que se consideraba que el ocio o la vagancia eran una fuente de conductas que degeneraban al individuo, al cual se le podía hacer resurgir, restablecer o mejorarlo mediante el trabajo, dignificando así a la persona.

Por readaptar, en la primera reforma al artículo 18, párrafo segundo, constitucional, entendemos que el sentenciado debe volver a acomodarse o avenirse a las circunstancias o condiciones imperantes que reclama y espera la sociedad para su tranquilidad y seguridad, o sea, el respeto a los bienes jurídicos de los miembros de la sociedad; acomodamiento que puede lograrse por medio del *trabajo, la capacitación para el mismo y la educación*. Nótese que ya no se considera suficiente el trabajo, sino además la capacitación y la educación.

Regenerar, no tenía una función preventivo especial; y readaptar si tiene una función preventivo-especial. Los medios utilizados para la función de regenerar y readaptar, han sido ineficaces o los operadores del sistema penitenciario son los ineficaces, dado que se han incrementando tales medios y pese a ello la reincidencia es abrumadora, lo cual nos conduce a preguntarnos:

¿El trabajo, la capacitación para el mismo y la educación, son insuficientes para lograr la prevención especial?.,

¿El Estado mexicano considera que las personas delinquen porque no tienen trabajo, porque no están capacitadas para el mismo y porque no tienen educación?.,

¿El Estado genera las condiciones para que las personas delincan, al no crear las oportunidades para todos de contar con un trabajo, de capacitarse para el mismo y de tener un espacio educativo?’,.

¿Por qué el Estado les brinda a los sentenciados a prisión, los medios mencionados, y no antes de que delincan cuando están en libertad?.,

¿El Estado como rector de la economía del país, ha diseñado o adoptado políticas económicas que han hecho inasequible la existencia de los medios mencionados, tanto en la sociedad en libertad como en la sociedad en prisión para la función de la pena?.,

¿El Estado para obligarse a hacer efectivos los derechos fundamentales del trabajo, capacitación para el mismo, educación, salud y deporte, requiere que los ciudadanos estén en la cárcel?.,

¿El Estado y las familias durante el desarrollo de los niños deben preocuparse y ocuparse en construir las condiciones necesarias para concientizarlos en el respeto de los valores morales, éticos, culturales, jurídicos, a efecto de contar en el futuro con mejores ciudadanos o virtuosos, etc.?

¿La corrupción y la impunidad son factores que han hecho nugatorio todo el sistema penal?

¿Es legítima la función de la pena, cuando se condena a prisión, a quien contaba con un trabajo, estaba capacitado para el mismo y tenía educación, y pese a todo ello delinquirió?, etc.

Por Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 18 de junio de 2008, se reformaron diversos artículos constitucionales, mediante los cuales cambiaron el sistema penitenciario por el sistema de reinserción social, ampliándose los elementos para lograrlo: ya no solamente con base en el trabajo, la capacitación para el mismo y la educación, sino además *la salud y el deporte*. Y se incluye el propósito de procurar que no vuelva a delinquir.

Así, la pena tiene doble sentido: retrospectivo y prospectivo, y una función preventivo-especial. En el primer sentido, actúa sobre un hecho delictivo del pasado; en el segundo, se dirige al futuro para reinsertar al sentenciado en sociedad; y la función de la pena, estriba en que no vuelva a delinquir el condenado a la privación de su libertad personal.

Asimismo, en la mencionada reforma constitucional de 18 de junio de 2008, en el artículo 20, apartado A, fracción VIII, se consagró el principio general, del proceso penal acusatorio, consistente en que el juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado. Y en el artículo 22, párrafo primero, se adicionó la parte segunda, en la que se estableció que toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado. Así también, es importante mencionar que por reforma al artículo 20, apartado B, fracción IV, constitucional, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 21 de septiembre de 2000, se incluyó como derecho de la víctima o del ofendido el que se le repare el daño, en los casos que sea procedente, el ministerio público está obligado a solicitar la reparación del daño y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria. Este derecho a la reparación del daño se reiteró en la reforma constitucional de 18 de junio de 2008, pero además se incluyó también el derecho de la víctima u ofendido para solicitar de manera directa esa reparación, sin perjuicio de que también la solicite el ministerio público.

En cuanto al principio general relativo a que el juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad, nos está indicando que el juicio de reproche recaerá en el autor o partícipe del injusto penal y la imposición de la pena será porque se tiene la convicción de que es culpable, de donde se infiere que la función de la pena hacia el futuro es de carácter preventivo especial. En lo que se refiere al otro principio de que la pena será proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado, entendemos que va dirigido al legislador para cuando elabore un tipo penal con su respectiva pena, en cuyo caso será con el objeto de proteger siempre a un bien jurídico, pero además fijando un mínimo y un máximo de duración de la pena, los cuales deben ser proporcionales con respecto al bien jurídico afectado. El bien jurídico protegido, nos está revelando que entonces la pena también tiene una función preventivo general, al conminar con una pena la afectación del bien jurídico, para que la población se abstenga de realizar dicha afectación. Y por lo que hace al derecho a la reparación del daño de la víctima u ofendido, se vincula con las sanciones penales, tanto con la pena privativa de libertad (en la que para determinar el quantum de la pena se toma en consideración el daño ocasionado), como con la pena pecuniaria (como medio para resarcir el daño ocasionado a la víctima u ofendido), de ahí que es un elemento a considerar en la función de la pena.

Desde el punto de vista de la ejecución y cumplimiento de la pena, ésta tendrá la función preventivo-especial, es decir, para que no vuelva a delinquir mediante una forma que es la reinserción social por medio del trabajo, capacitación para el mismo, educación, salud y deporte, así como con respeto a los derechos humanos, de conformidad con la reforma de diversos artículos constitucionales publicada en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011, entre ellos el artículo 18.

A) Perspectiva penológica. El Código Penal Federal, en su artículo 25, establece que la pena de prisión tendrá una duración de 3 días a 60 años como límite máximo, en los términos siguientes:

La prisión consiste en la privación de la libertad corporal. Su duración será de tres días a sesenta años, y sólo podrá imponerse una pena adicional al límite máximo cuando se cometa un nuevo delito en reclusión. Se extinguirá en las colonias penitenciarias, establecimientos o lugares que al efecto señalen las leyes o la autoridad ejecutora de las penas, ajustándose a la resolución judicial respectiva.

La privación de libertad preventiva se computará para el cumplimiento de la pena impuesta así como de las que pudieran imponerse en otras causas, aunque hayan tenido por objeto hechos anteriores al ingreso

a prisión. En este caso, las penas se compurgarán en forma simultánea.

La Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 11, establece una pena de 40 a 70 años de prisión, cuando la víctima es privada de la vida por los autores o partícipes de los delitos previstos en dicha Ley, en el tenor siguiente:

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

El artículo 19 de dicha Ley General, prohíbe la reducción de las penas de prisión, salvo en el caso de que colaboren en materia de delincuencia organizada, en los términos siguientes:

Los sentenciados por los delitos a que se refiere la presente Ley no tendrán derecho a los beneficios de la libertad preparatoria, sustitución, conmutación de la pena o cualquier otro que implique reducción de la condena.

Quienes colaboren proporcionando datos fehacientes o suficientes elementos de convicción a la autoridad en la investigación y persecución de otros miembros de la delincuencia organizada o de bandas de personas dedicadas a la comisión de delitos en materia de secuestros y para la localización y liberación de las víctimas conforme al Código Penal Federal y la Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, tendrán derecho a los beneficios citados en el primer párrafo del presente artículo, siempre que concurran todas las condiciones que a continuación se enuncian:

I. Respecto de los delitos sancionados con una pena que no exceda de cuatro años de prisión;

II. El sentenciado acepte voluntariamente la colocación de un dispositivo de localización por el tiempo que falte cumplir la pena de prisión y pague el costo de su operación y mantenimiento;

III. El sentenciado sea primodelincuente;

IV. En su caso, cubra la totalidad de la reparación del daño o de manera proporcional, cuando haya sido

condenado en forma solidaria y mancomunada y sea determinada dicha reparación;

V. Cuento con una persona conocida que se comprometa y garantice a la autoridad penitenciaria el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el sentenciado;

VI. Compruebe fehacientemente contar con un oficio, arte o profesión o exhiba las constancias adecuadas que acrediten que continuará estudiando;

VII. Cuento con fiador, y

VIII. Se obligue a no molestar a la víctima y a los testigos que depusieron en su contra, así como a sus parientes o personas vinculadas a éstos.

Como podemos apreciar, el Código Penal Federal establece como límite máximo de duración de la pena de prisión, el de 60 años; mientras que en la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, establece como límite máximo de duración de la pena de prisión, el de 70 años, sin posibilidad de reducción.

En este contexto, si el sistema penal comprende a los imputables que tienen 18 años de edad, en el supuesto de que algún joven de ésta edad cometa el delito de secuestro o participa en el mismo y priva de la vida a la víctima y es condenado a la pena máxima, obtendrá su libertad a los 88 años de edad, si es que no muere antes. Según el INEGI (Instituto Nacional de Estadística y Geografía), la esperanza de vida al nacer en 1990 era de 70.6 años; y en 2010 era de 75.4 años de vida, siempre y cuando se mantuvieran a lo largo de su vida las condiciones de mortalidad prevaletentes del presente.³⁴⁶ El mismo Instituto, en esperanza de vida por sexo, en 1990 para hombres era de 67.7; y para mujeres era de 73.5; en 2012 en hombres 73.4; y para mujeres 78.1 años de vida, sobre la base de las tasas de mortalidad por edad para un año determinado.³⁴⁷

De acuerdo a la esperanza de vida al nacer en 2012, para hombres y mujeres, no llega a los 88 años de edad; de manera que la pena de prisión máxima de 70 años está casi a la par de la esperanza de vida del hombre al nacer en México, pues la diferencia es de 3.4 años. Lo anterior, significa que el

³⁴⁶ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Página principal del Instituto Nacional de Estadística y Geografía* (13 de enero de 2012) México de un vistazo 2011, disponible desde: http://buscador.inegi.org.mx/search?q=esperanza+de+vida+2011&site=default_collection&btnG=Buscar&tx=promedio_de_vida&CboBuscador=default_collection&client=frontend_1&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=frontend_1&getfields=&entsp=a_inegi_politica&Proxyreload=1&numgm=5&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&exclude_apps=1&tlen=900

³⁴⁷ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Página principal del Instituto Nacional de Estadística y Geografía* (13 de enero de 2012), *Esperanza de vida según sexo 1990-2011*, disponible desde: <http://www.inegi.org.mx/sistemas/sisept/Default.aspx?t=mdemo129&c=23598&s=est>

límite máximo de la pena de prisión de 70 años, prevista en la precitada Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, es vitalicia; es decir, nos encontramos ante la presencia de la pena de prisión vitalicia o cadena perpetua, que es la de mayor intensidad.

Acerca de este tipo de pena, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia se pronunció en principio en el sentido de que constituye una pena inusitada de las prohibidas por el artículo 22 constitucional.³⁴⁸ Posteriormente, modificó dicha tesis por otra tesis de jurisprudencia, en la que sostuvo lo contrario; es decir, que la prisión vitalicia no constituye una pena inusitada de las prohibidas por el precitado artículo 22 constitucional.³⁴⁹ En esta última tesis no se argumentó razonablemente los fines de la pena de prisión, entre ellos el de la readaptación social en ese entonces. Actualmente, con el cambio al sistema de reinserción social e inclusión del juez de ejecución de penas, por virtud de la reforma a los artículos 18 y 21 constitucionales, entre otros, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 18 de junio de 2008, consideramos que el Pleno de la Corte tendrá que reconsiderar si la prisión vitalicia o perpetua constituye una pena inusitada de las prohibidas por el artículo 22 constitucional. En efecto, ya que expresamente en la Constitución se señala que el sistema penitenciario tiende a la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, con base en el trabajo, capacitación para el mismo, educación, salud y deporte, observando los beneficios que para él prevé la ley. En este sentido, la prisión vitalicia o cadena perpetua pugna con los fines de la pena de prisión.

El Tribunal Constitucional de Perú, respecto a la cadena perpetua no declaró su inconstitucionalidad, bajo el criterio de que todas las objeciones que suscitaba su establecimiento en el sistema penal podían subsanarse si se

³⁴⁸ PRISIÓN VITALICIA. CONSTITUYE UNA PENA INUSITADA DE LAS PROHIBIDAS POR EL ARTÍCULO 22 CONSTITUCIONAL, (Tesis de Jurisprudencia), Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XIV, Octubre de 2001, Tesis P./J.127/2001, página 15, (Contradicción de tesis 11/2001. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Cuarto en Materia Penal del Primer Circuito. 2 de octubre de 2001. Mayoría de seis votos. Ausentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, José Vicente Aguinaco Alemán y José de Jesús Gudiño Pelayo. Disidentes: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Leticia Flores Díaz. Encargado del engrose: Humberto Román Palacios. Secretario: Francisco Octavio Escudero Contreras). El Tribunal Pleno, en su sesión pública celebrada hoy dos de octubre en curso, aprobó, con el número 127/2001, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a dos de octubre de dos mil uno.

³⁴⁹ PRISIÓN VITALICIA. NO CONSTITUYE UNA PENA INUSITADA DE LAS PROHIBIDAS POR EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, (Tesis de Jurisprudencia), Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXIII, Febrero de 2006, Tesis: P./J.1/2006, página 6, (Solicitud de modificación de jurisprudencia 2/2005-PL. Presidente Mariano Azuela Güitrón, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia y Sergio A. Valls Hernández, Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 29 de noviembre de 2005. Mayoría de seis votos. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz, Juan Díaz Romero, Genaro David Góngora Pimentel, José de Jesús Gudiño Pelayo y Juan N. Silva Meza. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretarios: Rafael Coello Cetina y Alberto Díaz Díaz). El Tribunal Pleno, el tres de enero en curso, aprobó, con el número 1/2006, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a tres de enero de dos mil seis. Nota: En su sesión de 29 de noviembre de 2005, el Tribunal en Pleno determinó modificar la tesis P./J. 127/2001, que aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XIV, octubre de 2001, página 15, para quedar aprobada en los términos de la diversa P./J. 1/2006.

introducía una serie de medidas que revirtieran su carácter intemporal, exhortando al legislador para que realice las modificaciones legislativas pertinentes, destacando lo siguiente:

... actualmente, para supuestos análogos, como es el caso de la cadena perpetua en el estatuto de la Corte Penal Internacional ..., se ha previsto la posibilidad de revisar la sentencia y la pena, luego de transcurrido un determinado número de años. Y si bien dicho instrumento normativo no es aplicable para el caso de los sentenciados por los delitos regulados por los decretos leyes impugnados, el legislador nacional puede adoptar medidas de semejante naturaleza a fin de contrarrestar los efectos inconstitucionales de no haberse previsto una fecha de culminación con la pena de cadena perpetua.

En ese sentido, debe recordarse que el estatuto en referencia forma parte del derecho nacional, al haber sido ratificado mediante Decreto Supremo 079-2001-RE, y ella contempla la posibilidad de disponer la reducción de la pena, la que puede efectuarse sólo después de que el recluso haya cumplido las 2/3 partes de la pena o 25 años de prisión en el caso de la cadena perpetua (STC00010-2002-AI/TC, fundamentos 191-192).

Asimismo, sugirió un régimen especial en materia de beneficios penitenciarios, para posibilitar la efectividad de los principios de dignidad de la persona y resocialización (STC0010-2002-AI/TC, fundamento 193), concluyendo que la cadena perpetua sólo es inconstitucional si no se prevén mecanismos temporales de excarcelación, vía los beneficios penitenciarios u otras que tengan por objeto evitar que se trate de una pena intemporal. Derivado de esta sentencia, el Congreso Legislativo delegó por medio de la Ley 27913 al Ejecutivo la facultad de legislar Decretos Legislativos para adecuar el régimen jurídico de la cadena perpetua, lo cual se hizo en el Decreto Legislativo 921, en cuyo artículo 1 se incorporó la revisión de la pena de cadena perpetua al cumplirse los 35 años de privación de libertad; y ordenó el artículo 4, la incorporación de un capítulo en el Código de Ejecución Penal sobre el procedimiento de la revisión de la cadena perpetua.³⁵⁰

B) Perspectiva desde la dignidad humana. LeFranc sostiene que la invocación de la dignidad humana a nivel mundial se llevó a cabo a partir de la mitad del siglo XX, derivado de las atrocidades cometidas durante el

³⁵⁰ Cfr. LANDA ARROYO, César, *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Perú, Palestra Editores, 2010, pp. 55 y 56.

nacionalsocialismo, como se advierte en el consenso declarado en el primero y segundo considerando del preámbulo de la Declaración Universal de Derechos del Hombre, al aseverar: *Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. Considerando que el desconocimiento y el desprecio de los derechos del hombre han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad*".³⁵¹

Esta invocación del principio de la dignidad humana por el derecho, fue parcialmente como consecuencia del debate entre las corrientes iusnaturalistas y positivista, al ser rechazado en Alemania el positivismo jurídico desde la conclusión del dominio nazi, como se advierte en Radbruch quien era positivista antes del nacionalsocialismo y después cambió su postura afirmando que el positivismo jurídico había dejado indefensos a los juristas y al pueblo frente a leyes arbitrarias, crueles y criminales.³⁵²

En la interpretación acerca de la dignidad humana, dado que no existe una tradición interpretativa sobre ella, la corriente dominante optó por acudir a la obra de Kant ofreciendo una interpretación formal de raíz ilustrada (relacionada con una moral formal, universal, absoluta, ahistórica, etc.), la cual al parecer los tribunales constitucionales la adoptaron en sus sentencias, dejando de considerar el imperativo categórico de Kant, como proposición sintética a priori, haciéndolo incompatible con la invocación a la dignidad en la precitada Declaración y en constituciones.³⁵³ Por lo que si no es posible trasladar directamente al ámbito jurídico los conceptos ético-filosóficos de Kant, es posible estudiar la dignidad desde la óptica del análisis filosófico de la experiencia humana, básicamente la de las víctimas.³⁵⁴

Los primeros instrumentos internacionales en donde se invocó la dignidad humana, fue como hemos visto la Carta de las Naciones Unidas de 26 de junio de 1945, en su preámbulo; y en la Declaración Universal de Derechos del Hombre, en su preámbulo y en su artículo 1 al establecer: *Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternamente los unos con los otros*.³⁵⁵

También en las constituciones de diversos países europeos se acogió la dignidad humana: Constitución Alemana de 1949, en su artículo 1 (*La dignidad*

³⁵¹ Cfr. LEFRANC WEEGAN, Federico, *Sobre la Dignidad Humana*, México, Ubijus editorial, 2011, pp. 11 y 20.

³⁵² *Ibidem*, p. 13.

³⁵³ *Ibidem*, p. 15.

³⁵⁴ *Ibidem*, p. 30.

³⁵⁵ Organización de las Naciones Unidas, *Página principal de la Organización de las Naciones Unidas* (17 de enero de 2012), Resolución de la Asamblea General A/RES/217 (III), en su 183ª sesión plenaria, 10 de diciembre de 1948, disponible desde: [http://www.un.org/Docs/asp/ws.asp?m=A/RES/217\(III\)](http://www.un.org/Docs/asp/ws.asp?m=A/RES/217(III))

del hombre es sagrada y su respeto y protección constituyen un deber para todas las autoridades del Estado); Constitución de la República Italiana, en su artículo 3 (Todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales); Constitución Española de 1978, en su artículo 10.1 (La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son el fundamento del orden político y de la paz social). Y en América Latina, la Constitución de Colombia de 1991, en su artículo 1 (Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general).³⁵⁶

Respecto al concepto dogmático de la dignidad humana, el Supremo Tribunal Constitucional español en su sentencia STC 53/1985, foja 8, afirmó: *La dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás.*³⁵⁷

El Tribunal Constitucional Federal alemán, en su sentencia BVerfGE 45, 187 (227), manifestó: *a la norma de la dignidad de la persona subyace la concepción de la persona como un ser ético-espiritual que aspira a determinarse y a desarrollarse a sí mismo en libertad. La Ley Fundamental no entiende esta libertad como la de un individuo aislado y totalmente dueño de sí mismo, sino como la de un individuo referido y vinculado con la comunidad.*³⁵⁸

En la referida sentencia del Supremo Tribunal Constitucional Español, en opinión de Lefranc, el aspecto espiritual y la autodeterminación (autonomía) acusan conceptos de Kant, pero además en otra parte de la misma resolución se afirma que la dignidad de la mujer excluye considerarla como un instrumento. Sin embargo, también en dicha sentencia se hacen referencias ambiguas o polivalentes respecto a la dignidad, como un *valor jurídico fundamental* en la dimensión moral de la vida humana; como *germen o núcleo de unos derechos que le son inherentes*; *valor espiritual y moral inherente a la persona*; *un principio*; *un valor constitucional de muy relevante significación*. Y reconoce que los derechos derivados de la dignidad humana no son absolutos, ni esta puede prevalecer sobre aquéllos, ya que la prevalencia supone la desaparición de un bien constitucionalmente protegido, por ende, el intérprete constitucional debe ponderar los bienes y derechos, armonizándolos o fijando

³⁵⁶ LEFRANC WEEGAN, Federico, op. cit., pp. 33 y 34.

³⁵⁷ Ibidem, p. 38.

³⁵⁸ Idem.

las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos.³⁵⁹

En México, se ha construido el concepto de dignidad, inclusive se ha definido y fijado su naturaleza. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia señaló que el artículo 1 constitucional protege la dignidad humana, *la cual es condición y base de todos los derechos humanos*.³⁶⁰

El Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, en tesis de jurisprudencia definió la dignidad humana como *el origen, la esencia y el fin de todos los derechos humanos*.³⁶¹

El mismo Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, en tesis de jurisprudencia, aseveró lo siguiente:

*La dignidad humana es un valor supremo establecido en el artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud del cual se reconoce una calidad única y excepcional a todo ser humano por el simple hecho de serlo, cuya plena eficacia debe ser respetada y protegida integralmente sin excepción alguna.*³⁶²

³⁵⁹ Ibidem, pp. 38 y 39.

³⁶⁰ DERECHO PENAL DE ACTO. RAZONES POR LAS CUALES LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS SE DECANTA POR DICHO PARADIGMA (INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE LOS ARTÍCULOS 10., 14, TERCER PÁRRAFO, 18, SEGUNDO PÁRRAFO, Y 22, PRIMER PÁRRAFO), (tesis aislada), Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro II, noviembre de 2011, Tesis: 1°.CCXXIV/2011 (9°.), página 197, (Amparo directo en revisión 1562/2011. 24 de agosto de 2011. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Julio Veredín Sena Velázquez).

³⁶¹ DIGNIDAD HUMANA, DEFINICIÓN DE, (Tesis de jurisprudencia), Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro I, octubre de 2011, Tesis de jurisprudencia: 1.5°.C.J/30 (9°.), página 1528, (Amparo directo 309/2010. 10 de junio de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Walter Arellano Hobelsberger. Secretario: Enrique Cantoya Herrejón. Amparo directo 657/2010. 21 de octubre de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Walter Arellano Hobelsberger. Secretaria: Carmina Cortés Pineda. Incidente de suspensión (revisión) 286/2010. 30 de septiembre de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: María Soledad Hernández Ruiz de Mosqueda. Secretario: Miguel Ángel Silva Santillán. Amparo directo 371/2011. 22 de julio de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: María Soledad Hernández Ruiz de Mosqueda. Secretario: Hirám Casanova Blanco. Amparo directo 504/2011. 10. de septiembre de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: María Soledad Hernández Ruiz de Mosqueda. Secretario: Ricardo Mercado Oaxaca).

³⁶² DIGNIDAD HUMANA. SU NATURALEZA Y CONCEPTO, (Tesis de jurisprudencia), Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro I, octubre de 2011, Tesis de jurisprudencia: 1.5°.C.J/31 (9°.), página 1529, (Amparo directo 309/2010. 10 de junio de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Walter Arellano Hobelsberger. Secretario: Enrique Cantoya Herrejón. Amparo directo 657/2010. 21 de octubre de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Walter Arellano Hobelsberger. Secretaria: Carmina Cortés Pineda. Amparo directo 170/2011. 25 de marzo de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: Walter Arellano Hobelsberger. Secretario: Enrique Cantoya Herrejón. Amparo directo 371/2011. 22 de julio de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: María Soledad Hernández Ruiz de Mosqueda. Secretario: Hirám Casanova Blanco. Amparo directo 504/2011. 10. de

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia, en tesis aislada, sostiene que la dignidad humana constituye un derecho absolutamente fundamental, base y condición de todos los demás, el derecho a ser reconocido y a vivir en y con la dignidad de la persona humana, y del cual se desprenden todos los demás derechos necesarios para que los individuos desarrollen integralmente su personalidad, de entre los que se encuentran el derecho a la vida, integridad física y psíquica, al honor, a la privacidad, al nombre, a la propia imagen, al libre desarrollo de la personalidad, al estado civil y el propio derecho a la dignidad personal, los que aun cuando no se enuncian expresamente en la Constitución, están implícitos en los tratados suscritos por México.³⁶³

La Primera Sala, antes de la reforma constitucional de 18 de junio de 2008, en el que se incluyó el sistema de reinserción social, en torno al principio de igualdad en relación con los sustitutivos de la pena de prisión y los beneficios de la condena condicional, cuyos requisitos están previstos en los artículos 70 y 90 del Código Penal Federal, respectivamente, sostiene en tesis aislada que no violan el mencionado principio ya que configuran instituciones y medidas que orientan la política criminal y penitenciaria del Estado al objetivo de la readaptación social del delincuente, de tal suerte que se está en el ámbito de afectación directa de los derechos fundamentales de los individuos, ya que la Constitución no otorga a los sentenciados un derecho inviolable a que se sustituya por otra medida la pena de prisión que en una sentencia firme les haya impuesto o a que se les aplique una condena condicional en lugar de una condena ordinaria, además de que no está ligada una faceta estrechamente con la dignidad humana, pues no puede sostenerse que de la aplicación o no de los mencionados institutos dependa la debida salvaguarda de la dignidad humana, por lo que no se está ante normas que establezcan clasificaciones entre los ciudadanos, sino ante disposiciones legales dictadas en cumplimiento a lo mandado por el artículo 18 constitucional, respecto a un sistema penal orientado

septiembre de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: María Soledad Hernández Ruiz de Mosqueda. Secretario: Ricardo Mercado Oaxaca).

³⁶³ DIGNIDAD HUMANA. EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO LA RECONOCE COMO CONDICIÓN Y BASE DE LOS DEMÁS DERECHOS FUNDAMENTALES, (Tesis aislada), Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXX, diciembre de 2009, página 8, Tesis aislada P.LXV/2009, (Amparo directo 6/2008. 6 de enero de 2009. Once votos. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretaria: Laura García Velasco. El Tribunal Pleno, el diecinueve de octubre en curso, aprobó, con el número LXV/2009, la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a diecinueve de octubre de dos mil nueve).

a la readaptación social y en cumplimiento del cual tienen un margen de discreción normativa y aplicativa notable.³⁶⁴

A finales de los años sesenta del siglo XX, Maihofer aseveró que la ley penal compatible con la dignidad del hombre no sólo tiene que ser configurada y aplicada en su función de tutela, según el principio *in dubio pro libertate* (la máxima permisión y mínima posible limitación de la libertad), así como definida en su función de garantía conforme a ese principio. Y agrega, que el respeto a la dignidad humana en el individuo, aún cuando éste sea acusado y condenado como criminal, prohíbe no sólo el castigo de inocentes, también la pena por sospechas sin prueba convincente de la culpabilidad (según el principio *in dubio pro reo*) y en general toda pena sin culpabilidad (según el principio *nulla poena sine culpa*) o que exceda la medida de la culpabilidad del autor por su hecho.³⁶⁵

En España, el Tribunal Constitucional en su sentencia STC 65/1986 refiere que el principio de proporcionalidad de la pena, se puede derivar de la cláusula del Estado de Derecho, del valor justicia y del principio de la dignidad humana. Y que el artículo 15 resulta vulnerado porque también la prohibición de penas inhumanas y degradantes contiene implícitamente el principio de proporcionalidad, pues sólo la pena proporcionada a la gravedad del hecho es humana y respetuosa de la dignidad de la persona, es decir, no degradante.³⁶⁶

En Alemania, en la sentencia del Tribunal Constitucional Federal BVerfGE 45, 187, se sostiene que el mandato de respetar la dignidad humana significa especialmente que se prohíben penas crueles, inhumanas y denigrantes.³⁶⁷

Respecto a la prohibición de penas inusitadas y trascendentales, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la Quinta Época, interpretó por pena inusitada aquella que ha sido abolida por inhumana, cruel, infamante, excesiva, que no corresponde a los fines que persigue la penalidad, porque no llena las características de una eficaz sanción, como las de ser moral, personal, divisible, popular, tranquilizadora, reparable y ejemplar; o bien,

³⁶⁴ IGUALDAD. LOS ARTÍCULOS 70 Y 90 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL QUE PREVIÉN RESPECTIVAMENTE, LOS SUSTITUTIVOS DE LA PENA DE PRISIÓN Y LOS BENEFICIOS DE LA CONDENA CONDICIONAL, NO VIOLAN ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL, (Tesis aislada), Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XX, diciembre de 2004, página 363, Tesis aislada 1ª.CXXXIV/2004, (Amparo directo en revisión 988/2004. 29 de septiembre de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Rosalba Rodríguez Mireles)..

³⁶⁵ MAIHOFFER, Werner, *Estado de derecho y dignidad humana*, Traducción de José Luis Guzmán Dalbora, Argentina, B de F editorial, 2008, pp. 146, 149 y 150.

³⁶⁶ LEFRANC WEEGAN, Federico, op. cit., pp. 61 y 62.

³⁶⁷ *Ibidem*, p. 62.

aquellas que aun cuando no hayan existido sean de la misma índole de las citadas. Y trascendental significa que afectan a los parientes del condenado.³⁶⁸

Lefranc estima que esta clase de mandatos (de respetar la dignidad humana, prohibiendo penas crueles, inhumanas y degradantes) quizá son relativizados a partir de interpretaciones que afectan, por ejemplo, a las personas sometidas a prisión, cuya condición puede repercutir en la interpretación de sus derechos y por ende en su dignidad personal, como el caso referido por Alexy, en el que el Tribunal Constitucional alemán le dio precedencia a la comunidad estatal por sobre el principio de la dignidad de una persona condenada a cadena perpetua. Iñaki estima que ese tipo de interpretación particular devalúa los derechos fundamentales de los reclusos, lo que provoca la configuración de una ciudadanía de segunda categoría.³⁶⁹

C) Perspectiva en los instrumentos internacionales y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos por medio de sus resoluciones en la defensa de los mismos cuando las víctimas están recluidas. Destacaremos a continuación los textos internacionales de los que México es Parte y que forman parte de la Ley Suprema de la Unión. En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 10, numeral 3, establece que el sistema penitenciario consistirá en un *tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados*. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.³⁷⁰

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se dispone en el artículo 5, numeral 6, que las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.³⁷¹

La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, en su artículo 5 señala que ni la peligrosidad del detenido o penado, ni la inseguridad del establecimiento carcelario o penitenciario pueden justificar la tortura.³⁷² Y en su artículo 7, se comprometen los Estados a tomar medidas para

³⁶⁸ PENAS INUSITADAS Y TRASCENDENTALES, (Tesis aislada), Quinta Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo XLII, página 2103, (Amparo penal directo 15328/32. Arriaga Pineda María. 26 de octubre de 1934. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Enrique Osorno Aguilar. La publicación no menciona el nombre del ponente).

³⁶⁹ Ibidem, pp. 62 y 63.

³⁷⁰ Secretaría de Relaciones Exteriores, *Página principal de la Secretaría de Relaciones Exteriores*, (13 de enero de 2012), disponible desde: <http://www.sre.gob.mx/tratados/index.php>

³⁷¹ Idem.

³⁷² Idem.

el adiestramiento de agentes de policía y demás funcionarios responsables de la custodia de las personas privadas de su libertad provisional o definitiva, en los interrogatorios, detenciones o arrestos, se ponga especial énfasis en la prohibición del empleo de la tortura; y para evitar otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.³⁷³

La Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 37, establece que los Estados Parte velarán por que ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Además, de que no se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad.³⁷⁴

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en su artículo 77 referente a las penas, en su numeral 1 prevé que la pena de reclusión no excederá de 30 años; o la reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado.³⁷⁵

Otros instrumentos internacionales importantes son las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos; Procedimiento de Aplicación de las reglas Mínimas; Principios para la Protección de las Personas Sometidas a cualquier forma de detención o prisión; Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos; Acuerdo modelo sobre el Traslado de Reclusos Extranjeros; Convención Interamericana para el Cumplimiento de Condenas Penales en el Extranjero, etc.³⁷⁶

En el sistema regional interamericano, la Corte ha emitido medidas provisionales protectoras de la integridad personal de víctimas que se encontraban reclusas en centros penitenciarios, en condiciones que violan la Convención Americana. En el caso Loayza Tamayo, la Corte requirió al Estado modificar la situación de la víctima, respecto al aislamiento celular en que se encontraba e incomunicación en el pabellón de máxima seguridad.³⁷⁷

³⁷³ Idem.

³⁷⁴ Idem.

³⁷⁵ Idem.

³⁷⁶ Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, *Página Principal del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente* (19 de enero de 2012), disponible desde: <http://www.ilanud.or.cr/medidas-relativas-al-hacinamiento-de-las-prisiones-y-alternativas-al-encarcelamiento/programa-sistemas-penitenciarios-y-derechos-fundamentales-en-america-latina/556-instrumentos-internacionales-que-apoyan-esta-accion.html>

³⁷⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Página principal de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, (13 de enero de 2012), disponible desde: <http://www.corteidh.or.cr/medidas.cfm>. Loayza Tamayo. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte de 13 de septiembre de 1996, punto resolutivo primero; y Resolución de la Corte de 11 de noviembre de 1997, considerando único y punto resolutivo primero.

En el caso internado judicial de Monagas “La Pica”, la Corte requirió la adopción de medidas para la protección de la vida y la integridad personal de los presos internados en la Pica, en donde por actos de violencia murieron 43 internos y 25 internos heridos, en condiciones de hacinamiento, falta de separación de internos por categorías, deficientes condiciones sanitarias, físicas y de seguridad, con la carencia de personal calificado y entrenado; y había ingreso y posesión de armas. En esta resolución la Corte destacó no la protección individualizada sino general de los internos.³⁷⁸

Otros casos en los que la Corte adoptó medidas provisionales son el de las penitenciarías de Mendoza (Argentina); asunto de los Niños y Adolescentes en el “Complejo do Tatuapé da FEBEM respecto de Brasil; asunto de las personas privadas de libertad de la Penitenciaría “DR. Sebastián Martins Silveira”, en Araraquara, Sao Paulo, respecto de Brasil; asunto de la cárcel de Urso Branco respecto de Brasil, etc.³⁷⁹

D) Perspectiva de las propuestas legislativas. Por ser la más completa y actual expondremos la que el Subsecretario de Enlace Legislativo de la Secretaría de Gobernación, envió a la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión el 14 de abril de 2011, relativa a la Iniciativa del Ejecutivo Federal, con proyecto de Decreto por el que se expide la Ley Federal del Sistema Penitenciario y de Ejecución de Sanciones, y se reforma La Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la cual se publicó en la misma fecha en la Gaceta Parlamentaria de la precitada Cámara de Diputados.

Tal proyecto de Ley contiene seis títulos: el primero se refiere al objeto y ámbito de validez, y contiene un capítulo sobre disposiciones generales; el segundo prevé el sistema penitenciario, con tres capítulos respecto al servicio de seguridad penitenciaria, administración penitenciaria y operación penitenciaria en sus vertientes de infraestructura penitenciaria, plataforma tecnológica de información y seguridad, traslados nacionales e internacionales y servicios coordinados de salud; el título tercero, aborda el régimen penitenciario en cinco capítulos tocantes a las obligaciones y derechos de los internos procesados, sentenciados y preliberados; orden y disciplina en los complejos, centros e instalaciones penitenciarias, régimen interior, disciplina, sanciones; integración del expediente único; reinserción en sus aspectos de evaluación inicial, clasificación y reclasificación; ejes relativos al trabajo penitenciario, capacitación para el mismo, educación, salud y deporte; e industria penitenciaria. El título cuarto, contempla los regímenes especiales: centros especiales y medidas de

³⁷⁸ Idem, ver además respecto de asuntos de diversos centros penitenciarios de Venezuela, resoluciones de 13 de enero de 2006; 9 de febrero de 2006; 3 de julio de 2007; 12 de agosto de 2009; 24 de noviembre de 2009; y 6 de julio de 2011.

³⁷⁹ Idem.

vigilancia especial; y lo relativo a los enfermos mentales; en el título quinto, se regula la duración y modificación de la pena, así como la ejecución de las sanciones penales, sustitutivos penales y la condena condicional, ejecución de la pena privativa de libertad, beneficios preliberacionales y la extinción de la pena mediante el cumplimiento de la misma y el indulto, sanción pecuniaria, vigilancia de la autoridad, tratamiento de inimputables y medidas cautelares impuestas por la autoridad jurisdiccional. Y en el título sexto, se establece el desarrollo profesional penitenciario, con los rubros servicio profesional de carrera penitenciaria, profesionalización del personal penitenciario, régimen disciplinario del personal penitenciario, condición del servicio, consejo de desarrollo penitenciario y el procedimiento.

En el proyecto de reforma, también se propone la adición del artículo 50 Quáter de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en donde se contempla la figura del juez de ejecución federal, con sus facultades.³⁸⁰

A manera de resumen, en dicho proyecto de Decreto se establecen las bases del sistema penitenciario federal, la administración de la prisión preventiva, punitiva y medidas de vigilancia especial; y distingue entre la ejecución de sanciones por parte del ejecutivo federal; y la modificación y duración de las penas que corresponde al poder judicial de la federación.

El sistema penitenciario federal es definido como el conjunto de normas e instrumentos para la organización y ejecución de la prisión preventiva y otras medidas cautelares personales vinculadas a la vigilancia, de las sanciones penales que importan privación o restricción de la libertad individual, de las medidas de vigilancia especial, del seguimiento, control y vigilancia de los preliberados, integrados por los órganos y autoridades encargadas de la reinserción.

Prohíbe la subrogación de los servicios de seguridad, administración, dirección y demás que corresponda prestar a la Secretaría de Seguridad Pública del gobierno federal, en los complejos, centros e instalaciones penitenciarias.

Precisa las funciones del juez de ejecución, consistentes en realizar el cómputo de la duración de las penas o medidas de seguridad; modificar las penas, basándose en el dictamen emitido por el órgano de administración y seguridad penitenciaria federal, en el resultado de la atención técnico-interdisciplinaria y en las pruebas que ofrezca el interno; solicitar información relativa al programa de reinserción aplicado a los internos; aplicar la ley más

³⁸⁰ Cámara de Diputados del Congreso de a Unión, *Página principal de la Cámara de Diputados*, (19 de enero de 2012), disponible desde: <http://gaceta.diputados.gob.mx/>

favorable a los sentenciados, modificando la pena cuando les resulte benéfica; tramitar y resolver los incidentes que se tramiten en materia de modificación y duración de las penas, en el procedimiento jurisdiccional de ejecución; resolver las propuestas de solicitud de beneficios que supongan una modificación en las condiciones de cumplimiento de la condena; ordenar la detención del sentenciado en libertad que no cumpla con las condiciones impuestas para gozar del beneficio preliberacional; garantizar a los sentenciados su defensa en el procedimiento de ejecución, informándoles su derecho a designar un defensor o nombrarle un defensor público; decretar como medida de seguridad, a petición del Órgano, la custodia del interno que padezca enfermedad mental de tipo crónico, continuo e irreversible a cargo de una institución del sector salud, representante legal o tutor acreditado, para que se le brinde la atención y tratamiento asilar; otorgar el sustitutivo penal, siempre que se cumpla con los requisitos legales.

En cuanto a las facultades del órgano de administración y seguridad penitenciaria federal, están señaladas las de aplicar el procedimiento de clasificación y reclasificación a fin de determinar la atención técnica-interdisciplinaria y el nivel de seguridad, custodia e intervención más apropiado para los internos; entregar al juez la información técnico-jurídica para la realización del cómputo de la duración de las penas; emitir dictamen que contenga los niveles de intervención aplicados a los sentenciados en los cinco ejes de la reinserción y el resultado de la atención técnica interdisciplinaria; enviar a la autoridad judicial la información de la atención técnica interdisciplinaria que se aplique a los sentenciados y la información del sistema de reinserción aplicado a los internos; autorizar el acceso a particulares y autoridades a los complejos, centros e instalaciones penitenciarias; imponer sanciones a los internos por violar el régimen de disciplina; proponer o hacer llegar las solicitudes de beneficios que supongan modificación a las condiciones de cumplimiento de la pena o reducción de la misma a favor de los internos; presentar a la autoridad judicial diagnóstico que determine el padecimiento físico mental crónico, continuo e irreversible; ejecutar, controlar y vigilar las sanciones privativas de la libertad que imponga la autoridad jurisdiccional competente; verificar y controlar el cumplimiento de la vigilancia personal y monitoreada a los procesados en libertad y preliberados; proponer convenios con homólogas de las entidades federativas; aplicar las sanciones penales impuestas por autoridades del fuero común y que se cumplan en establecimientos federales, en virtud de convenios; determinar la atención técnica interdisciplinaria aplicable para la ejecución de la sanción penal por la autoridad judicial competente y que sea aplicada por la autoridad penitenciaria de las entidades federativas, sobre la base del convenio respectivo; dirigir, organizar, supervisar y controlar el funcionamiento y operación de los complejos, centros e instalaciones penitenciarias; atender la petición de la

autoridad jurisdiccional o ministerial competente para reubicar a internos a quien deban aplicarse medidas especiales de protección para garantizar su integridad con motivo de la investigación o proceso correspondiente.

Desarrolla las facultades de la seguridad, administración y operación penitenciaria. Describe la infraestructura penitenciaria: complejos, centros e instalaciones penitenciarias.

Describe los niveles de seguridad: nivel I, mínima, y II, mínima restrictiva (puertas con bisagra y celdas sin seguridad y sin control de apertura, módulos comunitarios o estancias unitarias); niveles III, media, y IV, alta (puertas con bisagra y celdas y cerraduras de alta seguridad, módulos o estancias unitarias o compartidas, con llaves de alta seguridad); nivel V, máxima, y VI, súper máxima (puertas y celdas con sistema electrónico y centro de control, módulos y estancias unitarias, puertas dobles se abren una a la vez y por control remoto, la seguridad externa incluye esclusas controladas con control remoto, dispositivos con sensores y detectores).

Crea y define las zonas territoriales de los complejos y centros penitenciarios federales (áreas de seguridad y protección, poligonal externa, perímetro de protección y amortiguamiento de seguridad.

Los bienes muebles, inmuebles y espacio aéreo de los complejos, centros e instalaciones penitenciarias federales, se consideran instalaciones de seguridad pública y seguridad nacional, estratégicas.

Crea una plataforma tecnológica de información y seguridad, aplicada a la supervisión interior, exterior, aplicación, tecnologías de la información y las demás necesarias para su funcionamiento.

Otro de los aspectos destacables son los derechos de los procesados, sentenciados y preliberados, así como el régimen del personal penitenciario, etc.³⁸¹

E) Perspectivas doctrinarias. Expondremos la concepción que tienen algunos sobresalientes juristas de diversos países, en torno a la función de la pena.

1. Alemania. Liszt, en su famoso Programa universitario de Marburgo de 1882 (La idea de fin en el derecho penal), expresa que la pena es coacción, se

³⁸¹ Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, *Página principal de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión*, (19 de enero de 2012), disponible desde: <http://gaceta.diputados.gob.mx/>

dirige contra la voluntad el delincuente, deteriorando o destruyendo bienes jurídicos en los que su voluntad encontrará corporización. La coerción es indirecta y directa. En la indirecta ofrece al delincuente los motivos que le faltan, adecuados para disuadirlo en la comisión de delitos, multiplica y fortalece los motivos existentes, opera como artificial adecuación del delincuente a la sociedad, por corrección al fortalecer motivos altruistas, sociales, y por intimidación al fortalecer motivos egoístas coincidentes en su efecto con los altruistas; y la corrección directa, en el que la pena es secuestro del delincuente transitoria o persistente neutralización, expulsión de la comunidad o aislamiento dentro de ella, como artificial selección del individuo socialmente inepto. Corrección, intimidación y neutralización, son los inmediatos efectos de la pena, los móviles que subyacen en ella y mediante los cuales protege los bienes jurídicos.³⁸²

La corrección es para los delincuentes que la necesitan y capaces de ella; la intimidación para los delincuentes que no necesitan de corrección; y la neutralización para los delincuentes que no son susceptibles de corrección, son los irrecuperables, a los que como no se les puede decapitar, ahorcar o deportar, no queda otra cosa más que la privación de libertad de por vida (en su caso, por tiempo indeterminado).³⁸³

Según Edmundo Mezger la pena en sentido amplio abarca todas las consecuencias jurídico-penales del hecho punible; implica a la pena en sentido estricto, la que está delimitada y señalada por la relación interna entre la consecuencia jurídicas y el hecho punible cometido, y la define como la imposición de un mal proporcionado al hecho, una privación de bienes jurídicos que alcanza al autor con motivo y en la medida del hecho punible que ha cometido, es en esencia, una retribución por el mal que ha sido cometido; se basa en la conminación fijada en la ley, adquiere su forma mediante la imposición y es experimentada por el castigado con la ejecución.³⁸⁴

Toda acción humana, prosigue Mezger, tiene un fin, por lo que la pena debe tener un fin como acción humana y estatal en el ámbito del derecho, que consiste en la prevención del delito (*punitur, ne peccetur*), actuando sobre la colectividad o sobre el individuo que tiende a cometer, comete o ha cometido un delito; es decir, prevención general y prevención especial, de lo que se infiere que la pena abarca tres momentos: la conminación, la imposición y la ejecución de la pena sobre el individuo. Sin embargo, la pena va más allá, actúa y debe actuar sobre la comunidad jurídica y sobre la conciencia de la colectividad, intimidando para prevenir el delito y para educar la conciencia de la colectividad hacia sentimientos más humanos. En la prevención especial también, pero en

³⁸² VON LISZT, Franz, *La idea de fin en el derecho penal*, México, UNAM, 1994, pp. 111 y 112.

³⁸³ *Ibidem*, pp. 115 y 120.

³⁸⁴ MEZGER, Edmundo, *Derecho penal*, Tomo I, Argentina, Valleta ediciones, 2004, p.245.

forma propia y característica, ya que los fines de la pena se incluyen en la seguridad, con la que la comunidad debe estar asegurada contra el delincuente; y en la corrección, liberando al delincuente de sus tendencias delictivas, es decir, resocializarlo, que es educar y actuar pedagógico-individual, en libertad como en la prisión durante el cumplimiento de la pena.³⁸⁵

Refiere que por ejecución de la pena se entiende todo lo que es necesario para concretar el cumplimiento de la pena, para realizar inmediatamente el mal que ésta impone; ejecución y cumplimiento de la pena pertenecen al derecho procesal penal. En Alemania se abandonó el sistema de prisión celular y se exaltó el cumplimiento de la pena por grados, que ya no se ajusta a criterios actuales.³⁸⁶

Welzel, sostiene que la naturaleza y función de la pena se manifiesta en el que la sufre (aspecto personal) y en el que la impone (aspecto estatal). En el aspecto personal de la pena el autor la sufre y sus contemporáneos la perciben; en el autor incide en el sentido susceptible de aprehensión intelectual de la pena (problema del sentido de la pena); y en el autor y en sus contemporáneos, en su fuerza de impresión vivencial (problema de la impresión de la pena). En el problema del sentido de la pena, ésta es un mal que se impone al autor para que sufra por el hecho culpable, se basa en la retribución adecuada a la culpabilidad. En este sentido de la pena se sigue la justificación y la medida del mal de la pena: la pena se justifica como retribución adecuada a la medida de culpabilidad, este sentido se dirige a la comprensión y a la voluntad del hombre tanto del autor como de la sociedad en que vive. La retribución presenta el desvalor del hecho y refuerza el juicio ético-social, armoniza el merecimiento de la pena y la pena y posibilita al autor tomar sobre sí la pena como justa expiación de su culpa.³⁸⁷

Y respecto a la impresión de la pena, ésta no debe ser entendida sólo en su sentido sino también vivida y experimentada como mal, dirigido a las funciones profundas del hombre: sentimientos, instintos y aspiraciones. En el aspecto estatal, el fundamento de la pena radica en su carácter indispensable para la existencia del ordenamiento jurídico, ésta relatividad se ignora en el principio de la retribución.³⁸⁸

Para Roxin, en Alemania la política criminal ha evolucionado por etapas: la primera, después de la posguerra hasta 1962, retomó la tradicional teoría de los fines de la pena formulada a partir de la filosofía idealista alemana, ligada a las doctrinas de la iglesia, conforme a lo cual la pena sirve a la realización de la justicia, en la medida que compensa la culpabilidad del autor y restaura el

³⁸⁵ Ibidem, pp. 257-260.

³⁸⁶ Ibidem, pp. 268 y 269.

³⁸⁷ WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*, Traductor Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, 3ª. edición, Chile, editorial jurídica de Chile, 1987, pp. 326 y 327.

³⁸⁸ Ibidem, p. 328.

derecho transgredido, por lo que dominaba la teoría retributiva que da paso a un sistema sancionador estructurado gradualmente: reclusión, prisión y arresto, como tres penas privativas de libertad de diferente gravedad, a mayor culpabilidad más severa la retribución. Segunda fase, hasta 1975, la retribución como fin de la pena se desplaza a la prevención; es decir, la idea metafísica de que la culpa puede expiarse mediante retribución es sustituida por la tarea social de prevención de delitos. Tercera fase, desde 1975, las orientaciones preventivas han imperado, pero se ha desplazado de la prevención especial a la prevención general, porque la corrección individual se concilia mal con la tendencia de minimizar los riesgos de la sociedad, los déficits de personalidad individual tiene un papel más limitado que el aseguramiento de la sociedad y la pretensión resocializadora no ha conseguido resultados convincentes con autores de delitos clásicos.³⁸⁹

En opinión de Roxin, la teoría del sistema social de Luhmann, ha contribuido en la ciencia penal alemana, por mediación de Jakobs, al desviar la atención del autor individual y dirigirla al mantenimiento del sistema social en su conjunto. La prevención general positiva, o sea, el mantenimiento y la práctica en la fidelidad del derecho, representa actualmente en Alemania el papel principal de la finalidad de la pena, cuya repercusión práctica es anteponer la prevención general, seguridad, ante el autor individual, y su intimidación frente a la meta resocializadora, lo que se refleja en la legislación alemana, al intensificar los presupuestos de las medidas de seguridad y aumentar los marcos penales.³⁹⁰

El propio Roxin señala que toda su obra académica se basa en una política criminal que corresponde a la segunda fase (prevención especial y prevención general, delito basado en la lesividad social y derechos fundamentales del acusado) en la que permanece todavía, considerando que la mejor política criminal en un estado de derecho consiste en conciliar lo mejor posible la prevención general, la prevención especial orientada a la integración social y la limitación de la pena, cuya combinación ha logrado la reparación en el sistema sancionatorio, con efecto preventivo general; el resarcimiento de la víctima y la conciliación de ésta y el autor, restablece la paz jurídica en pequeños delitos, el orden jurídico y se demuestra la fuerza prevalente del derecho de forma clara para la población.³⁹¹ La pena tiene finalidad preventiva, pero para su imposición no es suficiente la culpabilidad del autor, ya que la pena tiene que ser necesaria tanto desde el punto de vista especial y general, de lo contrario la pena no tiene justificación teórica, legitimación social y no debe imponerse.³⁹²

³⁸⁹ ROXIN, Claus, *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, Traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano, España, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 17-28.

³⁹⁰ *Ibidem*, p. 29.

³⁹¹ *Ibidem*, pp. 31-33.

³⁹² *Ibidem*, pp. 60 y 61.

Lesch, expone que la prevención especial es el apartar al autor de futuros delitos; idea que tuvo su apogeo en Alemania en los años sesenta y setenta del siglo pasado, donde se le rubricó como resocialización, que trata de retornar al camino correcto a quien se ha desviado, a aquél que no se ha adaptado correctamente a la sociedad; es decir, se trata de un acto de asistencia estatal, lo cual pudiera tener algo que ver con los jóvenes menores de veintiún años de edad. Pero ¿Cómo funciona una educación coactiva estatal con hombres adultos? Dentro de estas teorías de la prevención especial de la pena, distingue entre la negativa: la seguridad es el objetivo, hacia el futuro; y la positiva: resocialización, como fundamento y fin de la pena.³⁹³

Lesch pregunta ¿De dónde proviene el derecho a educar y tratar a personas adultas contra su voluntad? Que no se puede negar que la resocialización, implica un alto grado de intervencionismo estatal, que tiene poco que ver con la tradición liberal. La prevención especial positiva es fruto de una concepción política, que de facto no define al individuo como una persona autónoma, o sea, como libre y responsable en el sentido liberal, sino que lo define como un objeto sometido a los procesos de control estatal, por lo que es evidente que cuanto más administre el Estado el ámbito del individuo, más se le sustrae su propia responsabilidad, que es sustituida por una responsabilidad colectivo-estatal. Que esta teoría es una utopía, por la falta de medios necesarios para alcanzar los objetivos que predica, porque no existen criterios efectivos para la resocialización de delincuentes o porque la sociedad no es suficientemente madura para la idea de la resocialización.³⁹⁴

Jakobs sostiene que el contenido y función de la pena no se pueden configurar sin la existencia del orden en el que se pune y sin la comprensión de su sentido. En la existencia de un orden, un Estado para asegurar su existencia, empleará la pena de modo que al menos a corto plazo garantice la eficacia; mientras en un Estado sin problemas graves de existencia puede asumir la ineffectividad a corto plazo para conseguir la paz interna, evitando penas severas. Respecto a la comprensión del sentido del orden, depende que se entienda a la pena, por ejemplo, desde la teoría de conflictos, como medio de lucha de la clase dominante. Las notas comunes que permiten hablar de pena unitaria, pese a las diferencias de órdenes y entendimientos sobre él, son que la pena es siempre reacción ante la infracción de una norma. Mediante la reacción siempre se pone de manifiesto que ha de observarse la norma. Y la reacción demostrativa siempre tiene lugar a costa del responsable por haber infringido la norma. Se trata de un problema normativo, o sea, de la asignación de un suceso perturbador a quien ha de soportar aquellos costes que son necesarios para eliminar la perturbación. La pena no debe definirse un mal contra el injusto

³⁹³ LESCH, Heiko H., *La función de la pena*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 53, 56 y 57.

³⁹⁴ *Ibidem*, p. 58 y 59.

como otro mal, sino que hay que definirla positivamente: es una muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable.³⁹⁵ La pena ha de entenderse más bien como la marginalización del hecho en su significado lesivo para la norma y como constatación de que la estabilidad normativa de la sociedad permanece inalterada; la pena es confirmación de la identidad de la sociedad, esto es, de la estabilidad normativa y con la pena se alcanza este fin de la pena siempre.³⁹⁶

Hassemer, de las experiencias alemanas sobre el abuso sexual a menores, consejo de defensa y defensores del muro, así como de la corrupción, sostiene que después de la posguerra la justicia no atacó la criminalidad de Estado de los nazis, sino que utilizó construcciones conceptuales discutibles, lo que condujo a la impunidad de los guardianes, instigadores y ordenadores en los campos de concentración nazis, planteando ¿qué metas racionales hubiera podido tener la aplicación de una pena a los que ostentaban el poder?. La idea de resocializarlos es absurda, no solo por la edad de los afectados sino porque no infringieron la norma. Para las víctimas tiene sentido aplicar la pena. La orientación al delincuente del concepto de resocialización está superada y también la orientación hacia el futuro en el concepto de intimidación y en el de resocialización, así como la ideología de la adaptación en la resocialización y prevención general. La atención a la víctima se agrega al concepto normativo de los fines de la pena: la satisfacción o la reparación a la víctima, lo que hace referencia a la rehabilitación de la persona lesionada, la reconstrucción de su dignidad personal, lo cual es diferente como sentido de la pena, a la resocialización e intimidación: Víctima en sentido normativo somos todos, con lo cual se trata de asegurar las normas fundamentales. La pena encuentra su sentido como instrumento del derecho penal en su globalidad, incluido el derecho procesal y derecho constitucional. Actualmente, se habla del poder simbólico de la pena, lo cual es admisible si de manera permanente y seria se trabaja en torno a un proyecto que sustituya el derecho penal por algo mejor.³⁹⁷

2.- España. Mir Puig sostiene que el derecho penal español sirve a la función de prevención de delitos por razón de su gravedad y peligrosidad, frente a la sociedad en general (prevención general), en los tres momentos de conminación típica, determinación de la pena y ejecución de la condena; y frente al delincuente (prevención especial) tal vez en el momento de la determinación judicial de la pena y en la ejecución de la pena.³⁹⁸

³⁹⁵ GUNTHER, Jakobs, *Derecho penal, parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, Traducción Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 2ª edición, España, Marcial Pons, ediciones jurídicas, 1997, pp. 8 y 9.

³⁹⁶ GUNTHER, Jakobs, *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*, Traducción de Teresa Manso Porto, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 27 y 28.

³⁹⁷ Cfr. HASSEMER, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad, Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*, Traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita, Colombia, Temis, 1999, pp. 105-119.

³⁹⁸ MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del derecho penal*, 2ª edición, Argentina, B de F, 2003, p. 91.

3.- Chile. Respecto a esta función preventivo-especial, Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée (español), la colocan en la categoría de las teorías preventivo-especiales de la pena, por la que entienden que la pena, o mejor dicho, la ejecución de la pena de prisión ha de estar orientada a la *reinserción social* del condenado, considerada desde un punto de vista diferente, ya que no se trata de aislar al delincuente hasta su reforma, sino por el contrario de actuar positivamente para facilitarle su reinserción social, mediante estímulos que se traducen en progresivos beneficios penitenciarios, con el objeto de facilitarle una futura vida en libertad con la reintegración del autor en la comunidad jurídica.³⁹⁹

Agregan estos autores que las teorías absolutas responden a la pregunta ¿Qué es la pena?, es retribución al mal causado o reparación del derecho quebrantado; es decir, aluden a una función simbólica de la pena. Las teorías relativas se responden a la pregunta ¿Para qué sirve la pena?, para prevenir delitos, lo cual refiere una función instrumental de la pena. Que la función simbólica encubre la realidad de la pena, pero si se acepta y se trata de expresar su realidad, ello debe partir con la relación que tiene con el Estado: el sistema penal cumple una función de control social. Cuando la hipótesis normativa cobra vida en la realidad social y con el sistema penal estatal, se impone una pena y después la ejecuta, el Estado se autoafirma en esa realidad social como poder coercitivo. Desde la función instrumental de la pena, su finalidad no podrá ser otra que reforzar los derechos del individuo como persona.⁴⁰⁰

4. México. Montes Oca, sostiene que está agotado el sistema readaptatorio, basándose en cifras de los centros penitenciarios y la sobrepoblación en ellos, dando ejemplo entre el período de 1995-2002, lo que según él propicia intentos de fuga, motines, riñas, homicidios, suicidios, huelgas de hambre, autogobiernos, tráfico de drogas y de armas, por lo que se apunta que se requiere una reforma integral penitenciaria.⁴⁰¹ Por nuestra parte, podríamos agregar, como factores adicionales la reclusión de gente inocente y la corrupción. Montes de Oca, propone que la Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de los Sentenciados, debe ser sustituida por un Código Federal de Ejecución de Sanciones, con el que el juez de ejecución de penas cumplirá con la aplicación del derecho y conducirá todo un proceso para otorgar, negar o disminuir beneficios de libertad anticipada y sustitutivos de la pena y resolver asuntos relacionados con los internos sentenciados; el ministerio público vigilar la legalidad de las resoluciones, oponerse y ofrecer pruebas en caso de que el sentenciado no merezca el beneficio solicitado o la cancelación de la medida adoptada; y el defensor de oficio o particular del sentenciado, para

³⁹⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Nuevo sistema de derecho penal*, España, Editorial Trotta, 2004, pp. 55 y 56.

⁴⁰⁰ *Ibidem*, pp. 57 y 58.

⁴⁰¹ RIVERA MONTES DE OCA, Luis, *Juez de ejecución de penas*, 2ª edición, México, Porrúa, 2008, pp. 29-35.

ofrecer e intervenir en el desahogo y combatir las pruebas del ministerio público y resoluciones del juez de ejecución de penas.⁴⁰²

Montes de Oca, propone que la reforma constitucional debe establecer como obligatorias para todos los internos, las actividades laborales, educativas, de capacitación para el trabajo y las médico-toxicológicas que pudiera necesitar, por lo cual propone la reforma de los siguientes artículos constitucionales: artículo 3, para incluir la educación en los centros de ejecución de penas y de tratamiento de menores; artículo 5, para incluir el trabajo obligatorio para procesados y sentenciados; y 18, a efecto de modificar la facultad de organizar el sistema penal por el de organizar el sistema penitenciario; y para incluir como obligatorios el trabajo, la capacitación para el mismo y la educación para los internos.⁴⁰³ Hace una propuesta de Código Federal de Ejecución de Sentencias.⁴⁰⁴

Sobre la figura del juez de ejecución de penas como reforma mexicana penitenciaria para el siglo XXI, que defiende Montes de Oca, no la considera así Sánchez Galindo, ya que lo primero que advierte es un cambio total de estructuras y paradigmas sobre todo el universo del derecho, en especial el penal.⁴⁰⁵ El brasileño Barros Leal, considera que la readaptación choca con una realidad que la rechaza y al decir de Elías Neuman ha perdido toda credibilidad y todo valor en el campo criminológico, porque su base fáctica resulta de una inconsecuencia: ¿cómo privar de la libertad para enseñar a vivir en ella?; y al decir de Souza, educar para la libertad en condiciones de no-libertad es no sólo de difícil realización sino constituye también una utopía irrealizable.⁴⁰⁶

5.- Brasil. Barros Leal, sostiene que ante la decadencia de la cárcel hay que tomar en cuenta la experiencia desarrollada en el mundo sobre la vigilancia electrónica, la que en su primer fase de 1960 a 1970 fue dominada por un grupo de psicólogos americanos que pretendió con el uso del transmisor portátil controlar desde lejos la conducta de reincidentes crónicos, a fin de reformarlos y curarlos; en la segunda etapa de 1970 a 1984 hubo apatía hacia los medios telemáticos de control a distancia; y en la tercera fase resurge el interés por la nueva tecnología y su implantación en el sistema penal, para aplicarlo a acusados o condenados con varios fines: mantenerlos en un lugar específico, en días y horas determinados por el juez, controlar la prestación de servicios a la

⁴⁰² Ibidem, p. 48.

⁴⁰³ Ibidem, pp. 52 y 53.

⁴⁰⁴ Vid., pp. 62-109.

⁴⁰⁵ SÁNCHEZ GALINDO, Antonio, *El juez de vigilancia en el derecho comparado*, En: Derecho penal Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 176.

⁴⁰⁶ BARROS LEAL, César, *La ejecución penal en América Latina y el Caribe: Realidad y Desafíos*, En: Derecho penal Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 47.

comunidad u otra pena alternativa, fiscalizar participación en eventos complementarios, impedir que tomen bebidas alcohólicas, utilicen drogas y frecuenten ciertos lugares impropios o prohibidos y se acerquen a determinadas personas, tales como víctimas y testigos.⁴⁰⁷

Barros cita un estudio de derecho comparado realizado por el Magistrado español Téllez Aguilera, acerca de las finalidades del monitoreo electrónico a distancia: Inglaterra (programas para las primeras etapas del cumplimiento de la pena); Estados Unidos de América, Portugal y Argentina (aplicación con prisión preventiva/libertad bajo fianza); Suecia (sentencias de arresto domiciliario); Inglaterra, México y España (programas para las últimas etapas del cumplimiento de la pena); Australia y España (programas de libertad condicional con fines laborales); Estados Unidos de América (programas específicos de reinserción social); y Bélgica (excarcelación antes del cumplimiento de la pena).⁴⁰⁸

Asimismo, refiere Barros que en opinión de expertos brasileños, el empleo del monitoreo electrónico a distancia tiene tres objetivos básicos: combatir la sobrecarga carcelaria; reducir los costos del encarcelamiento; y disminuir los riesgos de incidencia criminal.⁴⁰⁹

⁴⁰⁷ BARROS LEAL, César, *La vigilancia electrónica a distancia*, México, Porrúa, 2010, pp. 33-35.

⁴⁰⁸ *Ibidem*, pp. 35 y 36.

⁴⁰⁹ *Ibidem*, p. 36.

VI. CONCLUSIONES

1. La pena en términos generales, ha tenido una evolución civilizadora, excepto la pena de prisión pues ha sido retrógrada, ya que en la antigüedad se le aplicaba solamente a los esclavos. En efecto, la pena en épocas antiquísimas como reacción social (venganza privada) ante un daño en la persona o bienes de ella o en algún miembro de su familia (venganza de sangre), fue desproporcionada, pero después se equilibró de manera exacta (con la ley del talión), e incluso se encontró como alternativa la composición o arreglo de otro tipo, como la reparación.

En la época antigua, las penas, que en la actualidad se consideran crueles, inhumanas y degradantes, tenían como función difuminar el delito y la culpa; o sea, una expiación, que requería la divinidad por el ultraje recibido, lo cual la hacía intimidante y correctiva (escarmentar), así como prohibitiva para el ejercicio de ciertos derechos civiles, como sucede en la actualidad pero con respecto a los derechos políticos o prerrogativas del ciudadano.

En esta misma época, el juez poseía la jurisdicción de manera íntegra: *notio, iudicium e imperium*, pero después se le cercenó esta última facultad.

La evolución racional y humanitaria de las penas, tuvo como presupuesto la tradición de considerar, por ejemplo en la filosofía inglesa y francesa, a la pena como un mal y reparadora del daño; mal que está intensificado con la pena de muerte si continúa con el crimen el culpable, legitimándola la filosofía política francesa al considerar al delincuente como enemigo, el cual tiene que perecer para la conservación del Estado, ante lo cual el italiano Beccaria destacó la titularidad del derecho de punir, la asignación de los fines de la pena: preventivo especial y preventivo general; propuso la búsqueda de penas menos dolorosas para el cuerpo y sustituir la pena de muerte por la de prisión, que en su época fue considerada más humanitaria.

Las colonias inglesas, *Massachussets*, reinventaron la pena de prisión para la escoria de la sociedad, de la que se excluía al delincuente grave y al político, como en la actualidad, reiterando las penas crueles, infamantes e inhumanas, pero después los cuáqueros de *Pennsylvania* sustituyeron las penas corporal y capital por la de prisión, insular y con lectura de la Biblia, para el arrepentimiento; pena de prisión que se expandió por todo el mundo hasta la fecha.

2. De las teorías acerca del fin de la pena, consideramos que actualmente la Constitución adoptó la relativa a la prevención especial, ya que la reinserción a la sociedad se refiere a la corrección del individuo, con base en el trabajo,

capacitación para el mismo, educación, salud, deporte y respeto a los derechos humanos, con lo cual se le protege a él y a la sociedad. Sin embargo, este fin de la pena es contradicho con el establecimiento de la pena de prisión máxima de 70 años, para el delito de secuestro con privación de la vida de la víctima, habida cuenta de que equivale a la cadena perpetua, de acuerdo a la esperanza de vida que tienen los mexicanos, hombres y mujeres.

Respecto de los elementos para la reinserción, consideramos que constituyen derechos del condenado a la pena de prisión, partiendo del supuesto de que al carecer de ellos, tener alguno o tener poco de los mismos, lo hacen vulnerable para delinquir. En este sentido, si la reinserción es un derecho, el Estado debe respetar que los delincuentes sean sujetos de su actuación; si no lo es, no desarrolla la dignidad de ellos. La dignidad humana en Alemania sí es un derecho, en España no.

Pero qué decir, acerca de los condenados a la pena privativa de la libertad que tienen trabajo, están capacitados para el mismo, practican deportes, están saludables y tienen cultura e incluso alguna profesión, como los operadores del lavado de dinero del crimen organizado, lo cual constituye un vacío constitucional en cuanto al fin que perseguiría la pena de prisión para este tipo de delincuentes.

3.- Nuestra Constitución continúa proscribiendo las penas inusitadas y trascendentales, pero desde su primigenia tipología ha prevalecido hasta la actualidad la pena de prisión con el carácter de principal, cuyas reminiscencias de castigo están vigentes al permanecer este vocablo en la facultad del Congreso de la Unión para definir los delitos e imponer los castigos, lo que hace suponer que subyace todavía como fin de la pena la retribución; sin embargo, se mitiga la retribución con las facultades de la autoridad jurisdiccional consistentes en la modificación y duración de la pena de prisión, excepto tratándose del delito de secuestro con privación de la vida, en virtud de que la duración de la pena máxima de prisión es inmodificable, lo que la hace incoizante; es decir, segregativa, una prevención especial negativa, no reinsertiva.

4.- Venustiano Carranza y el Poder Constituyente de 1916-1917, postularon la regeneración por medio del trabajo, como medida terapéutica, influenciados por la escuela positiva italiana, la que continuó en el Código Penal de 1929, pero se abandonó con el Código Penal de 1931 que postuló el sistema penitenciario.

5.- El fin de la pena de la regeneración sucumbió; la readaptación social fracasó; y la reinserción está por verse su éxito o fracaso, pero lo que tiene a su favor es que cambió el sistema penal mixto por el acusatorio, se insertó en el mismo la figura del juez de ejecución de penas y la ampliación del contenido de la pena: además de la culpabilidad y de la proporcionalidad entre el delito y la

pena, se incluyó el bien jurídico, la reparación del daño, la dignidad del ser humano y la prohibición de imponer penas inusitadas.

6.- La introducción del juez de ejecución de penas en el sistema penal acusatorio, supone que es para velar por la legalidad de la ejecución de la pena de prisión, garantizar los derechos de los condenados a la privación de su libertad personal y modificarla por algún sustitutivo para lograr la reinserción. Sin embargo, en la propuesta legislativa del Ejecutivo Federal, Ley Federal del Sistema Penitenciario y de Ejecución de Sanciones, se advierte por la clasificación de los condenados y los niveles de seguridad para los mismos, que lo que predomina es la peligrosidad del delincuente. Es decir, la imposición de la pena se basa en la culpabilidad del imputado; y la ejecución de la pena de prisión se basa en la peligrosidad del delincuente.

7.- Desde la perspectiva dogmática constitucional, la pena de prisión tiene como fines la prevención especial positiva y la prevención general positiva y negativa, así como resabios de la retribución. En el plano de la legislación secundaria (Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro), está prevista la prevención especial negativa (segregativa), la que contradice al sistema de reinserción.

8.- En la perspectiva penológica, la pena de prisión vitalicia o perpetua en la ley secundaria (Ley General para Prevenir y Sancionar los delitos en Materia de Secuestro), es incompatible con el nuevo sistema constitucional de reinserción.

9.- Desde la perspectiva de la dignidad humana, la cual se encuentra prevista en el artículo 1 constitucional, en la dimensión de la igualdad, nuestro máximo tribunal y sus tribunales colegiados de circuito, la consideran el basamento, origen, esencia y fin de todos los derechos humanos. Sin embargo, coincidimos en que este valor moral erigido en principio constitucional, en su interpretación es susceptible de perder fuerza normativa en tratándose de los reclusos, toda vez que la prisión, principalmente la perpetua, impide el goce y desarrollo de los demás derechos humanos. Con esto, se advierte que en el espectro de la pena, también está inmersa la prohibición de imponer y más aún de ejecutar penas inhumanas, excesivas y degradantes. La cadena perpetua es como la jaula del canario o del león.

10.- Respecto de la perspectiva de los instrumentos internacionales y las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es innegable que brindan protección a los reclusos; y el mencionado organismo internacional, a través de sus medidas provisionales, coadyuva a garantizar la eficacia de los derechos humanos de los reclusos en la región.

11.- En la perspectiva de la propuesta legislativa del Ejecutivo Federal, destaca el establecimiento de derechos de los reclusos y el desarrollo de las facultades del juez de ejecución de penas, para velar por la legalidad de la ejecución de la pena, así como la posibilidad de modificarla y determinar su duración con base al tratamiento individualizado del recluso.

12.- Tanto en la doctrina extranjera como nacional, se persiste en la prevención general y especial respecto de los fines de la pena. Pero en aquélla, se cuestiona la facultad del Estado para intervenir en la reinserción de los adultos.

13.- Ha faltado imaginación para crear nuevas penas eficaces, menos aflictivas y más humanitarias; o si la hay, existe abstención de propuestas para crear nuevas penas, pero no para crear un círculo probablemente cíclico y retrógrado, toda vez que si en un principio de la civilización las penas eran crueles, inhumanas y excesivas, se dio un paso humanitario al modificarlas por la pena de prisión, la cual se ha intensificado con la cadena perpetua, en pro de la defensa social, lo que nos recuerda la aplicación de ella a los esclavos en la época antigua.

14.- La reinención de la pena de prisión, aun cuando se le consideró más humanitaria, fue criticada en 1870 por Kropotkin al grado de pronunciarse por su abolición; pronunciamiento que en la época contemporánea ha resurgido por el fracaso de la pena de prisión, la cual se pretende sustituir por la vigilancia electrónica a distancia, (llamada cárcel electrónica o prisión sin rejas, *without bars*) que ha sido puesta en marcha en países europeos, americanos y latinoamericanos, entre los que se encuentra México.

BIBLIOGRAFÍA

ANTOLISEI, Francesco, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 8ª edición, Traducción de Jorge Guerrero y Marino Ayerra Redín, Colombia, Editorial Temis, 1988.

BARROS LEAL, César:

----- *La ejecución penal en América Latina y el Caribe: Realidad y Desafíos*, En: Derecho penal Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

----- *La vigilancia electrónica a distancia*, México, Porrúa, 2010.

BECCARIA, *Tratado de los delitos y de las penas*, edición facsimilar de la de 1822, México, Porrúa, 1982.

BENAVENTE CHORRES, Hesbert, *La ejecución de la sentencia en el proceso penal acusatorio y oral*, México, Flores editor, 2011.

BENTHAM, Jeremy, *El panóptico*, Traducción de María José de Chopitea, México, editorial Premiá, 1989.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Nuevo sistema de derecho penal*, España, Editorial Trotta, 2004.

COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, 4ª edición, México, Porrúa, 1977.

DIDEROT, Denis y d'ALEMBERT, Jean Le Rond, *Artículos políticos de la <<Enciclopedia>>*, Traducción de Ramón Soriano y Antonio Porras, 2ª edición, España, editorial Tecnos, 1992.

GUNTHER, Jakobs,

----- *Derecho penal, parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, Traducción Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 2ª edición, España, Marcial Pons, ediciones jurídicas, 1997.

----- *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*, Traducción de Teresa Manso Porto, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2000.

HASSEMER, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad, Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*, Traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita, Colombia, Temis, 1999.

HOBBS, Thomas, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, 2ª edición, Traducción de Manuel Sánchez Sarto, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luís, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, 4ª edición, Argentina, Editorial Losada, 1977.

LANDA ARROYO, César, *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Perú, Palestra Editores, 2010.

LEFRANC WEEGAN, Federico, *Sobre la Dignidad Humana*, México, Ubijus editorial, 2011.

LESCH, Heiko H., *La función de la pena*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2000.

MAIHOFFER, Werner, *Estado de derecho y dignidad humana*, Traducción de José Luis Guzmán Dalbora, Argentina, B de F editorial, 2008.

MELOSSI, Dario, y PAVARINI, Massimo, *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario*, 5ª edición, Traducción de Xavier Massimi, México, Siglo XXI editores, 2005.

MEZGER, Edmund, *Derecho penal*, Tomo I, Argentina, Valleta ediciones, 2004.

MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del derecho penal*, 2ª edición, Argentina, B de F, 2003.

MOMMSEN, Teodoro, *Derecho penal romano*, versión castellana de Pedro Dorado, Colombia, Temis, 1991.

Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, Tomo I, Traducción de Amelié Cuesta, 2ª edición, México, Gernika, 2000.

MORRIS, Norval, *El futuro de las prisiones*, 7ª edición, Traductor Nicolás Grab, México, Siglo XXI, 2006.

MUÑAGORRI, Ignacio, *Sanción penal y política criminal*, España, editorial Reus, 1977.

OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge, *Derecho de ejecución de penas*, 2ª edición, México, Porrúa, 1985.

RABASA, Emilio O., *Las Constituciones de Canadá, Estados Unidos de América y México*, México, editorial Porrúa, 2003.

RIVERA MONTES DE OCA, Luis, *Juez de ejecución de penas*, 2ª edición, México, Porrúa, 2008.

ROUSSEAU, Juan Jacobo, *El contrato social*, México, Dante, 1988.

ROXIN, Claus:
 ----- *Derecho Penal Parte General Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, 2ª edición, trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Manuel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal, España, Civitas, 2001.
 ----- ROXIN, Claus, *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, Traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano, España, Tirant lo Blanch, 2000.

SÁNCHEZ GALINDO, Antonio, *El juez de vigilancia en el derecho comparado*, En: *Derecho penal Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

VON LISZT, Franz, *La idea de fin en el derecho penal*, México, UNAM, 1994.

WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*, Traductor Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, 3ª edición, Chile, editorial jurídica de Chile, 1987.

OFICIALES

Diario Oficial de la Federación.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión.

Electrónicas

Instituto Nacional de Estadística y Geografía, <http://www.inegi.org.mx>

Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, <http://www.ilanud.or.cr>

Secretaría de Relaciones Exteriores, <http://www.sre.gob.mx/tratados/index.php>

Corte Interamericana de Derechos Humanos, <http://www.corteidh.or.cr/medidas.cfm>

Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, www.diputados.gob.mx

Organización de las Naciones Unidas, <http://www.un.org/Docs>

HISTÓRICAS

Alfonso X “El Sabio”, Rey de Castilla y de León (1221.1284), *Las Siete partidas del Sabio Rey*, 1758, edición facsimilar, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2004
Ley de las XII Tablas, 2ª edición, España, editorial Tecnos, 1996.
Víctor Hugo, *Último día de un condenado a muerte*, Traducción de José García de Villalta, México, editorial Aldus, 1995.
Diario de los Debates del Congreso Constituyente: Querétaro 1916-1917. México, Imprenta de la Cámara de Diputados, 1922.

RESEÑA:
COMPETENCIA ECONÓMICA,
ASPECTOS JURÍDICOS Y ECONÓMICOS
DE: FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO
RESEÑADO POR: XOCHITL GARMENDIA CEDILLO

“Debe quedar claro, el objetivo de la competencia económica es sólo eficiencia, en su sentido económico. No lo es la protección al consumidor, ni competitividad, ni la protección del pequeño empresario”⁴¹⁰.

La obra de Francisco González de Cossío⁴¹¹, *“Competencia Económica, Aspectos Jurídicos y Económicos”*, es producto del trabajo de investigación que llevó a cabo para obtener el grado de Doctor en Derecho en la Escuela de Derecho de la Universidad de Chicago, obra que traduce al español para ofrecerla como un aporte al Derecho de la Competencia Económica en México. Dirigieron y presentan la obra dos reconocidas autoridades de la materia de competencia económica en Estados Unidos, por un lado el Juez Richard A. Posner, uno de los académicos más citado dentro del ámbito académico y por el otro el profesor Dennis W. Carlton, uno de los autores más importantes sobre organización industrial y microeconomía.

Divide su estudio en diez capítulos, utiliza el método histórico para hacer un análisis cronológico de las legislaciones en materia de regulación económica en México desde la Colonia a nuestros días. Posteriormente bajo un método analítico descriptivo, aborda los principales temas que estructuran el Derecho de la Competencia Económica, estableciendo definiciones a partir de las cuales realiza un estudio comparativo de conceptos, utilizando a la vez criterios económicos y jurídicos.

La virtud de la obra es justamente, la conjugación de análisis en ambas disciplinas de los temas relevantes.

En la presente obra se hicieron una selección los temas más importantes que comprende esta especialidad.

Los casos que aporta de la experiencia mexicana se basan en reportes e informes publicados en la Gaceta que publica la Comisión de Competencia Económica, que utiliza para ejemplificar los temas que aborda.

En virtud de hacer un análisis basado en dos disciplinas diferentes, su metodología es como el mismo asume, ecléctica, lo cual se advierte de la lectura

⁴¹⁰ González de Cossío Francisco, *“Competencia Económica, Aspectos Jurídicos y Económicos”*, Edit. Porrúa, México 2005, p. 7

⁴¹¹ En el año 2003 estudia en la *“University of Chicago Law School”*, y obtiene el grado de Doctorado (*Doctor in Jurisprudence, J.S.D.*), con el tema: *“Competencia Económica”*. En 1999 obtiene su grado de Maestría en: *University of Chicago Law School: Maestría (Master in Laws, LL.M.) Beca Fulbright* Beca por mérito académico.

del libro, donde en ocasiones parte de un análisis inductivo y en otras es deductivo, lo cual es entendible en razón de lo complejo de la materia.

El Derecho de la Competencia Económica es una disciplina que apenas empieza su práctica y conocimiento, a partir de fines del siglo pasado, por lo que el aporte de esta obra cobra mayor significado. Se advierte que en algunos temas existe un distanciamiento de los criterios jurisdiccionales, entendible en virtud de la prevalencia de los criterios económicos. Algo que tendremos que ir avanzando en el análisis que lleven a cabo los tribunales en México.

CONSIDERACIONES GENERALES Y DESCRIPCIÓN GENERAL DE LA OBRA:

La Competencia Económica, es una especialidad en la que confluyen las disciplinas: la Economía y el Derecho, ambas tienen intrínsecamente diferentes objetivos, sin embargo en el mundo empresarial se convierte en un área multidisciplinaria en la que entran en acción todas las materias inherentes a la constitución de empresas, administración de las mismas, y su desarrollo competitivo dentro y fuera del territorio en el que se han constituido, de ahí que cobra relevancia la importancia de inclusión de criterios y fundamentos de otras materias, de las cuales se hablará en el desarrollo de esta investigación.

La Competencia Económica definida en la ley vigente en México, establece como su objetivo principal la eficiencia, de acuerdo a lo que prescribe el artículo 2° de la Ley cuando dice: *“(...) proteger el proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención y eliminación de monopolios, prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios.”*

Estos fines van más de acuerdo a los objetivos de la economía que a los fines del derecho. Sin embargo, esta actividad debe ser regulada por el derecho, para establecer las bases, principios y fundamentos sobre los cuales se actuará en este ámbito, y que establecen los derechos de las partes.

De aquí la importancia de realizar un análisis bajo las dos ópticas, la de la Economía y la del Derecho, en la Economía, porque es bajo resultados de efectos económicos que se advierten las violaciones de equidad de las partes, y el acaparamiento y dominancia del mercado por un solo actor.

La actividad económica ha existido desde siempre, desde la aparición de empresas productoras y transacciones comerciales. México tiene un capítulo especial dentro de la Constitución sobre la regulación de la economía en

México⁴¹², que fue legislado desde el siglo XIX, y con algunos antecedentes desde la Colonia. Es hacia finales del siglo XX, que México abre sus fronteras y entra en abierta competencia internacional, con reglas establecidas en los Convenios Comerciales que firma, en los que se incluyen reglas de la Competencia Económica Internacional, y que son tomados en cuenta en la ley que se emitió posteriormente⁴¹³ para regular la materia.

Es por ello que esta obra constituye un aporte valioso al mundo del Derecho en México.

Para el autor, el Derecho de la Competencia Económica debe ser entendido como *“la herramienta que busca establecer un equilibrio en la sociedad, por la distribución de la riqueza, que desde un punto de vista ideal, pretende lograr”*, al efecto cita a Hovenkamp *“Federal Anti trust Póllice”*: *“El costo social es la diferencia del valor social entre el mercado monopolizado y el mercado competitivo, no la diferencia en valor social entre un mercado monopolizado y la no existencia de un mercado”*.

Si se ve al mundo desde una perspectiva económica, podemos entender la forma en que el autor define lo que es un sistema económico como *“(…) la manera de resolver las tres interrogantes principales de la economía: ¿qué producir?, ¿cómo producirlo?, y ¿para quién producirlo?, Estas tres premisas derivan de la primera premisa de la Economía: la escasez. Es decir, el resultado de contar con recursos limitados para satisfacer necesidades limitadas”*.

Los sistemas económicos dice el autor son: 1. *El sistema de economía de mercado.* 2. *El sistema socialista;* y 3. *El sistema mixto*⁴¹⁴.

Asevera que México tiene un *Sistema Mixto de Economía*, de acuerdo a lo que establece el artículo 25 de la Constitución, que forma parte del capítulo económico del Estado junto con los artículos 26, 27 y 28, los que constituyen los cimientos del sistema económico mexicano como antes ya se dijo.

La corriente economicista ha influido en un cambio sustancial en la política económica y en el derecho en todo el mundo, a partir de los movimientos globalizadores y se refleja en el Derecho de la Competencia Económica.

⁴¹² Artículos 25, 26, 27, y 28 constitucionales

⁴¹³ Ver. P. 17 y sgts,

⁴¹⁴ Ver. Capítulo III, Economía del Derecho de la Competencia Económica. P 19 y sgts.

La utilización de ejemplos graficados económicamente bajo parámetros económicos, nos da una visión de lo que sucede en el mercado real y describe lo que en números debe ser la competencia perfecta⁴¹⁵.

Constituye este libro un tratado del Derecho de la Competencia Económica; Describe y abarca todos los temas relevantes de importancia en esta especialidad. La riqueza que aporta es que incluye las concepciones y la forma de interpretar esta rama del derecho en las Cortes de Estados Unidos, y el desarrollo conceptual en la doctrina norteamericana, además de que incluye ejemplos prácticos.

En el caso de México, inicia su análisis a partir de que se abre a la economía mundial y se adhiere al GATT (Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio) en los años ochentas y simultáneamente comenzó a firmar Tratados Internacionales en Comercio Exterior, lo que propició se abriera al mundo globalizado dentro de un marco de competitividad internacional.

Como consecuencia nace un nuevo marco legal que permite la competitividad, y no sólo eso, México abre sus fronteras, siguiendo el consejo de Milton Friedman: *“si le tienes miedo a los monopolios, en vez de crear una comisión, abre las fronteras”*.

Apunta González de Cossío que dentro de este nuevo marco legal, la nueva Ley Federal de Competencia Económica, toma en cuenta la experiencia extranjera en la materia en diversas leyes. El objetivo de la nueva ley era promover la eficiencia en la economía, no la protección de competidores. Se buscó que las autoridades pudieran intervenir con posterioridad a que la conducta hubiera tenido lugar. La excepción sería la política preventiva en materia de concentraciones.

Se evitó que fuera regulatoria, no debía establecer permisos a la producción y distribución de productos.

Para la implementación de la ley se buscó fuera un órgano administrativo autónomo e independiente del gobierno, de que contara con facultades para sancionar sin precedentes en el sistema jurídico mexicano (aunque se evitó incluir sanciones penales). La Comisión Nacional de Competencia, tendría las funciones básicas para la investigación de posibles violaciones y la decisión cuasi-jurisdiccional sobre los casos en los que tiene competencia, [considera el autor, respecto de las facultades de un tribunal administrativo, que se evitó se le diera la competencia jurisdiccional al Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa sobre las resoluciones de la CFC]. Al

⁴¹⁵ Ver p. 25 y sgts.

efecto se creó la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE) publicada en el DOF el 24 de diciembre de 1992, y que entró en vigencia el 23 de junio de 1993. En el desarrollo de esta obra, el autor además de hacer análisis económicos junto con definiciones jurídicas, expresa su criterio discordante con lo que la Suprema Corte de Justicia ha interpretado respecto de algunos temas de competencia económica, apegándose a lo que prescribe la Constitución.

Denota el autor en sus interpretaciones una gran influencia de criterios económicos, más que jurídicos, seguramente porque en materia de competencia económica, son más importantes las valoraciones de tipo económico.

Sin embargo, no debemos olvidar que cuando la Suprema Corte de la Nación interpreta un hecho o acto jurídico, lo hace en primer lugar como Tribunal Constitucional y debe apegarse a lo que prescribe la Constitución, y en este ámbito, seguramente van a darse criterios diferenciados.

La Competencia Económica es una disciplina que se presta a que otras materias como las matemáticas intervengan con métodos de análisis e interpretación de datos estadísticos que son utilizados para la interpretación de medidas y resultados de estimación de precios, e incluso para la determinación de la existencia de monopolios, oligopolios, y concentraciones económicas.

Los daños que causa un monopolio no sólo son el costo social, sino también la pérdida de inversión, de competidores, lo que por consecuencia se traduce también en una pérdida social. Igual se advierte la pérdida de innovación, al no existir incentivos⁴¹⁶.

Sin embargo, también existen beneficios de los monopolios, cuando los beneficios exceden los costos. Los escenarios que pueden justificar la existencia de un monopolio son: I. Fracasos del mercado; II.- Monopolios naturales; III.- Fomento a la innovación (cuando se encuentra ligada a derechos de propiedad industrial) y IV.- Externalidades⁴¹⁷.

El caso de cuando un mercado contiene un único vendedor se caracteriza por ser un monopsonio, este es lo contrario del monopolio y restringe el abasto igual que el monopolio. El poder monopsómico, será la habilidad de fijar los precios de abasto por debajo de niveles competitivos. El monopsonio obligará a los proveedores le vendan a precios inferiores, que el que prevalecería en un mercado competitivo (señala que respecto de este punto hay debate si es cierto o no, ¿Quién seguiría vendiendo con precios inferiores a

⁴¹⁶ Ver p. 32

⁴¹⁷ Ver p 35

sus costos?, los cuestionamientos al respecto son varios y resulta ilustrativo los ejemplos que se muestran)⁴¹⁸.

Oligopolio significa “pocos vendedores”, a este respecto se pregunta ¿qué tantos son pocos?, lo cual es difícil de establecer, lo importante de esta figura es el reconocimiento que las acciones de firmas individuales pueden afectar el precio de mercado, y el resultado de cada una de las firmas involucradas. Al efecto cita a Edward H. Chamberlain “(...) es importante que las firmas reconozcan su mutua interdependencia y su interés en precios altos para la generación del precio que maximiza utilidades. Al realizarlo, cuando en presencia de pocos vendedores y productos estandarizados, se pueden lograr precios monopólicos sin colusión formal”.

El mercado se caracteriza por ser un oligopolio no-cooperativo, que es cuando un número pequeño de firmas actúan interdependientemente pero con la conciencia de la existencia unas de las otras. Para ejemplificar este caso presenta el caso de AUGUSTIN COURNOT que es un caso desarrollado matemáticamente y publicado en STUDIES IN MATHEMATICAL PRINCIPLES OF THE THEORY OF WEALTH, 1838 (traducción al inglés por NATHANIEL T. BACON), 1897, NEW YORK, AUGUST M KELLEY 1832, (1971), No obstante que dicha teoría fue elaborada en 1838 no fue descubierta por las corrientes económicas principales sino hasta 45 años después. Presenta una interesante exposición de cómo opera el modelo. Los oligopolios cooperativos existen cuando las firmas cooperan con la finalidad de minimizar la competencia entre ellas; existen diversas maneras de que se constituyan y de que operen. Cuando la colusión de los oligopolios es expresa, se forma un Cartel, que es una organización de firmas que producen productos similares y se coluden para incrementar los precios y restringir el abasto. Describe las diferentes formas en que operan y requisitos necesarios para que se mantenga el cartel.

Todas estas figuras operan y tienen efectos dentro del mercado, por lo que resulta muy ilustrativa la explicación de su operación de cada una de ellas. Los costos sociales de cada una de estas figuras, representa un costo social, en el caso de los cárteles, el costo social es mayor incluso que el de los monopolios, sus costos de operación pueden llegar a ser muy gravosos.

La conducta de las firmas que participan de la colusión, tiene importancia, pues dependerá del tamaño de los rivales, para ello explica los diferentes modelos que se utilizan para analizar cada caso. Incluso incluye un ejemplo aplicando la Teoría de los Juegos cuando enfrentan un EQUILIBRIO DE NASH, cuando el equilibrio de intereses de ambas partes se encuentra. Por otro lado puede existir un problema de acción colectiva que con frecuencia se explica

⁴¹⁸ Ver. p 37

mediante el escenario del DILEMA DEL PRISIONERO (*Prisoners Dilemma*) que ilustra ¿qué pasaría si las partes cooperaran? lograrían un resultado en que ambas ganarían más que si no cooperan. Este Dilema es aplicado mucho dentro de las ciencias sociales⁴¹⁹.

Para entender como enfrentan las personas físicas y morales los incentivos económicos, se utiliza el modelo de la TEORÍA DE LOS PRECIOS, para explicar los fenómenos del mercado. La teoría microeconómica es utilizada para diseñar estudios empíricos del mercado y de sus efectos en las políticas públicas. Recientemente, tres aplicaciones teóricas específicas de la teoría de los precios han ganado adeptos: a) análisis de costo de transacciones; b) teoría de los juegos; y, c) análisis de competencia potencial de un mercado (*contestable market analysis*)

Define el autor los dos conceptos fundamentales del derecho de la Competencia Económica: (a) agente económico, y (b) daño al proceso competitivo. Conceptos que define de acuerdo a la Ley Federal de Competencia Económica, y jurisprudencial, en base a resoluciones que se han emitido respecto de conflictos que se han deliberado en tribunales. Aporta los ejemplos de una DENUNCIA PRESENTADA POR LOS CORREDORES PÚBLICOS DEL DISTRITO FEDERAL EN CONTRA DEL COLEGIO DE NOTARIOS, establece las diferencias de conceptos que se han emitido, analiza las diferencias de significados de cada ordenamiento según el contexto que se analiza.

Resulta importante la diferenciación que señala, pues ilustra el grado de error en el que se puede incurrir cuando se ignora el ámbito del derecho de la competencia económica, incluso critica una resolución de la Corte, que se basó en una interpretación constitucional del concepto, y el autor se remite a la Ley Reglamentaria del artículo 28 constitucional, la Ley Federal de Competencia Económica, la cual define en forma más abierta lo que se debe entender como agente económico⁴²⁰.

[- A este respecto, si tomamos en cuenta que nuestro sistema de derecho privilegia la supremacía constitucional, debiera prevalecer el concepto constitucional, sin embargo la materia de competencia económica ha ido más allá de lo que define la carta magna, por la naturaleza de la materia. Aquí vamos a encontrar diferencias de opiniones, pero desde un estricto punto de vista de interpretación del derecho en el sistema mexicano, debe prevalecer lo que la Constitución establece -]

⁴¹⁹ Ver p. 53

⁴²⁰ Ver. p. 56

Sin embargo es de tomarse en cuenta el análisis jurídico interpretativo que presenta el autor respecto de los significados de conceptos a la luz de ambas normas.

[- Me parece que en esta materia vamos a ver con más frecuencia esta diferencia de opiniones, por el grado de especialidad que tiene el derecho de la competencia económica y sobre todo por la gran influencia de conceptos concebidos y desarrollados en el derecho extranjero -].

En relación a las *Prácticas Monopólicas*, estas pueden ser absolutas o relativas, las primeras se refieren a los acuerdos cooperativos anticompetitivos o “*prácticas colusivas*”, y se habla de una relación horizontal, ya se trate de contratos o convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores, cuyo objeto será: fijar precios; restringir el abasto; división horizontal de mercados, y concertación de posturas (estas son las únicas que el Derecho Mexicano sanciona como ilegales), cualquier otra práctica será considerada practica monopólica relativa las que están sujetas a un análisis orientado a determinar su efecto competitivo, (con excepción de las fusiones y adquisiciones, que son materia de un régimen totalmente diferente: las concentraciones).

Las prácticas monopólicas relativas, se refieren a prácticas que afectan la competencia económica, en las que la probabilidad de que ocurra un daño al proceso competitivo, es menos aparente, por lo que su sanción se hace conforme a una *regla de razón*, que realiza un análisis de legalidad o ilegalidad. Estas *reglas de razón*, varían según la jurisdicción, lo que ocurre frecuentemente en Estados Unidos, pero en México, las reglas son diferentes y el autor discrepa de las reglas de razón a la mexicana, ya que aquí en tres pasos se determina si un agente económico ha incurrido en un ilícito en materia de competencia económica y en consecuencia será sujeto de responsabilidades bajo la LFCE que dará lugar a: 1. Determinación de la existencia de una práctica monopólica relativa; 2. La definición de mercado relevante; 3. Análisis de poder de mercado que incluye; 4. Valoración de los efectos pro y anticompetitivos⁴²¹.

Se hace una detallada descripción de cada uno de los casos de estas prácticas.

Dentro de este capítulo define conceptos importantes como:

Mercado relevante; Una vez determinada la existencia de la conducta contemplada en la hipótesis de una práctica monopólica relativa, deberá: 1. Definirse el mercado relevante; 2. Determinar la existencia (o falta) de poder de

⁴²¹ Ver capítulo IV p 67 y sgts,

mercado; y 3.- Determinar si los efectos pro-competitivos rebasan los efectos anticompetitivos.

Concepto económico: Un mercado es cualquier contexto dentro del cual una, venta o una compra de un producto o servicio tiene lugar, ya sea físico o no. Aporta detalles que individualizan el concepto dentro del campo del derecho económico. Y a su vez aporta la definición de la LFCE, que está guiado de conformidad con la LFCE, por criterios que lo definen.

La importancia de definir el mercado relevante, es determinante del éxito de un caso. La determinación del mercado relevante se realiza en tres dimensiones (a) dimensión del producto; (b) dimensión geográfica; (c) dimensión temporal. Cada una de ellas es a su vez motivo de una investigación y determinación específica. Es por ello que la determinación del mismo constituye uno de los elementos más difíciles y subjetivos del derecho de la competencia económica⁴²².

Una vez que se ha determinado el mercado relevante, se puede determinar el poder del mercado. Y finalmente una vez que se ha establecido la existencia de una práctica monopólica relativa y de poder de mercado en un mercado relevante el paso final es el análisis de los efectos anticompetitivos de la práctica, enfrentándolos contra los efectos pro-competitivos. El resultado de este ejercicio determinará si se genera responsabilidad por la conducta en cuestión.

La integración vertical. Tiene lugar cuando una firma provee para ella misma algún insumo que pudiera haber adquirido del mercado. Es decir, el insumo será producido dentro de la firma en vez de ser adquirida de otra firma⁴²³.

Este tipo de integración, actualmente es omnipresente e infinita en sus variedades. Existen tres métodos para integrarse verticalmente: Entrada de novo, cuando se producen desde el inicio los productos en la cadena productiva; Adquisición de acciones o activos de otra firma que produce el producto deseado; y celebrando contratos detallados con firmas independientes. La integración vertical tiene beneficios y peligros.

Las prácticas que afectan mercados colaterales y complementarios no tienen que involucrar integración vertical ya que no es muy clara la distinción entre estos.

⁴²² Ver. p 76

⁴²³ Ver. p 89

Restricciones verticales⁴²⁴, estas se dan cuando partimos de que la producción de un bien tiene lugar en diferentes etapas o niveles verticalmente relacionados. Cuando una empresa opera en más de una etapa de producción se le considera “verticalmente integrada”, pero cuando son varias empresas las que operan en cada una de las etapas, se dice que tienen tratos verticales con los otros.

Las restricciones verticales más comunes que limitan la competencia intra-marca son: (a) precios mínimos de reventa; (b) precios máximos de reventa; (c) restricciones territoriales; (d) restricciones en materia de clientela sobre distribuidores⁴²⁵.

Las restricciones verticales pueden también clasificarse como “intra-marca” (*intra-band*) o inter-marca (*inter-band*).

Las restricciones intra-marca. Para entender la restricción vertical y evaluarla correctamente, debe entenderse que un productor maximiza utilidades mediante el incremento de competencia entre sus distribuidores, al respecto explica detalladamente como opera este mecanismo, haciendo alusión a la resolución de problemas conocidos como “*free rider*”, que tiene variedades importantes, tales como: (a) exclusividad territorial; (b) limitación del número de distribuidores; (c) Precios de reventa; (d) publicidad directa por el productor por parte del distribuidor; (e) monitoreo por el productor de los esfuerzos del distribuidor y compensación a cada uno en consecuencia. Sin embargo a pesar de que el mecanismo del *free rider* ha aportado soluciones a algunos respecto a las restricciones verticales, para otros no les resuelve el problema, pues no explica algunas restricciones verticales no-colusivas. Todo va a depender del producto de que se trate.

Otra forma de restricción vertical puede buscar permitir que el distribuidor preste servicios de punto de venta, en caso de estar correctamente diseñado será útil para todas las partes involucradas. Otras modalidades son expuestas tales como: *permitir una escala mínima eficiente ;la buena voluntad (goodwill) del distribuidor; imagen de marca; imagen de marca de buena calidad o moda; preferencia por distribuidores de múltiples marcas; evitar concentración de distribuidores; disponibilidad extensiva; especialización del distribuidor; penetración del mercado; responsabilidad del distribuidor por la calidad y seguridad del producto; promoción de entrada; promoción de competencia intermarcas; quid pro quo para una segunda restricción; distribución dual; Aristas en materia de competencia económica.*

⁴²⁴ Ver. p 112

⁴²⁵ Ver p 113 y sgts.

A pesar de que las restricciones verticales pueden beneficiar al productor, en opinión de algunos economistas y jueces, consideran que éstas restringen la competencia y no deberían existir en un mercado competitivo.

Las preocupaciones particulares en materia de competencia económica son varias, las cuales describe, aquí sólo se enumeran: a) Evitar el acceso a un mercado (“Foreclosure”); b) Doble incremento de precios monopolístico; c) Facilitador de coordinación entre productores; d) Disfraz para restricciones verticales por distribuidores o para el ejercicio de poder de mercado de distribuidores; e) Menos restrictiva que la integración vertical lícita; f) Error; g) Restricción con la finalidad de implementar colusión; h) Quid pro quo para una segunda restricción; i) Confusión a clientela; j) Externalidades como resultado de falta de coordinación entre distribuidores.

Los efectos de las restricciones verticales. Aunque algunos consideran que tienen beneficios positivos, no todos coinciden, la postura mexicana es que algunas pueden ser deseables, algunas repudiadas y algunas tienen efectos ambiguos.

Restricciones de precios la fijación de precios vertical es conocida también como precios mínimos, que en algunas legislaciones es considerada esta práctica como ilegal, es el caso de la legislación mexicana que así la considera en la fracción II del artículo 10 de la LFCE, que es cuando se establece un precio mínimo por un bien o servicio abajo del cual un distribuidor no puede vender, de alguna manera obligan a los distribuidores a competir de otras maneras como lo son esfuerzos de ventas. Esto ha generado preocupaciones de competencia económica como lo son: I) Coordinación entre productores y poder de mercado de distribuidores; III) Recomendaciones de distribuidores; IV) Distribución anquilosada y de alto costo. V) Restricción de abasto⁴²⁶.

Los casos de precios máximos de reventa, es cuando el productor fija los precios en punto tope del producto que los distribuidores no pueden rebasar, con el objetivo de prevenir que un distribuidor con poder de mercado incremente precios arriba del nivel competitivo y con ello “explote” consumidores y deduzca las ventas del productor; por tanto la protección al público de precios inflados es la justificación (pro-competitiva) de ésta práctica.

Las preocupaciones en materia de competencia económica son: I) precio mínimo oculto. II) Libertad del distribuidor; III) Límite de servicios del distribuidor; IV) Vehículo para depredación de precios; V) Explotación de distribuidores; VI) Discriminación de precios. En el caso de México, respecto a

⁴²⁶ Ver p. 132 y sgts.

los precios máximos de reventa, reciben tratamiento y análisis de razón, y no son considerados ilegales, a pesar de ser una práctica monopólica relativa, en México no se ha planteado el problema como tal.

Restricciones que no versan sobre precio, lo son: a) Limitaciones territoriales o de clientela /Exclusividad geográfica; b) Limitaciones sobre distribuciones adicionales que les impiden competir con distribuidores existentes o limitan el número de distribuidores; c) Publicidad por el productor por parte de los distribuidores.

Restricciones Intermarca. Partiendo de la diferencia que hay entre las restricciones intramarca que limitan la libertad para competir de distribuidores que manejan la misma marca de producto sin crear limitantes en las ventas que puede realizar de otras marcas o proveedores, las restricciones intermarca establecen limitantes que involucran a otros productores/marcas; las más frecuentes son las ventas atadas y la exclusividad, cada una con sus particularidades⁴²⁷.

La discriminación de precios, esta sucede cuando una forma hace dos ventas de un producto similar a dos tasas de retorno distintas, dicho en términos económicos, dos ventas serán discriminatorias cuando involucren dos radios diferentes de precios a costo marginal.

Para que se de la figura de discriminación de precios tienen que reunirse requisitos como: a) El vendedor debe tener algo de poder de mercado; b) Habilidad para segregar; y c) No Arbitraje.

Existen una variedad muy amplia de formas de discriminación de precios, pero las más comunes son: 1. Discriminación personal; 2. Discriminación grupal; 3. Discriminación por producto; 4. Ubicación de la “víctima” en la cadena productiva, y 5. Su frecuencia.

La discriminación de precios encuentra su justificación en la imperfección, ya que sería inexistente en un mercado perfectamente competitivo y equilibrado, uno de los factores que señala el autor es la de que los mercados son dinámicos, competidos y fluctúan en el tiempo y espacio, y en forma poética cita: “es en las olas y mareas del mercado que la discriminación de precios encuentra su hábitat”.

Es un tema complejo por si mismo, y que indica que aún cuando el mercado esté en equilibrio, los precios tienden a moverse y al hacerlo se daría una discriminación de precios. Más aún, si se agrega el ingrediente “humano”,

⁴²⁷ Ver. p. 139 y sgts.

cuando un cliente esta dispuesto a pagar un precio mayor o menor, se habla entonces de alta o baja elasticidad, lo que agrega un elemento más en su compleja composición. Incluso puede ser entendida la discriminación de precios como un método para minimizar el efecto de reducción de ingresos involucrado en el costo marginal, y explica que debe entenderse el costo marginal como el resultado de las siguientes dos funciones: a) el ingreso adicional de vender una unidad adicional, que es el precio que el vendedor recibe de la última unidad vendida; y b) la reducción de ingreso de todo el abasto existente. La resta de (b) de (a) arrojará el ingreso marginal. Al evitar que el precio marginal “infecte” el abasto total, el aspecto negativo de la p.

Por ultimo señala que *“parte de la rareza de la discriminación de precios tiene que ver con sus múltiples facetas. Mientras que la discriminación de precios no-sistémica puede resultar en competencia intensa, la discriminación de precios sistémica puede incrementar el poder monopolístico y facilitar las prácticas colusivas”* El derecho de la competencia económica debe estar alerta con el tema de discriminación de precios⁴²⁸, ya que si este es persistente transfiere riqueza del consumidor a los vendedores lo que tendrá un costo social que puede generar:

- La pérdida social (*deathweight loss*) resultante de la reducción del abasto.
- Que un monopolista que discrimina mediante precios puede tomar con miras a asegurar o mantener su poder de mercado.
- Incurrir en esfuerzos para identificar, segregare y atacar los diferentes grupos de consumidores con diferentes valores de reserva. Estos esfuerzos son pérdidas sociales.

Así como tiene un costo social la discriminación de precios, también tiene un costo social si se atacan. La legislación que prohíbe la discriminación de precios puede tener dos efectos negativos en mercados oligopolísticos.

- Hace que las trampas a los carteles sean más difíciles mediante la penalización de reducciones individuales de precios; y
- Disuelve los incentivos para que oligopolistas compitan más agresivamente mediante la búsqueda de ventas marginales

⁴²⁸ Ver. Capítulo VII p. 167 y sgts.

México considera a la discriminación de precios como una práctica monopólica relativa en la fracción IV del artículo 7 del Reglamento de la LFCE, lo que será un análisis de regla de razón sobre su práctica y sus efectos. (Presenta dos casos prácticos a manera de ejemplo).

Precios. Define los precios competitivos, monopólicos, estratégicos y límite, para abordar el tema de la depredación de precios, que de acuerdo al Juez Bork, existen tres tipos: (a) depredación por reducción de precios; (b) depredación por irrupción de los patrones de distribución; y (c) depredación por el mal uso de las cortes u otras agencias gubernamentales.

Los modelos que se han utilizado para el análisis de la depredación de precios son: Teoría de los Juegos.- Irracionalidad.- Asimetría en el financiamiento de las campañas.- Reputación de depredación.

En México la depredación de precios es una práctica monopólica relativa, regulada en la fracción VII del artículo 10 de la LFCE y en el artículo 7.1 del Reglamento de la LFCE⁴²⁹.

El Recobro, (“*recoupment*”), no es parte de la definición incluida en las partes relacionadas de la LFCE o su Reglamento, y a la fecha de elaboración de esta investigación (2005) los casos que se han presentado ante la Comisión de Competencia Económica, no le han dado relevancia al tema, que es muy importante en la normatividad norteamericana, caso que no ocurre en la legislación europea.

La depredación de precios involucra el establecimiento de precios debajo de una medida apropiada de “costo” (con algunos factores adicionales), la pregunta que surge es ¿cuál es la medida apropiada de costo?.

La LFCE utiliza, costo medio total para ventas habituales y costo medio variable para ventas aisladas, son demasiado bajas, lo que da como resultado que ciertos precios económicamente justificados puedan resultar en responsabilidad; por lo que se verán en la obligación de cobrar precios más altos que los costos y los que la estructura de mercado y demás circunstancias permiten con la finalidad de evitar caer en responsabilidad.

Par entender el tema de costos aborda el mismo definiendo las diferentes variables de costos o medidas de costos como: 1. *Costo total*: es la suma de costos fijos y de los variables. 2. *Costo Variable*: son los que varían con los cambios de abasto, el costo variable depende de los salarios y precios que una firma debe pagar. 3. *Costo Marginal*: es el incremento al costo total que

⁴²⁹ Ver. p. 183

resulta de la producción de una unidad adicional de abasto. Cuando los costos variables por unidad se reducen, el costo marginal es más bajo que el costo variable, cuando los costos variables suben, el costo marginal es superior al costo variable. 4.- *Costo Medio Total*, es el resultado de dividir el costo total (la suma de costos fijos y costos variables) entre abasto. El costo medio total es superior al costo medio variable en todos los niveles de abasto y será generalmente inferior a costo marginal a niveles altos de abasto cuando la planta rebasó en sus operaciones el punto de eficiente de capacidad operativa. 5.- *Costo Medio Variable*: es la suma de todos los costos variables divididos entre abasto. 6.- *Costo Medio Fijo*: es el costo fijo dividido entre abasto. 7.- *Costos Fijos*: son aquellos que no varían con el abasto, la única forma de evitarlos es cerrar la operación. 8.- *Costos Hundidos*: son la porción de los costos fijos que no son recuperables.

González de Cossío, señala que en México se utiliza el costo medio total para las ventas habituales y el costo medio variable para ventas ocasionales, con esto la LFCE sobre protege o sobre sanciona, atendiendo al ángulo del cual se perciba.

Las Concentraciones, es el nombre jurídico que dicho concepto ha recibido bajo la LFCE, en el artículo 16, y porque además describe correctamente el tema, pueden reducir competencia económica, restringir el comercio o monopolizar un mercado. Esto no significa que deban ser prohibidas las concentraciones. Las Concentraciones ocurren como resultado de razones de negocios válidas que las justifica y que con frecuencia son pro competitivas.

La definición económica de Concentración, es cuando dos firmas o activos que, habiendo estado separadas, pasan a formar parte de un mismo propietario o controlador.

La definición legal. La LFCE ha bautizado al fenómeno como “Concentración” con la finalidad de asegurarse que, no obstante el título que los agentes económicos utilicen, para evitar problemas de caracterización, cualesquiera actos que resulten en la combinación de activos productivos serán considerados como “concentración” y sujetas a la LFCE. El artículo 16 establece que existirá una concentración cuando en presencia de una fusión, adquisición de control o cualquier otra maniobra legal que amalgame sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o actos en general.

Esto significa que el Derecho de la Competencia Económica pasará por alto el tipo de actos que se lleven a cabo o se utilicen, lo importante son los resultados de la combinación de activos.

Las Concentraciones nacen por a) razones comerciales normales; y b) razones que generan aristas en materia de competencia económica.

La LFCE, considera en el artículo 16 que es ilegal una Concentración y recurrible a las concentraciones cuyo objeto o efecto sea disminuir, dañar o impedir la competencia y libre concurrencia de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados.

La LFCE, no diferencia entre tipos de concentraciones, sean horizontales verticales o conglomerado. (La ley establece tres umbrales que si se cumplen o pasan, generan el deber de notificar a la CFC la concentración antes de ser realizada, y dicta los criterios que se aplicaran) asimismo le otorga a la CFC facultades para actuar cuando este en presencia de una Concentración ilícita.

La LFCE, cuando valora una concentración, lo hace bajo los siguientes criterios: 1. La estructura del mercado; 2. La estructura de la industria; 3.- Eficiencias; 4.-Efectos de la concentración; y, 5.- Entidades y mercados relacionados.

La LFCE otorga a la CFC competencia para que actúe frente a las Concentraciones ilícitas, estas facultades están limitadas en el sentido de que deben estar directamente relacionadas con la corrección de los efectos de la concentración. Las condiciones impuestas deben ser proporcionales a la corrección que desean remediar. A su vez, en el caso de la CFC decida imponer una condición, los agentes económicos involucrados tienen el derecho de solicitar que sus propuestas sean escuchadas.

Hay Concentraciones exceptuadas: Las Concentraciones extranjeras y las Reestructuraciones Corporativas.

Finalmente entra al análisis de los aspectos internacionales del Derecho de la Competencia Económica⁴³⁰. La competencia económica surge cuando los países abren sus fronteras, y esto ocurre después de la segunda guerra mundial, y en forma paulatina a nivel mundial se van integrando y abriendo al comercio internacional, lo que origina se constituya la economía de mercado, que triunfa sobre la economía centralmente planificada.

Sin embargo todavía prevalecen países de economía en transición. Algunas de las prácticas que influyen para esta transición son la liberalización de precios, la desregulación y desmonopolización, privatización, liberalización del comercio y la liberalización de la inversión extranjera directa. Acepta el autor

⁴³⁰ Ver Capítulo X p 265 y sgts.

que los beneficios que pesan más que las desventajas no son evidentes al público en general que es beneficiado en gran medida.

La globalización ha tenido lugar sin la adopción de reglas de competencia económica de alcance mundial, lo que ha ocasionado que no haya reglas claras en este juego de competencias globalizadoras en donde hay competidores muy poderosos que entran a la competencia con otros en total libertad de hacer lo que quieran. Esto señala el autor, dio lugar a que en la Décima Declaración de Bangkok se dijera: *“la comunidad internacional en su totalidad tiene la responsabilidad de asegurarse de que se procure un ambiente en el que se incremente la cooperación en las áreas de comercio, inversión, competencia y finanzas con la finalidad de hacer que la globalización sea más eficiente y equitativa.”*⁴³¹

Es entendible el que existe una creciente presión -como lo apunta el autor- de parte de los Estados Unidos de aplicar el derecho de la competencia económica extraterritorialmente para resolver problemas de acceso al mercado. Sus exportadores quieren recibir protección, a pesar de que existe controversia en este punto desde el punto de vista diplomático. Quieren hacer extensivo la aplicación de su derecho extraterritorialmente.

El derecho de la competencia económica nos muestra como cada vez empezará a haber mayor intervención del derecho externo en la fijación de reglas dentro del derecho nacional.

Presenta el caso *Boeing/McDonell Douglas*, el caso *WorldCom/Sprint*, y el *GE/Honeywell*, donde lo que se muestra es como intervienen los intereses de Estado en aspectos de competencia económica comercial, para asumir un criterio.

Es por ello que se han hecho esfuerzos para cooperar en materia de derecho y política económica. Posterior a la segunda Guerra Mundial, como ya se apuntó se iniciaron las primeras acciones en la materia, principalmente con el objetivo de evitar las crisis financieras que sufrieron en los años treinta, por lo que los esfuerzos se enfocaron en la creación de organismos multilaterales en campos de cooperación económica, así se crea la OIC Organización Internacional de Comercio, La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo que se llevó a cabo en la ciudad de La Habana el 21 de noviembre de 1947 al 24 de marzo de 1948, en la que más de 57 naciones firmaron la “Carta de la Habana”, que buscaba crear una OIC, se pudieron establecer las primeras reglas de competencia económica, sin embargo tuvo pocas ratificaciones, por lo que fracasó, sin embargo sobrevivió su capítulo de política comercial, que al tiempo

⁴³¹ Traducción del autor.

se transformó en el Acuerdo General de Aranceles y Comercio (GATT), institución que ha operado desde el siglo pasado, desde entonces ha tenido varias rondas con el objetivo de perfeccionar y mejorar sus reglas en la liberalización del comercio y de las practicas que distorsionan el comercio.

La Unión Europea ha hecho esfuerzos por tu parte, con la firma del Tratado de la Comunidad Europea sobre el Carbón y el Acero (*European Steel Community*) (“ECSC”), que estableció las primeras reglas de competencia económica. Posterior a este Tratado viene el de Roma de 1957 que estableció un sistema para asegurar que la competencia no sea distorsionada en el Mercado Común. Posterior a estas acciones multilaterales se empezaron a crear esfuerzos gubernamentales, como el Proyecto de Convención de las Naciones Unidas sobre Prácticas Restrictivas, que recibió el apoyo del Consejo Económico y Social, siete naciones lo apoyaron y Estados Unidos no, por la fuerte presión empresarial estadounidense, lo que afectó su fuerza y vigencia. Además de las Naciones en vías de desarrollo desplegaron una falta de acuerdo en los temas de competencia económica.

En 1994, la *American Bar Association* concluyó que no era posible llegar a un acuerdo sobre los estándares mundiales de derecho de competencia económica. El Congreso de Estados Unidos entonces, promulgó el *International Anti trust Enforcement Assistance Act*, que autoriza al Procurador General y a la *Federal Trade Commission* para celebrar convenios de asistencia mutua con autoridades extranjeras de competencia para intercambiar información confidencial y la emisión de órdenes por el Departamento de Justicia con la finalidad de obtener pruebas en apoyo de autoridades de competencia en otros países aún cuando la conducta soslayada no viole el derecho de los Estados Unidos.

Se han celebrado muchos Acuerdos Internacionales incluyendo a México en julio de 2000⁴³². (- Acuerdo que se firma en consideración de las relaciones estrechas que se tienen con Estados Unidos a partir de la firma del TLC -).

Por su parte Estados Unidos en noviembre de 1997 desde la Procuraduría General se crea el Comité de Asesoría en Materia de Política de Competencia Económica, con el propósito de abordar temas como: a) escrutinio de fusiones multi-jurisdiccionales; b) traslape entre temas de comercio y competencia; c) el futuro de la cooperación de ejecución por las autoridades de competencia económica y sus contrapartes de diferentes países, contra cárteles específicamente. Por su parte la Unión Europea, el Comisionado de

⁴³² Acuerdo entre el Gobierno de Estados Unidos de América y el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos sobre la Aplicación de sus leyes de Competencia Económica del 11 de julio de 2000.

Competencia de la Unión Europea sugirió que el GATT tuviera un papel fuerte en la elaboración y ejecución de reglas mínimas de competencia internacional que abarca subsidios, carteles y política en materia de carteles y monopolios públicos.

Otros organismos que han actuado en el mismo sentido son la OCDE, la UNCTAD. Se han hecho esfuerzos académicos encabezados por el profesor Wolfgang Fikentscher de Múnich, quien elaboró una propuesta para un acuerdo internacional llamado “Proyecto de Código Internacional de Competencia Económica”, éste se concibió como un convenio internacional para ser incluido bajo los auspicios del GATT u OMC como un acuerdo plurilateral de comercio. Otros esfuerzos han sido: cooperaciones bilaterales y regionales, (es el caso de México, que ha firmado Acuerdos con la Unión Europea y con los Estados Unidos como ya se apuntó anteriormente), además de que en el TLCAN, se estableció que cada parte adoptará o mantendrá medidas para proscribir conductas comerciales anticompetitivas por lo que se requerirá que las partes cooperen en temas de derecho de competencia económica, incluyendo la asistencia mutua, la notificación, consultas e intercambio de información relacionada con la ejecución de leyes de competencia en el área de libre comercio.

Las áreas de preocupación internacional son: 1. Las concentraciones; 2.- los carteles y otras restricciones horizontales; 3. Las restricciones verticales; 4.- Las prácticas anticompetitivas; y 5.- La interrelación entre las políticas de competencia y de comercio.

La regulación de la competencia económica en el plano internacional, varía en forma significativa, aunque existe consenso de que debe apegarse a considerar prioritario el bienestar y la eficiencia, (cada país lo define y le da los alcances que considera en su entorno), por ejemplo, tanto la legislación estadounidense como la mexicana se orientan predominantemente al consumidor. Por lo que el elemento importante será el abasto. En el caso de la Unión Europea el mismo análisis incluirá la protección a las empresas pequeñas y medianas y la integración de un mercado interno/común⁴³³.

Para identificar los grados de Cooperación, el autor utiliza el documento: Proyecto *Brookings*, e identifica seis⁴³⁴:

1. *Autonomía Nacional*. En la que prevalece la soberanía nacional, y existe poca o ninguna cooperación.

⁴³³ Ver, p. 331 y sgts.

⁴³⁴ Ver. p. 335 y sgts.

2. *Reconocimiento mutuo*. Implica intercambios de información y consultas entre gobiernos. Aceptan integrar dentro de su legislación los estándares internacionales.
3. *Descentralización monitoreada*. Aceptan llegar a un acuerdo sobre reglas que restringen la libertad para fijar políticas y para promover una convergencia gradual en la estructura de las políticas correspondientes.
4. *Coordinación*. Es un esquema más avanzado y ambicioso, que implica ajustes acorados de políticas nacionales y la cooperación intergubernamental.
5. *Armonización explícita*. Involucra altos niveles de cooperación intergubernamental y requiere del acuerdo en los estándares regionales y mundiales. Involucra más desviaciones de la descentralización en la toma de decisiones y más reforzamiento de las instituciones internacionales.
6. *Gobierno mutuo federalista*. Implica una continua negociación y toma de decisiones centralizada así como de instituciones supranacionales sólidas.

El autor desarrolla y establece las divergencias de cada una y señala que la Cooperación ha sido la preferida. Es el caso de México con la firma del TLCAN, y el Acuerdo de Cooperación en materia de Competencia Económica entre México y los Estados Unidos.

Finalmente señala su postura personal, como ya se apuntó desde el inicio de esta reseña que es sobre un PLURILATERALISMO ENRIQUECIDO en que además se implementen algunos ajustes como⁴³⁵:

- 1.- Principios medulares como un “Acuerdo Multilateral sobre Competencia”,
- 2.- Señalar qué áreas deben ser reglamentadas específicamente, atribuyendo facultades discrecionales a las autoridades, sujetándolas a una revisión por parte de una Autoridad de Competencia Económica Internacional.
- 3.- Que un mecanismo de solución de controversias, como el OSD de la OMC, revise las actividades de las autoridades locales de competencia económica en los casos que existan externalidades o el tema sea internacional.

⁴³⁵ Ver. p.342 y sgts.

Describe y justifica su postura, concluyendo:

“El Derecho de la Competencia Económica es uno de los pocos instrumentos generalmente aceptados como una intervención del Estado que es no sólo aceptable, sino deseable. Sin embargo, para que dicha intervención no se convierta en sí en un fracaso (un fracaso en la intervención del Estado) no sólo es necesario contar con una buena legislación que la permita, sino entender las causas y los efectos económicos de la conducta que aborda”

Postulo además que dichos objetivos están revestidos de un reto adicional: una paradoja. Me refiero a que, paradójicamente, si bien la enunciación de las normas de competencia económica son fáciles, la aplicación de las mismas es difícil, y en ocasiones en extremo.”⁴³⁶

⁴³⁶ Ver. p. 357.

PORTADA Y DISEÑO
VERÓNICA GALLOSA HERNÁNDEZ



Av. Congreso de la Unión, 66;
Col. El Parque, C.P. 15960
México, D.F. Edificio I, nivel 2.



Tel. 5036-0000
exts. 58140 y 58141



cedip@congreso.gob.mx
www.diputados.gob.mx/cedip