



# Victimas en Perspectiva de Derechos Humanos

COORDINADORES:

Mtro. Benjamín Apolinar Valencia

Dr. Ricardo Tapia Vega

Dr. Eduardo Oliva Gómez



CÁMARA DE  
DIPUTADOS  
LXIV LEGISLATURA





**CÁMARA DE  
DIPUTADOS**  
LXIV LEGISLATURA

# VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

## **COORDINADORES**

**Mtro. Benjamín Apolinar Valencia**

**Dr. Ricardo Tapia Vega**

**Dr. Eduardo Oliva Gómez**

**Mtro. Fernando Vázquez Muñoz**



**CONSEJO EDITORIAL  
H. CÁMARA DE DIPUTADOS**

## **VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS**

Primera edición, 2019.

D.R. LXIV Legislatura de la H. Cámara de Diputados  
Av. Congreso de la Unión, Núm. 66  
Alcaldía de Venustiano Carranza  
Col. El Parque, C.P. 15960, Ciudad de México  
Edificio E, Planta Baja, Ala Norte  
Tel. 5036 0000 Exts. 51091 y 51092  
<http://diputados.gob.mx>

ISBN 978-607-97823-1-3

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización de los titulares del “Copyright”, bajo las sanciones establecidas en las Leyes, la reproducción parcial o total de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático y la distribución de ejemplares de ella mediante cualquier alquiler o prestamos públicos.

Ésta es una publicación de distribución gratuita y con fines de difusión cultural. Queda prohibida su venta.

***Impreso en México / Printed in Mexico***

**H. CÁMARA DE DIPUTADOS  
LXIV LEGISLATURA**

**JUNTA DE COORDINACIÓN POLÍTICA**

**Dip. Mario Delgado Carrillo**

Presidente y Coordinador del Grupo Parlamentario de MORENA

**Dip. Juan Carlos Romero Hicks**

Coordinador del Grupo Parlamentario del PAN

**Dip. René Juárez Cisneros**

Coordinador del Grupo Parlamentario del PRI

**Dip. Olga Juliana Elizondo Guerra**

Coordinadora del Grupo Parlamentario de Encuentro Social

**Dip. Reginaldo Sandoval Flores**

Coordinador del Grupo Parlamentario del PT

**Dip. Itzcóatl Tonatiuh Bravo Padilla**

Coordinador del Grupo Parlamentario de Movimiento Ciudadano

**Dip. Verónica Beatriz Juárez Piña**

Coordinadora del Grupo Parlamentario del PRD

**Dip. Arturo Escobar y Vega**

Coordinador del Grupo Parlamentario del PVEM

**H. CÁMARA DE DIPUTADOS  
LXIV LEGISLATURA**

**MESA DIRECTIVA**

**Dip. Porfirio Muñoz Ledo**  
Presidente

**Dip. Dolores Padierna Luna**  
**Dip. Marco Antonio Adame Castillo**  
**Dip. Dulce María Sauri Riancho**  
Vicepresidentes

**Dip. Karla Yuritzi Almazán Burgos**  
**Dip. Mariana Dunyaska García Rojas**  
**Dip. Ma. Sara Rocha Medina**  
**Dip. Héctor René Cruz Aparicio**  
**Dip. Lizeth Sánchez García**  
**Dip. Julieta Macías Rábago**  
**Dip. Mónica Bautista Rodríguez**  
**Dip. Lyndiana Elizabeth Bugarin Cortés**  
**Dip. Lilia Villafuerte Zavala**  
Secretarios

**H. CÁMARA DE DIPUTADOS  
LXIV LEGISLATURA**

**CONSEJO EDITORIAL**

**GRUPO PARLAMENTARIO DE ENCUENTRO SOCIAL**

Dip. Ricardo De la Peña Marshall, titular.  
PRESIDENCIA

**GRUPO PARLAMENTARIO DE MORENA**

Dip. Hirepan Maya Martínez, titular.  
COORDINADOR DEL ÓRGANO TÉCNICO

**GRUPO PARLAMENTARIO DEL PAN**

Dip. Annia Sarahí Gómez Cárdenas, titular.  
Dip. María Eugenia Leticia Espinosa Rivas, sustituto.

**GRUPO PARLAMENTARIO DEL PRI**

Dip. Brasil Alberto Acosta Peña, titular.  
Dip. Margarita Flores Sánchez, sustituto.

**GRUPO PARLAMENTARIO DE PT**

Dip. José Gerardo Fernández Noroña, titular.

**GRUPO PARLAMENTARIO DE MOVIMIENTO CIUDADANO**

Dip. Alán Jesús Falomir Sáenz, titular.

**GRUPO PARLAMENTARIO DEL PRD**

Dip. Abril Alcalá Padilla, titular.  
Dip. Frida Alejandra Esparza Márquez, sustituto.

**GRUPO PARLAMENTARIO DEL PVEM**

Dip. Lyndiana Elizabeth Bugarín Cortés, titular.  
Dip. Rogelio Rayo Martínez, sustituto.

**SECRETARÍA GENERAL**

Mtra. Graciela Báez Ricárdez

**SECRETARÍA DE SERVICIOS PARLAMENTARIOS**

Lic. Hugo Christian Rosas De León

**DIRECCIÓN GENERAL DE SERVICIOS DE DOCUMENTACIÓN,  
INFORMACIÓN Y ANÁLISIS**

Dr. Samuel Rico Medina

**CENTRO DE ESTUDIOS DE LAS FINANZAS PÚBLICAS  
CENTRO DE ESTUDIOS SOCIALES Y DE OPINIÓN PÚBLICA  
CENTRO DE ESTUDIOS PARA EL LOGRO DE LA IGUALDAD DE GÉNERO  
CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO E INVESTIGACIONES PARLAMENTARIAS  
CENTRO DE ESTUDIOS PARA EL DESARROLLO RURAL SUSTENTABLE  
Y LA SOBERANÍA ALIMENTARIA**

**SECRETARÍA TÉCNICA**

C.P. Pablo Alcázar Sosa

**ASESORÍA Y ASISTENCIA PARLAMENTARIA**

Lic. Rafael Bastard Bastard

Lic. Abraham Barba Baeza

**COORDINACIÓN Y ENLACE EDITORIAL**

Lic. Carlos Israel Castillejos Manrique

## ÍNDICE

- 1. VICTIMIZACIÓN SINTOMÁTICA DE LAS PARTES  
EN PROCESO, POR LOS PROBLEMAS EN LA IMPLEMENTACIÓN  
DE LOS JUICIO ORALES EN MÉXICO**  
*Dr. Ricardo Tapia Vega* **13**
- 2. DESPLAZAMIENTO FORZADO, ÉXODO Y EXILIO  
EN MÉXICO. LA VIOLACIÓN MÁS FLAGRANTE  
A LOS DERECHOS HUMANOS**  
*Mtro. Benjamín Apolinar Valencia* **37**
- 3. LA TRATA SEXUAL INFANTIL:  
RETOS PARA SU ERRADICACIÓN  
EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO**  
*Dr. Eduardo Oliva Gómez*  
*M. en D. Michelle Alejandra Onofre Díaz* **69**
- 4. ARMONIZACIÓN DE LEYES Y TEMAS JURIDICOS  
PENDIENTES PARA EVITAR LA REVICTIMIZACIÓN  
DE LOS FAMILIARES DE DESPARECIDOS**  
*Lic. Ana Erika Santana González* **103**
- 5. LA INSUFICIENCIA LEGISLATIVA EN LA REPARACIÓN  
A LAS VIOLACIONES A DERECHOS HUMANOS EN EL  
DERECHO MEXICANO**  
*M. en D. Angélica Anaer Salazar Rodríguez* **121**

- 6. DERECHOS DE LA VÍCTIMA FRENTE A  
LOS DEL IMPUTADO EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL MEXICANO**  
*M. en D. Antonio Sorela Castillo* **169**
- 7. PRIMERA INFANCIA, DERECHOS HUMANOS  
Y RÉGIMEN PENITENCIARIO: LOS NIÑOS Y  
NIÑAS COMO VÍCTIMAS**  
*Msc. Alex David Marroquín Martínez* **193**
- 8. VÍCTIMAS MÁS VULNERABLES FRENTE  
A LOS DERECHOS HUMANOS Y LA  
INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE LAS FAMILIAS**  
*Msc. Guillermo Rodríguez Gutiérrez* **221**
- 9. TUTELA PENOLÓGICA Y PROCESAL  
PENAL PARA LA FAMILIA: UN RETO DEL DERECHO  
EN LA ACTUALIDAD.**  
*Msc. Osvaldo Manuel Álvarez Torres* **251**

## **PRESENTACIÓN**

Esta obra contiene una compilación de ensayos coordinada magistralmente por Benjamín Apolinar Valencia, Ricardo Tapia Vega y Eduardo Oliva Gómez, investigadores mexicanos de primer nivel, y vertebrada a partir de la plantilla de académicos y profesores externos invitados de la Escuela de Derechos, Posgrados y Práctica Jurídica.

La temática que marca el hilo conductor de la obra gravita en torno a las víctimas, en perspectiva de derechos humanos, tópico que sin duda constituye un grave problema de actualidad y sobre el cual debe trabajarse desde diversas trincheras, para abonar a su diagnóstico y búsqueda de soluciones, y en esta ocasión, desde el ámbito de la investigación académica, Ricardo Tapia Vega, Benjamín Apolinar Valencia, Eduardo Oliva Gómez, Michelle Alejandra Onofre Díaz, Angélica Anaer Salazar Rodríguez, Ana Erika Santana González, Antonio Sorela Castillo, Alex David Marroquín Martínez, Guillermo Rodríguez Gutiérrez y Osvaldo Manuel Álvarez Torres, nos presentan, en nueve ensayos, trabajos de reflexión, crítica y propuesta, que amén de clarificar el análisis de la problemática, pueden ser referentes para el desarrollo de agendas legislativas, judiciales y de gobierno para la atención de las víctimas en perspectiva de derechos humanos.

En este contexto siempre es oportuno recordar las prescripciones constitucionales contenidas en el tercer párrafo del artículo 1 de nuestra Ley Fundamental respecto a que:

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

Precepto que homologa el deber de tuición de los derechos humanos que tienen todas las autoridades, y que establece la obligación del Estado respecto de la prevención, la investigación, la sanción y la reparación de las violaciones a los derechos humanos.

Ahora, si acorde al *Diccionario de la Real Academia Española* una víctima es la “persona que se expone u ofrece a un grave riesgo en obsequio de otra”, o la que “padece daño por culpa ajena o por causa fortuita”, entonces, en clave de derechos humanos, en la medida que las pautas taxativas constitucionales anteriormente referidas sean cumplidas de manera efectiva, podremos tener escenarios de reducción significativa de víctimas en la sociedad y de atención eficaz de éstas.

Por esa razón, la Cámara de Diputados agradece la dedicación y esmero del M. en D. Fernando Vázquez Muñoz, rector de la Escuela de Derechos, Posgrados y Práctica Jurídica, que ha promovido y auspiciado el trabajo académico que el lector tiene en las manos, el cual es reflejo del esfuerzo conjunto de académicos de México, El Salvador y Cuba.

**Consejo Editorial**

*LXVI Legislatura*

## **Victimización sintomática de las partes en proceso por los problemas en la implementación de los juicios orales en México**

**Ricardo Tapia Vega<sup>1</sup>**

**Resumen:** El presente ensayo presenta los desaciertos en la implementación de los juicios orales penales en México, y en base a esta situación pone de relieve que las partes intervinientes en dichos juicios, al padecer estos desaciertos ve irrogado su derecho a la seguridad jurídica, y así, las referidas partes procesales se vuelven víctimas sintomáticas dentro de la estructura viciada producto de tal implementación.

**Palabras Clave:** Víctima, juicios orales, implementación.

**Abstract:** *This essay presents the mistakes in the implementation of criminal oral trials in Mexico, and based on this situation highlights that the parties involved in these trials, to suffer these errors sees their right to legal security irrogado, and thus, the referred procedural parts become symptomatic victims within the vitiated structure product of such implementation.*

**Key words:** *Victim, oral trials, implementation.*

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho y Globalización, con mención honorífica, por la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México. Catedrático en licenciatura y posgrado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de dicha universidad, y en la Escuela de Derecho, Posgrados y Práctica Jurídica. Especialista en “Justicia constitucional, interpretación y aplicación de la Constitución” y en “Contratación pública, nuevas regulaciones y globalización” por la Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, España. Autor en diversos artículos, revistas y libros. Abogado litigante. Correo electrónico: ricardo.tapia @uaem.mx

## 1. Antecedentes

En América Latina, el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal<sup>2</sup>, por medio de sus Jornadas de Derecho Procesal y de sus Códigos Procesales Modelo ponderó el cambio de paradigma procedimental hacia la oralidad, llamando la atención en esa tesitura que en las Segundas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal, que se llevaron a cabo en México en Febrero de 1960, y que coincidieron con el Primer Congreso Mexicano de Derecho Procesal, se trató, entre otros temas, el de “Situación y perspectivas de la oralidad en América”<sup>3</sup>, y en las Cuartas Jornadas se acordó la preparación de bases uniformes para la posterior preparación de Códigos Modelos, como medio de impulsar la reforma de la legislación procesal civil y penal en América Latina, y así, se convino que “*Debe procurarse la implantación del proceso oral como la solución más eficaz contra la excesiva duración del proceso penal, civil o laboral*”<sup>4</sup>. Posteriormente, en diversas jornadas se ha seguido insistiendo en dicho cambio paradigmático<sup>5</sup>.

Vargas Viancos<sup>6</sup> por otra parte, refiere que algunos de los factores de influjo en la implementación de los procedimientos de oralidad en Latinoamérica, a partir de la parte final del siglo XX, fueron:

- 2 Fundado a partir de las Primeras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal, en 1957, como Instituto Americano de Derecho Procesal, y desde 1979 con la denominación de Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. A la fecha dicha organización ha celebrado 23 jornadas de derecho procesal. Ver la siguiente liga de internet: <http://iibdp.org/index.php/es/el-instituto/presentacion-institucional.html> (consultada el 28 de diciembre de 2017).
- 3 Ver Código procesal civil modelo para Iberoamérica, en el sitio de internet del Instituto de Derecho Procesal Colombiano Venezolano: [http://www.iprocesalcolombovenezolano.org/index.php?option=com\\_weblinks&catid=14&Itemid=32](http://www.iprocesalcolombovenezolano.org/index.php?option=com_weblinks&catid=14&Itemid=32) consultado el 1 de noviembre de 2011
- 4 Ídem.
- 5 Se pondera la oralidad, desde las bases para los anteproyectos de los códigos procesales civil y penal, en las V Jornadas, en Bogotá, en 1970, hasta las propuestas para las bases del nuevo código modelo de proceso civil para Iberoamérica, del 26 de marzo de 2012, en el cual se recomienda (de nueva cuenta) un “énfasis en la preponderancia de la oralidad”. Cfr. con el sitio de internet: <http://iibdp.org/index.php/es/banco-de-documentos.html> (consultado el 26 de mayo de 2013). Véase también la ponencia, *El Proyecto de Código Procesal Civil uniforme para la América Latina*, presentada por Enrique Vescovi, en el XI Congreso Mexicano de Derecho Procesal, en mayo de 1986, pp.10-11, en el sitio de internet: <http://www.icdp.co/revista/articulos/4/EL%20PROYECTO%20DE%20CODIGO%20PROCESAL%20CIVIL-%20ENRIQUE%20VESCOVI.pdf> (consultado el 26 de diciembre de 2017).
- 6 Cfr. Vargas Viancos, Juan Enrique, *Lecciones aprendidas: Introducción de los juicios orales en Latinoamérica*, pp. 2 y 3, visible en el sitio de internet: [http://www.congresoson.gob.mx/docs\\_biblio/docBiblio\\_26.pdf](http://www.congresoson.gob.mx/docs_biblio/docBiblio_26.pdf) (consultado el 26 de diciembre de 2017).

- a) La democratización creciente y la mayor conciencia sobre los Derechos humanos.- que se refiere a la revalorización del sistema democrático de gobierno en la región, entendida también como una forma “racional” de resolver los conflictos en todos los planos del quehacer social; esto en el contexto de la huella dejada por décadas pasadas de regímenes caracterizados por atroces violaciones a los derechos fundamentales (verbigracia las desapariciones forzadas). También se refiere al replanteamiento de los mecanismos internos de control, a la actividad gubernamental y, específicamente, al rol “poder” del Poder Judicial para jugar eficientemente su papel.
- b) La gobernabilidad y el desarrollo económico.- que se refiere al creciente desarrollo experimentado por las economías de la región, signado por formas más abiertas y competitivas de transacción, tanto interna como externamente, en cuyo contexto se evidenciaron las debilidades institucionales de los países de la zona, dentro de las cuales el sistema jurídico se mostraba arcaico y lento, y ello en buena medida fue la causa de la inestabilidad en las relaciones jurídicas, lo cual impactaba en los costos de las transacciones, siendo esto un obstáculo al citado modelo económico. Por otra parte, el propio fenómeno de la evolución económica implica la incorporación de nuevos sujetos a la vida económica formal de los países con la consiguiente demanda por servicios judiciales que, tal como estaban concebidos, presentaban, y aún presentan, serias limitaciones al acceso de éstos.
- c) El aumento de los problemas de seguridad pública.- que se refiere a los fenómenos de violencia y criminalidad urbana desconocidos con anterioridad para algunos países del área, al menos en la magnitud actual. Las demandas que de allí surgen el sistema de represión penal estatal son crecientes. La herramienta tradicional de alzar las penas ha terminado por desacreditarse como ineficiente e incluso contraproducente, dando lugar a formas más sofisticadas de intervención, tales como aquellas que se plantean sobre el sistema judicial.

- d) El colapso de los sistemas judiciales, dentro de un contexto de reforma y modernización del Estado refiere a que en este contexto, el sistema judicial es percibido por la ciudadanía como lejano, oscuro y tremendamente ineficiente. La gente no entiende qué es lo que hace, ni menos cómo lo hace. Se les presenta como una estructura burocrática, que utiliza un lenguaje, una tecnología y una forma de hacer las cosas sumamente anticuadas. Paralelamente, se visualiza que el resto de la administración pública, con los múltiples problemas que aún presenta, está sosteniendo esfuerzos serios y consistentes de racionalización y modernización de su gestión, todo lo cual alienta procesos de reestructuración del sector.
- e) Los intentos de unificación jurídica refieren a que otro motor en los cambios en la dirección de sistemas más transparentes y eficientes han sido los esfuerzos de reunificación jurídica en el Continente, que en el área procesal ha liderado el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Fruto del trabajo académico de este instituto los especialistas del área se han acercado a las más modernas teorías y han acordado en legislaciones tipo (los códigos procesal civil y penal modelos de Iberoamérica) que han sido la guía motivadora y orientadora de la gran mayoría de los esfuerzos modernizadores de los últimos años; y
- f) La presencia y participación de entidades de cooperación internacional refiere a las entidades de cooperación internacional como USAID<sup>7</sup>, al cual se han acoplado en los últimos años los Bancos Multilaterales (Banco Interamericano de Desarrollo y Banco Mundial), la Unión Europea y otros países de ese continente. Un común denominador en los esfuerzos de todas esas entidades de cooperación ha sido contribuir a los esfuerzos nacionales para orlizar sus sistemas procedimentales.

La acción de los dos últimos factores mencionados explica el que por primera vez exista en América Latina una política tan coherente entre los diversos estados en materia judicial y una estrategia de cambio que en lo medular es bastante similar.

---

7 Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional.

Esto ha provocado, además, un acercamiento entre los diversos poderes judiciales, ministerios de justicia, ONG´s dedicadas al tema y expertos en la materia, que no tienen parangón.

Ya en la era de la globalización<sup>8</sup> es de destacar que bajo la persuasión del apoyo financiero, el Banco Interamericano de Desarrollo, entre 1994 y 2003, aprobó 22 proyectos por un valor total de 357.9 millones de dólares y dedicó otros 10.6 millones de dólares a 49 donaciones para propósitos vinculados a la reforma judicial<sup>9</sup> en Latinoamérica; mientras que el Banco Mundial, entre abril de 1998 y julio de 2003, aprobó diez proyectos en ocho países, por un monto de 154.5 millones de dólares, y donó otros 2.04 millones de dólares para actividades puntuales al respecto<sup>10</sup>.

También cabe mencionar que en el caso de México y Centroamérica, desde finales de la primera década del siglo en curso, la iniciativa Mérida<sup>11</sup> contempla de manera especial capacitaciones y talleres referentes la implementación del juicio oral acusatorio adversarial en materia penal.<sup>12</sup>

Así, desde la última etapa del siglo pasado más de una decena de países Iberoamericanos (Argentina, Bolivia, Costa Rica, Colombia, Chile, España, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela<sup>13</sup>) han emprendido reformas procesales hacia el modelo oral, en la materia penal y en diversas materias.

---

8 Que se considera a partir de la caída del muro de Berlín.

9 Que incluía la implementación de modelos procesales de oralidad, principalmente en materia penal, aunque también en diversas materias.

10 Cfr. Pásara, Luis, ensayo: *Reformas del sistema de justicia en América Latina: cuenta y balance*, en el libro: *Sociología Del derecho. Culturas y sistemas jurídicos comparados. volumen I: Globalización y Derecho, Justicia y profesión jurídica* (Caballero Juárez, José Antonio et al -coordinadores-), Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas/ UNAM, ed.1ª, México, 2010, pp. 402-403. Visible en el sitio de internet: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2813/19.pdf> (consultado el 1 de enero de 2018).

11 Acuerdo de seguridad establecido por los Estados Unidos con México y los países de Centroamérica para luchar y combatir el narcotráfico y el crimen organizado.

12 Ver por ejemplo los siguientes sitios de internet del gobierno mexicano: <http://www.iniciativamerida.gob.mx/work/models/IniciativaMerida/Resource/46/1/images/pdf/Avances-IM-mayo-2011.pdf>, <http://www.iniciativamerida.gob.mx/work/models/IniciativaMerida/Resource/46/1/images/pdf/Avances-IM-febrero-2011.pdf>, <http://www.iniciativamerida.gob.mx/work/models/IniciativaMerida/Resource/46/1/images/pdf/Avances-IM-septiembre-2011.pdf> (consultados el 11 de enero de 2018).

13 Cfr. Oviedo Peña, Víctor, *Juicio Oral Civil y Mercantil*, Ed. Flores Editor y Distribuidor, ed. 1ª, México, 2013, pp. 8-11.

Ahora, en la mayoría de los países en cita existe cierto grado de apropiación nacional del proceso de reforma del sistema de justicia<sup>14</sup> y si bien los agentes externos mantienen un papel importante en términos de financiamiento y asistencia técnica en los proyectos de reforma, no continúan siendo sus protagonistas centrales.<sup>15</sup>

## 2. Análisis crítico del diseño de las normas que han implementado procedimientos penales de oralidad en México

Después de la implementación del modelo, a más de una década de su primera aparición en Nuevo León (en 2004), una década de su aparición en el orden constitucional de la República (en 2008), un año y medio de su implementación total en la nación (en 2016), y en expansión hacia diversas materias, aún nos encontramos con normas que colisionan, y con la convivencia de estructuras jurídicas incongruentes entre sí.

En ese sentido, el reto sigue siendo armonizar nuestro sistema jurídico fundamental y las normas que instrumentan los juicios de oralidad, concordando también las normas complementarias necesarias, inherentes al modelo oral; y todo esto, dentro del marco de un nuevo parámetro de control de regularidad constitucional<sup>16</sup>, que

14 Quizá en línea paralela a la globalización de los procesos de oralidad, los mismos también se han “globalizado”. Ver a Roland Robertson (Citado por Beck, Ulrich, *¿Que es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, trad. Bernardo Moreno y Ma. Rosa Borrás, Ed. Paidós, ed.1ª, España, 2008, pp. 105-106).

15 Cfr. Pásara, Luis, ob. cit., pp. 401-402.

16 Ver tesis jurisprudencial P./J. 20/2014 (10a.), Registro: 2006224, emitida en la Décima Época (publicada recientemente en el Semanario Judicial de la Federación, el 25 de abril de 2014) por el Pleno de la SCJN, de rubro: “DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL”, bajo la ponencia del ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, que dice: “El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiendo que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comentario es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden

implica la tutela (tanto en control concentrado, como en control difuso<sup>17</sup>) de los Derechos Humanos contenidos tanto en el Pacto Federal como en los Tratados Internacionales de los que México es parte<sup>18</sup>.

Allende de la congruencia estructural normativa, se requieren aún profundas modificaciones en las políticas públicas, al interior de las instituciones, y una verdadera identificación con este nuevo modelo, como cultura jurídica, siendo importante destacar al respecto que los actuales operadores jurídicos (jueces magistrados, fiscales, litigantes, investigadores, catedráticos, etc.) se formaron y se encontraron inmersos en el sistema procedimental escrito; y no basta la impostación de la ley, para que de modo automático la forma de operar en cada bastión de la actividad de dichos operadores se adecue al sistema oral<sup>19</sup>; por tanto no es lo mismo cambio legislativo que reforma, pues aquel implica sin más sólo la modificación de un texto normativo sin la efectividad del cumplimiento de su

---

jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano”.

- 17 Ver tesis P. LXX/2011 (9a.), Registro: 160480, emitida en la Décima Época por el Pleno de la SCJN, y derivada del paradigmático expediente “Varios 912/2010” (abierto a propósito de la Sentencia Radilla Pacheco vs. México, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos), de rubro: “SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO”, bajo la ponencia de la ministra Margarita Beatriz Luna Ramos (encargado del engrose ministro José Ramón Cossío Díaz), que dice: “Actualmente existen dos grandes vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano, que son acordes con el modelo de control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial. En primer término, el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto; en segundo término, el control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada. Ambas vertientes de control se ejercen de manera independiente y la existencia de este modelo general de control no requiere que todos los casos sean revisables e impugnables en ambas. Es un sistema concentrado en una parte y difuso en otra, lo que permite que sean los criterios e interpretaciones constitucionales, ya sea por declaración de inconstitucionalidad o por inaplicación, de los que conozca la Suprema Corte para que determine cuál es la interpretación constitucional que finalmente debe prevalecer en el orden jurídico nacional. Finalmente, debe señalarse que todas las demás autoridades del país en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar su incompatibilidad”.
- 18 Debiendo entenderse que los Derechos Humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte son condición necesaria de validez de todas las normas y actos de autoridad (al respecto, ver voto concurrente del ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, en relación con la contradicción de tesis 293/2011, resuelta por el Pleno de la SCJN en sesión de 3 de septiembre de 2013).
- 19 Cfr. Maldonado Porras, Rafael, *Importancia y la trascendencia de la carpeta de investigación para los efectos del juicio de amparo penal bi-instancial*, ob. cit., p 302.

contenido, en tanto que ésta es la innovación o mejora de algo en la dinámica de un cambio de paradigma aplicado en la realidad.

Como anécdota al respecto, relata Ovalle Favela<sup>20</sup>, el caso de los juzgados de pequeñas causas en Brasil (que en esta trama es similar, en cierta medida, al de México) con los que se quiso establecer la oralidad total por lo que no había registros escritos, sino que todo quedaba grabado en cintas de audio, funcionando bien en primera instancia, pero el problema se presentó en la segunda instancia, en la apelación, porque a los magistrados de la alzada no les gustaba escuchar las grabaciones, y entonces ordenaban a sus secretarías que transcribieran todo, perdiendo ahí la inmediatez, la concentración, etc.

Y todo ello se presenta en un contexto de una fuerte dinámica de cambios legislativos que nos presenta, parafraseando a Baumman<sup>21</sup>, un “sistema jurídico líquido” en el que las constantes mudanzas de los contenidos normativos no permiten la consolidación de una cultura jurídica determinada; generando este ambiente líquido condiciones de incertidumbre, pues presenta constantemente una sucesión de nuevos comienzos.

Sólo la Constitución federal (con un contenido de 136 artículos) reporta desde su creación, en 1917, y a la fecha<sup>22</sup>, 706 modificaciones<sup>23</sup>, acelerándose en los últimos años esta tendencia mutante (en los últimos dos años del periodo presidencial de Vicente Fox -o sea entre 2004 y 2006-, se varió el contenido de 20 artículos, durante el sexenio de Felipe Calderón -2006 a 2012- las modificaciones ascendieron a 110, y en lo que va del sexenio de Enrique Peña tenemos 154 artículos constitucionales modificados)<sup>24</sup>.

---

20 Ovalle Favela, José, *La oralidad en el proceso familiar*, en *Juicios orales en materia familiar* (María Antonieta Magallón Gómez-coordinadora-), ob. cit., p. 192.

21 Cfr. Baumman, Zygmunt, *Vida líquida*, Ed. Paidós, ed. 1ª, México, 2013, pp. 9 y 10.

22 Éste artículo se terminó de escribir el 18 de enero de 2018.

23 Ver sitio de internet: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum\\_art.htm](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_art.htm) (consultado el 18 de enero de 2018).

24 Ver sitio de internet: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum\\_per.htm](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_per.htm) (consultado el 18 de enero de 2018).

Ahora, si la implementación de los juicios orales en México se ha dado a partir del año 2004, desde entonces y hasta ahora, se ha desarrollado en un contexto de 284 variaciones a los contenidos de los artículos de la Constitución, y aunque obviamente no todas ellas se refieren a temas procesales, las mismas desde luego inciden de cualquier manera en todo el sistema jurídico al ser normas fundamentales de supremacía constitucional<sup>25</sup> y plantear en muchos casos dimensiones objetivas a seguir.<sup>26</sup>

Por otra parte, se destaca que la propia implementación de la oralidad ha transitado en un ambiente de constantes modificaciones a las propias normas de las codificaciones adjetivas que en cada caso la regula; y ha tenido que ir empalizando con otras normas complementarias que han ido apareciendo (la Ley Federal de Justicia para Adolescentes, publicada el 27 de diciembre de 2012; la Ley General de Víctimas, publicada el 9 de enero de 2013; la Ley de Amparo, publicada el 2 de abril de 2013, Código Nacional de Procedimientos Penales<sup>27</sup>, publicado el 5 de abril de 2014<sup>28</sup>, la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, publicada el 4 de diciembre de 2014; la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos

25 El concepto de supremacía constitucional es de explorado derecho. Al respecto ver, entre otras, la tesis jurisprudencial del rubro “DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL”, ya referida en diversa nota al pie, *supra*.

26 Véase la tesis jurisprudencial, de observancia obligatoria, 1a./J. 43/2016 (10a.), registro 2012505, emitida en la décima época, por la Primera Sala de la SCJN, bajo las ponencias de los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y José Ramón Cossío Díaz, de rubro “DERECHOS FUNDAMENTALES. SU DIMENSIÓN SUBJETIVA Y OBJETIVA”, que dice que los derechos humanos: “...comparten una función subjetiva y una objetiva. Por una parte, la función subjetiva implica la conformación de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos, constituyéndose como inmunidades oponibles en relaciones de desigualdad formal, esto es, en relaciones con el Estado. Por otro lado, en virtud de su configuración normativa más abstracta y general, los derechos fundamentales tienen una función objetiva, en virtud de la cual unifican, identifican e integran, en un sistema jurídico determinado, a las restantes normas que cumplen funciones más específicas. Debido a la concepción de los derechos fundamentales como normas objetivas, los mismos permean en el resto de componentes del sistema jurídico, orientando e inspirando normas e instituciones pertenecientes al mismo”.

En la jurisprudencia constitucional comparada, resultan interesantes, en relación a este mismo tema, y como antecedente, entre otras, la sentencia 53/1985 pronunciada por el Pleno del Tribunal Constitucional de España en el recurso previo de inconstitucionalidad 800/1983, bajo la ponencia de los magistrados Gloria Begue Canton y Rafael Gomez-Ferrer Morant, de 11 de abril de 1985 (en ésta se cita como antecedente a la sentencia del Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana, de 25 de febrero de 1975), y el fallo contenido en el EXP. N° 3330-2004-AA/TC, resuelto por el Pleno del Tribunal Constitucional de Perú (sin datos del ponente), de 11 de julio de 2005.

27 En adelante CNPP.

28 Que ya ha sido reformado, siendo su última modificación publicada el 17 de junio de 2016.

de Solución de Controversias en materia penal, publicada el 29 de diciembre de 2014, entre otras normas), o que han venido sufriendo modificaciones (la ley federal del trabajo, cuyas reformas fueron publicadas el 30 de noviembre de 2012; la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, cuyas reformas fueron publicadas el 3 de mayo de 2013; la ley reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuyas reformas fueron publicadas el 2 de abril de 2013; la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, cuyas reformas fueron publicadas el 23 de mayo de 2014, entre otras normas).

En general, entre 2004 y 2018, se han creado o reformado leyes federales en 375 veces.<sup>29</sup>

En este orden de ideas, es también oportuno reflexionar, como lo hace José Ramón Cossío<sup>30</sup>, que desde hace tiempo aunque hablamos de “la” reforma al sistema de justicia, en realidad no se está frente a “la” o ante “una” reforma judicial, sino ante una pluralidad de cambios legislativos a los órganos, los procedimientos, las prácticas y las normas en materia de justicia, siendo muy distintas las materias y jurisdicciones en las que los cambios se están produciendo o deben producirse, y existen diversas velocidades, avances y direcciones del cambio. Por ejemplo, los cambios legislativos en proceso son más de los que suelen identificarse, está, desde luego, la transformación procesal penal, que dio lugar a los juicios acusatorios, está la jurisdicción concurrente penal en materia de narcomenudeo, está el juicio oral mercantil, está la nueva ley de amparo, la nueva ley general de víctimas, etc. Así, las modificaciones al sistema judicial que tenemos enfrente pasan por la modificación de una gran cantidad de elementos, cada uno complejo y peculiar. Por lo mismo, resulta poco inteligente considerarlos como si formaran parte de una unidad inseparable, o asumirlos como si fueran componentes completamente desarticulados y por lo mismo susceptibles de recibir un tratamiento individualizado. En la medida en la que se siga sin comprender la doble dimensión de lo que implican los cambios judiciales que tenemos enfrente se cometerán errores de diseño y puesta en marcha, y ello producirá una tormenta judicial perfecta<sup>31</sup>.

29 Ver sitio de internet: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm> (consultado el 18 de enero de 2018).

30 Cfr. Cossío Díaz, José Ramón, *La tormenta (judicial) perfecta*, artículo publicado en el periódico “El universal” el 12 de julio de 2011, visible en el sitio de internet: <http://www.eluniversal.com.mx/editoriales/53725.html> (consultado el 6 de enero de 2018). Del mismo autor, ver también el artículo *Perdón por insistir*, publicado en el mismo periódico el 8 de enero de 2013, visible en el sitio de internet: <http://www.eluniversalmas.com.mx/editoriales/2013/01/62409.php> (consultado el 6 de enero de 2018).

31 En analogía al meteoro observado a finales de 1991 en el Atlántico norte, conocido actualmente como “La tormenta

### 3. Los problemas de la dispersión adjetiva

En la actualidad la tendencia mundial, o por lo menos la de los países más desarrollados, ha seguido el camino de la unificación y/o armonización legislativa<sup>32</sup>. Motivos de conveniencia interna, razones de política internacional, e incluso de homogenización de trámites, han comprendido desde una simple eliminación de barreras arancelarias hasta la formación de verdaderas uniones federativas, ligadas respecto de ciertas áreas, bajo ordenamientos y autoridades comunes, han contribuido a detonar este proceso<sup>33</sup>; además, en el ámbito global, el aumento en el intercambio de productos y de ideas entre los pueblos del mundo pone de relieve la necesidad de un procesos jurisdiccionales transnacionales<sup>34</sup>, pues aunque llegó a considerarse que el derecho procesal era una “prerrogativa soberana del estado” por ejercerse por uno de los poderes del estado (el judicial), la realidad actual es que hay una creciente necesidad de seguridad jurídica en un mundo donde la gente y las corporaciones tienen una movilidad ilimitada.<sup>35</sup>

Pero la implementación del sistema procedimental oral en México, a partir de códigos adjetivos locales, nos condujo a un cuadro abigarrado de normas

---

perfecta”, resultado de la combinación de un frente de alta presión proveniente del norte de Canadá, un frente de baja presión presente en la costa este de los Estados Unidos y algunos elementos del huracán Grace, que en ese momento se desarrollaba en el sureste de ese país. Todo esto produjo vientos y oleaje severísimos, además de daños considerables. Las condiciones atípicas de realización modificaron el funcionamiento de los servicios meteorológicos estadounidenses y constituyeron la trama de un libro publicado en 1997 y de una película realizada en 2000. Lo que en todo caso le dio notoriedad a este acontecimiento fue la combinación de elementos que, si bien debieron seguir su propia dinámica, juntos produjeron un resultado inesperado y de increíble magnitud.

32 La *unificación* implica la adopción de normas comunes sobre una materia dada, donde es irrelevante si tal adopción es decidida por un Tratado, por algún otro acto oficial, o por pura imitación. Por el contrario, la *armonización* expresa una cierta aproximación entre sistemas jurídicos diversos y la eliminación de la mayoría, pero no de todas las divergencias, mientras al mismo tiempo otras divergencias subsisten y coexisten con normas que fuera de eso serían idénticas. Podemos decir que la armonización es una forma de mini-unificación. Véase Konstantinos Kerameus, citado por Sánchez-Cordero Dávila, Jorge A., en uno de los prólogos al libro de Hazard Jr., Geoffrey C., *et al*, (relatores), *Los Principios ALI/UNIDROIT del proceso civil transnacional*, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, s/ed., México, 2010, p. xl.

33 Sánchez Cordero de García Villegas, Olga, *El futuro del derecho. Hacia la unificación de las normas procesales como inicio de un salto evolutivo en la justicia*, p. 2, ponencia presentada en el ciclo permanente de actualización profesional “Temas relevantes de la práctica procesal en materia civil y familiar”, organizado por el Consejo Nacional de Egresados de Posgrado en Derecho A.C., el 19 de marzo de 2001, en la unidad de congresos del Centro Médico Nacional, siglo XXI, en la ciudad de México, visible en el sitio de Internet: [www.scjn.gob.mx/.../EL%20FUTURO%20DEL%20DERECHO.pdf](http://www.scjn.gob.mx/.../EL%20FUTURO%20DEL%20DERECHO.pdf) (consultado el 16 de enero de 2018).

34 *Cfr.*, Hazard Jr., Geoffrey C., *et al*, (relatores), ob. cit.

35 *Cfr.* Storme, Marcel, *Procedural Law and the Reform of Justice: from Regional to Universal Harmonization*, *Uniform Law Review* (publicada por UNIDROIT), vol. 4, Roma (Italia) 2001, pp. 765 y 768.

instrumentales que lejos de dar solidez al modelo lo dispersó generando problemas procesales como los que más adelante se expondrán, pues el modelo oral no tenía raigambre jurídica en nuestro sistema, y por decirlo de alguna manera se importó y se “tropicalizó” en cada código local.

Para analizar esta dispersión, obsérvese que el cambio normativo constitucional que implementó el modelo penal acusatorio, con la instrumentación de juicios orales (publicado el 18 de junio de 2008), ocurrió posteriormente a la adopción del modelo por algunas entidades federativas, como Nuevo León, Chihuahua, Oaxaca, Estado de México, Morelos y Zacatecas (entre 2004 y 2008)<sup>36</sup>, lo cual fue desde luego acorde al sistema federal mexicano, en el que los estados son soberanos en su régimen interior<sup>37</sup>, y en donde ni la materia penal, ni la procesal penal (hasta ese momento) reportaban ser de competencia exclusiva de la federación.<sup>38</sup>

Sin embargo, en una nación como la nuestra, de una tradición jurídica homogénea respecto a juicios procedimentalmente escritos, el modelo oral, que no tenía una solidez cultural<sup>39</sup> entre los operadores jurídicos, permeó primero de manera tímida y difuminada en las codificaciones locales (con particularidades en cada entidad federativa), y con posterioridad apareció de manera cautelosa desde la federación, en la Constitución y en CNPP.

Parecía como si ante las presiones y persuasiones para la puesta en funcionamiento del modelo, producto de la globalización, lo mejor era ponerlo a funcionar en forma local, para irlo implantando, y de ahí subirlo a un nivel nacional.

---

36 Mancera Espinosa, Miguel Ángel, *La Implementación del Nuevo Sistema de Justicia Penal*, Nuevo Sistema de Justicia Penal, Revista semestral del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, Año I, Noviembre 2010, Número 2, p. 39, Gobierno Federal, Secretaría de Gobernación, México, 2010, p. 39, visible en el sitio de internet: <http://www.setec.gob.mx/work/models/SETEC/docs/DGPCD/Revista02.pdf> (consultado el 29 de diciembre de 2018).

37 Ver artículo 41 de la CPEUM.

38 Ver artículos 73 y 124 de la CPEUM

39 Cultura es identidad, la vida humana implica la reproducción o el cultivo de la identidad del grupo social, de una identidad que se transforma (y que combina en ocasiones identidades divergentes), y que lo hace ya sea acumulativamente, como resultado de muchos ciclos sucesivos de reproducción, o disruptivamente, en acontecimientos de cambio concentrado, excepcionales, en los que debe repetirse el acto político fundamental de la constitución de una forma para la socialidad. La cultura es pues el momento autocrítico de la reproducción que un grupo humano determinado, en una circunstancia histórica determinada, hace de su singularidad concreta. *Cfr.* Echeverría Bolívar, *Definición de la cultura*, Ed. Fondo de Cultura Económica, ed.2ª, México, 2010, pp. 152, 153 y 165.

Ana Laura Magaloni<sup>40</sup> considera que esta reforma al sistema penal a pesar de establecerse a nivel constitucional sigue estando huérfana en términos políticos, pues no se ha fortalecido ni profesionalizado a las Procuradurías, como piezas centrales de la reforma penal, ya que resulta muy amenazante en términos políticos, pues una reforma efectiva a las Procuradurías significaría que los poderes ejecutivos de la federación y las entidades federativas perdieran toda capacidad de manipular la persecución criminal a favor de los intereses que políticamente les convenga proteger (véase por ejemplo el caso de Lydia Cacho y el gobernador de Puebla, el de Arturo Montiel, el de la Guardería ABC, el de Oaxaca y Ulises Ruiz, el del News Divine, etc.).

Deteniéndonos en este punto, observamos que dentro del derecho, la idea convencional según la cual la cultura jurídica de los países (con sus debates, autores, escuelas y movimientos internos) es suficiente para explicar el origen, evolución y estado actual de las tradiciones y prácticas jurídicas encontradas en ellos (como en la Teoría pura del derecho que postulaba Kelsen) se torna problemática; pues esa idea ignora los fuertes lazos que existen entre la cultura y las condiciones sociales y materiales en las cuales ella prospera, así como la lucha entre los actores jurídicos por la apropiación del poder simbólico, que no es independiente al contexto político ni económico, y las conexiones entre el campo de lo político, lo económico y lo jurídico.<sup>41</sup>

Ahora, en los estados que implementaron el modelo, previo a la modificación constitucional, se eligió el sistema sucesivo para la iniciación de la vigencia de la nueva codificación procesal; tomando como ejemplo a Morelos (caso que se replicó en buen número de entidades federativas), se pone de relieve que el artículo Segundo Transitorio de su codificación adjetiva penal oral dispuso:<sup>42</sup>

---

40 Cfr. Magaloni, Ana Laura, *La reforma penal*, en *México 2012: Desafíos de la consolidación democrática*, Córdova, Lorenzo, et al (coordinadores), Ed. Tirant lo Blanch México, ed. 1ª, México, 2012, pp. 261-264

41 Cfr. García Villegas, Mauricio, *Sociología y crítica del derecho*, Ed. Fontamara, ed. 1ª, México, 2010, p.21.

42 Pero esta fue la cuarta modificación del artículo en cita, pues respectivamente, sus redacciones anteriores fueron: “A partir de las cero horas del 1 de junio del 2009 en el Sexto Distrito Judicial con sede en Cuautla y en el Quinto Distrito Judicial con sede en Yauhtepec, Morelos”.

“Y a partir de las cero horas del día 1 de febrero del 2010, en el Cuarto Distrito Judicial con sede en Jojutla, en el Segundo Distrito Judicial con sede en Tetecala, en el Tercer Distrito Judicial con sede en Puente de Ixtla y en el Séptimo Distrito Judicial con sede en Jonacatepec”.

“Y a partir de las cero horas del día 14 de febrero del 2011, en el Cuarto Distrito Judicial con sede en Jojutla, en el Segundo Distrito Judicial con sede en Tetecala, en el Tercer Distrito Judicial con sede en Puente de Ixtla y en el Séptimo Distrito Judicial con sede en Jonacatepec”.

Artículo Segundo. Aplicación. Sus disposiciones se aplicarán a hechos que ocurran a partir de las cero horas del día 30 de octubre del 2008, en el Primer Distrito Judicial.

A partir de las cero horas del 6 de julio del 2009 en el Sexto Distrito Judicial con sede en Cuautla y en el Quinto Distrito Judicial con sede en Yautepec, Morelos.

Y a partir de las cero horas del día 1 de enero del 2012, en los demás distritos judiciales.

El presente Código iniciará su vigencia para efectos de aplicación supletoria a la Ley del Sistema Integral de Justicia para Adolescentes del Estado de Morelos, a partir del primero de enero del 2008.

Observándose un inadecuado diseño y planeación en las políticas públicas de implementación del nuevo modelo, pues la entrada en vigor de la norma tuvo que posponerse en más de una ocasión.

Luego, los artículos Tercero y Quinto, transitorios del ese cuerpo normativo, establecieron que la anterior codificación (de corte mixto y procedimentalmente escrito) seguiría rigiendo, en lo conducente, en los procedimientos iniciados con anterioridad a la aplicación del nuevo código, quedando abrogado en la medida en que aquellos quedarán agotados; además se aplicaría en los procedimientos relativos a hechos delictuosos de carácter permanente o continuado que hubieren iniciado bajo la vigencia del anterior código y que continuaran desarrollándose bajo la vigencia del nuevo código.

Frente a lo anterior, se comenzó a originar una simultaneidad perniciosa de sistemas procesales, ya que en un mismo tiempo comenzaron a convivir, en un mismo territorio (siguiendo con el ejemplo de Morelos), dos sistemas procesales: el mixto y el acusatorio, siendo cuestionable que un mismo hecho delictivo

podiere ser procesado de una manera en una zona del estado y de otra manera en diversas zonas, merced al sistema sucesivo de iniciación de vigencia de las nuevas normas procesales; además, ello dio pauta a serios problemas jurídico adjetivos, pues varios de los principios procesales y procedimentales de cada sistema son antípodas: en el sistema mixto se allegan los elementos convictivos mediante investigación, y algunas pruebas se valoran mediante un sistema tasado; en tanto el nuevo sistema, que es procesalmente acusatorio, se allegan dichos elementos mediante la aportación, y se valoran las pruebas de manera libre. Del mismo modo, el sistema anterior es procedimentalmente escrito, con posibilidad de mediación en la recepción de la prueba, es menos concentrado y menos público; en tanto el nuevo sistema es procedimentalmente oral, con inmediatez en la recepción de la prueba, y más concentrado y más público.

Así, por ejemplo, un caso de declinación de competencia de un juzgado regido procesalmente por el sistema mixto, a uno tutelado por el sistema acusatorio, se presentaba, y se sigue presentando una situación complicada para este último respecto de la validez de las actuaciones del expediente remitido por aquel.

Por otra parte, con la implementación del modelo acusatorio y de juicios orales a partir de la modificación constitucional de junio de 2008, que estableció en el artículo Tercero Transitorio del decreto modificatorio, que para la iniciación de la vigencia del nuevo texto constitucional, los poderes u órganos legislativos competentes las entidades federativas que ya hubieren incorporado el sistema oral a sus ordenamientos, deberían emitir y publicar una declaratoria en la que señalaran expresamente que el sistema procesal penal acusatorio había sido incorporado mediante dichos ordenamientos, dicha simultaneidad se potencializó, pues ocurre que en los procedimientos aún regidos por los anteriores códigos procesales, de corte inquisitivo, y aún en los procedimientos regidos por los nuevos códigos, de corte acusatorio, donde los poderes u órganos legislativos competentes no hubieren emitido o publicado la citada declaratoria, el nuevo texto constitucional aún no estaría vigente, y en consecuencia los juicios de amparo incoados en relación a ellos deberían resolverse en relación al texto constitucional inmediato anterior.

Respecto a esto último, la Primera Sala de la SCJN resolvió, en la Novena Época, mediante la tesis jurisprudencial 1a./J. 118/2010, de rubro “ACCIÓN PENAL. MOMENTOS EN QUE PUEDEN IMPUGNARSE EN AMPARO INDIRECTO LAS RESOLUCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO SOBRE EL NO EJERCICIO O DESISTIMIENTO DE AQUÉLLA (INTERPRETACIÓN DEL RÉGIMEN TRANSITORIO DEL DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN Y ADICIONAN DIVERSAS DISPOSICIONES DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA, PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 18 DE JUNIO DE 2008)”, bajo la ponencia del ministro Juan N. Silva Meza que:

De los artículos transitorios del citado decreto, se advierte que cuando alguna legislatura no ha establecido el sistema penal acusatorio dentro de la legislación secundaria correspondiente ni ha emitido la declaratoria que señale expresamente que dicho sistema ha sido incorporado en los ordenamientos, o bien, la declaratoria en que se establezca que ya existían ordenamientos preconstitucionales sobre la materia, como estos aspectos condicionan la vigencia de las reformas y adiciones de mérito, al existir una *vacatio legis* que no puede exceder el plazo de ocho años dispuesto para ello, el fundamento para reclamar en amparo indirecto las determinaciones de no ejercicio o desistimiento de la acción penal se encuentra en el artículo 21, cuarto párrafo, de la Constitución General de la República, antes de reformarse, pues esas circunstancias hacen que siga surtiendo efectos. En cambio, de haberse cumplido las condiciones para la entrada en vigor de las reformas y adiciones constitucionales, la víctima u ofendido debe impugnar las determinaciones referidas ante el Juez facultado dentro del sistema acusatorio instaurado, en razón de que la intención del Constituyente Permanente fue que en el nuevo esquema procesal el órgano jurisdiccional conozca de esas impugnaciones para controlar su legalidad, y que contra la resolución que se emita al respecto, proceda el juicio de garantías conforme al vigente artículo 20, apartado C, fracción VII, de la Ley Fundamental.

Y en esa misma línea el Tribunal Colegiado en materias Penal y Administrativa del Décimo Tercer Circuito, ha pronunciado en la tesis XIII.P.A.14 P, Registro: 164896, emitida en la Novena Época, de rubro: “SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO. FORMA EN QUE DEBE REALIZARSE EL ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE UNA DISPOSICIÓN DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL PARA EL ESTADO DE OAXACA

SEGÚN SE IMPUGNE CON ANTERIORIDAD O POSTERIORIDAD A LA DECLARATORIA DE INCORPORACIÓN A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO TERCERO TRANSITORIO DEL DECRETO DE REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 18 DE JUNIO DE 2008”, bajo la ponencia del magistrado Javier Leonel Santiago Martínez, que:

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión de tres de diciembre de dos mil ocho, al conocer del amparo en revisión 334/2008, sostuvo que, respecto de la entrada en vigor de las reformas constitucionales publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, que atañen al sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos 16, párrafos segundo y decimotercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19, 20 y 21, párrafo séptimo, de la Constitución Federal, el Constituyente estableció dos supuestos que se contemplan en los artículos segundo y tercero transitorios del decreto de reformas relativo. El citado artículo segundo señala que el referido sistema entrará en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria respectiva, sin exceder el plazo de ocho años, contado a partir del día siguiente de la publicación de dicho decreto. También dispone que en el momento en que se publiquen los ordenamientos legales que sean necesarios para incorporar aquel sistema, los poderes u órganos legislativos competentes deberán emitir una declaratoria que se publicará en los órganos de difusión oficiales, en la que se señale expresamente que el sistema ha sido incorporado en esos ordenamientos. Por su parte, el artículo tercero mencionado precisa que dicho sistema entrará en vigor al día siguiente de su publicación del propio decreto en el Diario Oficial de la Federación, en las entidades federativas que ya lo hubieren incorporado en sus ordenamientos legales vigentes y que, para tal efecto, también debe hacerse la declaratoria señalada.

Al respecto, la Primera Sala puntualizó: “Se trata de normas preconstitucionales; es decir, emitidas antes de la reforma constitucional. No obstante que el Constituyente haya determinado que, en tal supuesto, el sistema procesal entra en vigor al día siguiente de la publicación del decreto de reformas constitucionales, lo cierto es que la entrada en vigencia de las mencionadas reformas constitucionales, está también condicionada a la emisión de la declaratoria respectiva, pues en el último párrafo del citado transitorio, expresamente estableció dicha condicionante, en los

siguientes términos: ‘Para tal efecto, deberán hacer la declaratoria prevista en el artículo transitorio segundo.’. En ese orden de ideas, si la legislatura, no obstante haber legislado en materia del sistema procesal acusatorio y haberlo incorporado en su legislación adjetiva penal, con antelación a la reforma constitucional, no ha emitido la declaratoria correspondiente, entonces las reformas constitucionales relativas no tienen todavía aplicación en el Estado, pues la condicionante establecida para su vigencia no ha quedado superada. En ese sentido, si la impugnación del precepto se hace con posterioridad a la declaratoria a que se refiere el artículo segundo transitorio, indudablemente que la confrontación del texto impugnado debe hacerse contra el nuevo texto constitucional. Por otro lado, si la impugnación del precepto legal se hace con anterioridad a la mencionada declaratoria, entonces la confrontación debe hacerse a la luz del texto constitucional reformado.”. Ahora bien, el Estado de Oaxaca incorporó en su Código Procesal Penal el sistema procesal penal acusatorio, mediante el Decreto Número 308, publicado en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado el 9 de septiembre de dos mil seis, el cual entraría en vigor, según su artículo primero transitorio, doce meses después de su publicación en el referido medio de difusión oficial, sucesivamente, en las siete regiones que componen el Estado de Oaxaca; asimismo, la Legislatura Local efectuó, en el mencionado Periódico Oficial de 15 de noviembre de 2008, la declaratoria de incorporación relativa. De lo anterior se concluye que el análisis constitucional de una disposición del Código Procesal Penal para el Estado de Oaxaca, que se rige por el nuevo sistema acusatorio-oral, debe hacerse en confrontación con el nuevo texto constitucional, si la correspondiente impugnación se hace con posterioridad a la referida declaratoria y, en confrontación con el texto constitucional anterior a la reforma, si la impugnación del precepto legal se hace con anterioridad a la mencionada declaratoria.

Ahora, con la ulterior aparición del Código Nacional de Procedimientos Penales, si bien se abonó a la unificación de proceso penal, la simultaneidad de sistemas también se potencializó, y como señalan Paulina Sánchez y Carlos de la Rosa<sup>43</sup>, paradójicamente las entidades más afectadas fueron aquellas que iban más

---

43 Sánchez Román, Paulina, y De la Rosa, Carlos, *Código Nacional de Procedimientos Penales: necesario pero insuficiente*, en *Ideas sobre la reforma penal*, publicada por el CIDAC (Centro de Investigación para el Desarrollo), México, 2014, pp. 49-50, visible en el sitio de internet: [http://www.cidac.org/esp/cont/publicaciones/Ideas\\_sobre\\_la\\_reforma\\_penal.php](http://www.cidac.org/esp/cont/publicaciones/Ideas_sobre_la_reforma_penal.php) (consultado el 17 de enero de 2018).

avanzadas en sus procesos de implementación del sistema procesal acusatorio, pues aquellas entidades que ya contaban con un código local de tipo acusatorio tendrían más de un sistema procesal operando de forma simultánea<sup>44</sup>, presentando el siguiente cuadro:

Simultaneidad de sistemas procesales con la entrada en vigor del CNPP:

SISTEMAS	ENTIDADES FEDERATIVAS
<p style="text-align: center;">2 (sistema mixto, sistema oral nacional)</p>	<p>Aguascalientes, Baja California Sur, Campeche, Coahuila, Colima, Distrito Federal, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Nayarit, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tlaxcala</p>
<p style="text-align: center;">3 (sistema mixto, sistema oral local, sistema oral nacional)</p>	<p>Baja California Norte, Chiapas, Chihuahua, Durango, Estado de México, Guanajuato, Morelos, Oaxaca, Puebla, Tabasco, Tamaulipas, Veracruz, Yucatán, Zacatecas</p>
<p style="text-align: center;">4 (sistema mixto, 2 sistemas orales locales, sistema oral nacional)</p>	<p>Nuevo León</p>

Y si observamos el cúmulo de precedentes judiciales originados a partir de las normas positivas relativas a esa simultaneidad de sistemas procesales, tenemos también potencializada dicha simultaneidad.

Observando lo anterior, habría sido, por lo menos jurídicamente, mejor que el diseño de las normas de implementación procedimental de oralidad en México hubiese venido de inicio desde un plano nacional, y no como en la especie, de un primigenio plano local para culminar en uno nacional, pues como ha quedado evidenciado así se deja abierta una simultaneidad de sistemas, que complejizan la aplicación práctica de las normas del proceso.

<sup>44</sup> Situación que, a nuestro modo de ver, se hubiera evitado de haberse implementado la unificación procesal desde un inicio (ya mediante la réplica de un código modelo en cada entidad federativa o ya por medio de un código nacional, como el actualmente promulgado).

Y ello afecta uno de los pilares de certeza: la confianza del ciudadano en las instituciones que procuran e imparten justicia, que es uno de los activos más importantes en un estado democrático de derecho, y actualmente, uno de los principales problemas por los que atraviesa la sociedad mexicana es la falta de credibilidad en los órganos de procuración y administración de justicia.<sup>45</sup>

#### 4. Reflexiones finales

**Pérez Luño<sup>46</sup> refiere que el derecho a la seguridad jurídica presenta dos dimensiones, una que tiene que ver con la previsibilidad de las acciones de la persona en cuanto a sus consecuencias jurídicas (corrección estructural), y otra que está referida al funcionamiento de los poderes públicos (corrección funcional).**

Así, a falta de planeación, los errores en la implementación y la mutabilidad hiperacelerada del marco normativo, son factores de generación de un contexto que trastoca la seguridad jurídica, y ha victimizado sintomáticamente a las partes en los procesos penales.

---

45 Cabrerá Dircio, Julio, *Estado y Justicia alternativa. Reforma al artículo 17 constitucional*, Ed. Coyoacán, ed. 1ª, México, 2012, p. 13.

46 Pérez Luño, Antonio E., *La seguridad jurídica*, Ed. Ariel, ed. 1ª, Barcelona (España), 1991, pp. 23 y ss.

## Fuentes de consulta

### Bibliográficas

Baumman, Zygmunt, *Vida líquida*, Ed. Paidós, ed. 1ª, México, 2013.

Beck, Ulrich, *¿Que es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, trad.

Bernardo Moreno y Ma. Rosa Borrás, Ed. Paidós, ed.1ª, España, 2008.

Cabrera Dircio, Julio, *Estado y Justicia alternativa. Reforma al artículo 17 constitucional*, Ed. Coyoacán, ed. 1ª, México, 2012.

Echeverría Bolívar, *Definición de la cultura*, Ed. Fondo de Cultura Económica, ed.2ª, México, 2010.

García Villegas, Mauricio, *Sociología y crítica del derecho*, Ed. Fontamara, ed. 1ª, México, 2010.

Hazard Jr., Geoffrey C., et al, (relatores), *Los Principios ALI/UNIDROIT del proceso civil transnacional*, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, s/ed., México, 2010.

Islas Colín, Alfredo, et al (coordinadores), *Juicios orales en México*, t. II, Ed. Flores Editor y Distribuidor, ed. 1ª, México, 2012.

Magaloni, Ana Laura, *La reforma penal, en México 2012: Desafíos de la consolidación democrática*, Córdova, Lorenzo, et al (coordinadores), Ed. Tirant lo Blanch México, ed. 1ª, México, 2012.

Magallón Gómez, María Antonieta (coordinadora-), *Juicios orales en materia familiar*, Ed. UNAM-III, Serie: Doctrina Jurídica, Num. 500, ed. 2ª, México, 2012.

Oviedo Peña, Víctor, *Juicio Oral Civil y Mercantil*, Ed. Flores Editor y Distribuidor, ed. 1ª, México, 2013.

Pérez Luño, Antonio E., *La seguridad jurídica*, Ed. Ariel, ed. 1ª, Barcelona (España), 1991.

### Hemerográficas

Storme, Marcel, *Procedural Law and the Reform of Justice: from Regional to Universal Harmonization*, Uniform Law Review (publicada por UNIDROIT), vol. 4, Roma (Italia) 2001.

## Electrónicas

Cossío Díaz, José Ramón, *La tormenta (judicial) perfecta*, artículo publicado en el periódico “El universal” el 12 de julio de 2011, visible en el sitio de internet: <http://www.eluniversal.com.mx/editoriales/53725.html> (consultado el 6 de enero de 2018).

\_\_\_\_\_, *Perdón por insistir*, publicado en el mismo periódico el 8 de enero de 2013, visible en el sitio de internet: <http://www.eluniversalmas.com.mx/editoriales/2013/01/62409.php> (consultado el 6 de enero de 2018).

Mancera Espinosa, Miguel Ángel, *La Implementación del Nuevo Sistema de Justicia Penal*, Nuevo Sistema de Justicia Penal, Revista semestral del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, Año I, Noviembre 2010, Número 2, Gobierno Federal, Secretaría de Gobernación, México, 2010, p. 39, visible en el sitio de internet: <http://www.setec.gob.mx/work/models/SETEC/docs/DGPCD/Revista02.pdf> (consultado el 29 de diciembre de 2018).

Sánchez Cordero de García Villegas, Olga, *El futuro del derecho. Hacia la unificación de las normas procesales como inicio de un salto evolutivo en la justicia*, ponencia presentada en el ciclo permanente de actualización profesional “Temas relevantes de la práctica procesal en materia civil y familiar”, organizado por el Consejo Nacional de Egresados de Posgrado en Derecho A.C., el 19 de marzo de 2001, en la unidad de congresos del Centro Médico Nacional, siglo XXI, en la ciudad de México, visible en el sitio de Internet: [www.scjn.gob.mx/.../EL%20FUTURO%20DEL%20DERECHO.pdf](http://www.scjn.gob.mx/.../EL%20FUTURO%20DEL%20DERECHO.pdf) (consultado el 16 de enero de 2018).

Sánchez Román, Paulina, y De la Rosa, Carlos, *Código Nacional de Procedimientos Penales: necesario pero insuficiente*, en *Ideas sobre la reforma penal*, publicada por el CIDAC (Centro de Investigación para el Desarrollo), México, 2014, pp. 49-50, visible en el sitio de internet: [http://www.cidac.org/esp/cont/publicaciones/Ideas\\_sobre\\_la\\_reforma\\_penal.php](http://www.cidac.org/esp/cont/publicaciones/Ideas_sobre_la_reforma_penal.php) (consultado el 17 de enero de 2018).  
 Pásara, Luis, ensayo: *Reformas del sistema de justicia en América Latina: cuenta y balance*, en el libro: *Sociología Del derecho. Culturas y sistemas jurídicos comparados. volumen I: Globalización y Derecho, Justicia y profesión jurídica* (Caballero Juárez, José Antonio et al -coordinadores-), Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas/ UNAM, ed.1ª, México, 2010, 402-403. Visible en el sitio de internet: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2813/19.pdf> (consultado el 1 de enero de 2018).  
 Vargas Viancos, Juan Enrique, *Lecciones aprendidas: Introducción de los juicios orales en Latinoamérica*, visible en el sitio de internet: [http://www.congresoson.gob.mx/docs\\_biblio/docBiblio\\_26.pdf](http://www.congresoson.gob.mx/docs_biblio/docBiblio_26.pdf) (consultado el 26 de diciembre de 2017).

Sitio de internet: <http://iibdp.org/index.php/es/el-instituto/presentacion-institucional.html> (consultada el 28 de diciembre de 2017).

Código procesal civil modelo para Iberoamérica, en el sitio de internet del Instituto de Derecho Procesal Colombo Venezolano: [http://www.iprocesalcolombovenezolano.org/index.php?option=com\\_weblinks&catid=14&Itemid=32](http://www.iprocesalcolombovenezolano.org/index.php?option=com_weblinks&catid=14&Itemid=32) (consultado el 1 de noviembre de 2011)

Sitio de internet: <http://iibdp.org/index.php/es/banco-de-documentos.html> (consultado el 6 de enero de 2018). Véase también la ponencia, *El Proyecto de Código Procesal Civil uniforme para la América Latina*, presentada por Enrique Vescovi, en el XI Congreso Mexicano de Derecho Procesal, en mayo de 1986, pp.10-11, en el sitio de internet: <http://www.icdp.co/revista/articulos/4/EL%20PROYECTO%20DE%20CODIGO%20PROCESAL%20CIVIL-%20ENRIQUE%20VESCOVI.pdf> (consultado el 26 de diciembre de 2017).

Sitios de internet del gobierno mexicano: <http://www.iniciativamerida.gob.mx/work/models/IniciativaMerida/Resource/46/1/images/pdf/Avances-IM-mayo-2011.pdf> <http://www.iniciativamerida.gob.mx/work/models/IniciativaMerida/Resource/46/1/images/pdf/Avances-IM-febrero-2011.pdf> <http://www.iniciativamerida.gob.mx/work/models/IniciativaMerida/Resource/46/1/images/pdf/Avances-IM-septiembre-2011.pdf> (consultados el 11 de enero de 2018).

Sitio de internet: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum\\_art.htm](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_art.htm) (consultado el 18 de enero de 2018).

Sitio de internet: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum\\_per.htm](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_per.htm) (consultado el 18 de enero de 2018).

Sitio de internet: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm> (consultado el 18 de enero de 2018).

Sitio de internet: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm> (consultado el 18 de enero de 2018).

### **Normativas**

Sentencia 53/1985 pronunciada por el Pleno del Tribunal Constitucional de España en el recurso previo de inconstitucionalidad 800/1983, bajo la ponencia de los magistrados Gloria Begue Canton y Rafael Gomez-Ferrer Morant, de 11 de abril de 1985

Sentencia del EXP. N° 3330- 2004-AA/TC, resuelto por el Pleno del Tribunal Constitucional de Perú (sin datos del ponente), de 11 de julio de 2005.



## DESPLAZAMIENTO FORZADO, ÉXODO Y EXILIO EN MÉXICO. LA VIOLACIÓN MÁS FLAGRANTE A LOS DERECHOS HUMANOS

*Benjamín Apolinar Valencia*<sup>47</sup>

**Resumen:** En el presente trabajo aborda el tema de los desplazados a la fuerza, pues no se sabe con certeza cuántos hay, muchos pasan inadvertidos, sin que se tenga en cuenta la protección de sus derechos humanos, el gobierno incluso niega su existencia, pero dado que en México hay más de 310, 527 personas desplazadas<sup>48</sup> que están en extrema vulnerabilidad (entre los que se cuentan niños y niñas, mujeres, ancianos e indígenas), legislar en la materia es una responsabilidad del poder legislativo de carácter imperativo y no alternativo. Estas personas, denominadas desplazados internos, han debido abandonar sus hogares y carecen de seguridad, techo, alimento, agua, medios de subsistencia y apoyo de la comunidad, de tal manera que el Estado mexicano tiene que ocuparse de esta creciente problemática.

**Palabras clave:** Derechos Humanos, víctimas, desplazamiento forzado, conflicto armado, Comisión Nacional de los Derechos humanos, Derecho Internacional Humanitario, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Observatorio de Desplazamiento Interno, Consejo Noruego para los Refugiados, estado, Gobierno, Servicios y Asesoría para la Paz.

---

47 Maestro en Ciencias Penales, por la Universidad Mexicana de Educación a Distancia, Doctorante en la Universidad de Ciencias Jurídicas de Morelos, Catedrático de licenciatura y posgrado de dicha universidad, en la Escuela de Derecho, Posgrados y Práctica Jurídica, y en la Universidad Mexicana de Educación a Distancia, Presidente de la Asociación Civil por los derechos humanos MAABHE, Abogado litigante. Correo electrónico: lic.benjaminapolinarv@hotmail.com

48 Véase el siguiente sitio de internet: Cifras consultadas en la revista Electrónica Animal Político <http://www.animalpolitico.com/bloguerosverdadjusticiareparacion/2017/08/14/desplazas-mexico-ante-desamparo-la-ley/> (consultado el día 23 de noviembre de 2017).

**Abstract:** *The present work explain the subject of forced displacement people. There is no certain data of how many people are in this condition, lots of them pass unnoticed and nobody sees for their human rights even the government denies their existence. Its a fact that in Mexico 310,527 people live in this condition and they are very vulnerable most of them children women, alder people and indigenous. Making laws about this subject is a responsibility of the legislative power and it's a matter of urgency. This people named intern displace, had to leave their homes and have no refuge, food, water or any kind of way to survive and no support of the community. So, the Mexican government has to deal of this growing problem.*

**Key words:** *Human rights, victims, forced displacement, armed conflict, National Commission of Human Rights, International Human Rights, United Nations High Commissioner for Refugees, Observatory of Internal Displacement, Norwegian Council for Refugees, State, Services and Advice for Peace.*

**Introducción:** En el marco de las reformas de derechos humanos en la Constitución Mexicana, se tiene avances de una manera singularmente política y discursiva, pues en la práctica se aplican dichas reformas con un tortuguismo jurídico, tal es el caso de las víctimas de desplazamiento forzado en México, en donde no existe ni la menor preocupación por este fenómeno que desde la década de los años 70s se ha venido agravando muy alarmantemente en todo lo largo y ancho del territorio nacional, dejando como resultado de este fenómeno a miles de víctimas en total oscuridad, sin que las autoridades tanto municipales, estatales y federales propongan normas jurídicas para la protección de los derechos humanos de las mencionadas víctimas, aun y cuando ya se le ha hecho recomendaciones al Estado Mexicano por parte de organismos internacionales, para que actualice su legislación y regule la protección de estas víctimas, puesto que este fenómeno se da de diversas maneras unas de las más comunes son conflicto armado, violencia generalizada, violaciones de los derechos humanos, Catástrofes naturales o provocadas por el ser humano y proyectos de desarrollo.

En 2007, aproximadamente 24,5 millones de personas en todo el mundo fueron internamente desplazadas debido a que se vieron forzadas a abandonar sus hogares de residencia habitual a raíz de un conflicto. Muchos millones más se han visto

obligadas a desplazarse a raíz de desastres naturales y proyectos de desarrollo. Contrariamente a los refugiados, permanecen dentro de las fronteras de sus propios países y se les denomina desplazados internos. Los desplazados internos gozan de los mismos derechos que los demás ciudadanos dentro de su propio país. Sin embargo, en realidad, el hecho del desplazamiento puede incrementar su vulnerabilidad a violaciones de los derechos humanos, incluyendo la violación sexual, la explotación y el reclutamiento forzado, así como sus necesidades, incluyendo el alojamiento, la emisión de nueva documentación y la restitución de la propiedad. Los desplazados internos también pueden enfrentar obstáculos administrativos, institucionales y de procedimiento para gozar de sus derechos. Los desplazados internos que han perdido su documentación, por ejemplo, no pueden participar en las elecciones y se les puede negar la admisión en hospitales y escuelas. La responsabilidad primordial de proteger a los desplazados internos corresponde a los gobiernos nacionales. Una medida que los gobiernos pueden tomar a efectos de cumplir con esta responsabilidad es la elaboración de un marco jurídico o de política sobre el desplazamiento interno basándose en los Principios Rectores. Varios países ya lo han hecho.<sup>49</sup>

Cuando las autoridades nacionales no tienen la capacidad o la voluntad de brindar dicha protección, las organizaciones humanitarias internacionales y otros agentes pertinentes tienen el derecho, y muchos estarían de acuerdo en que también la responsabilidad, de proteger y ayudar a los desplazados internos. Muchas organizaciones no gubernamentales (ONG) nacionales e internacionales protegen y ayudan a los desplazados internos. Las ONG desempeñan un papel importante en la protección de los desplazados internos, desde la provisión de alojamiento hasta la vigilancia y notificación de las circunstancias de su desplazamiento. Las organizaciones intergubernamentales regionales también desempeñan un papel importante. Varias han acordado promover la aplicación de los Principios Rectores de los desplazamientos internos en sus Estados Miembros y han designado un punto focal institucional o Relator Especial para que vigile la situación de los desplazados internos en su región. La Unión Africana ha empezado a elaborar sus propias normas regionales sobre el desplazamiento interno. En el ámbito internacional, en las Naciones Unidas no existe un organismo que asuma la

---

49      Revista del Comité Internacional de la Cruz Roja, *La guerra y los desplazados*, Ginebra, Suiza, 2009, p.1

principal responsabilidad en materia de protección de los desplazados internos. De acuerdo con el enfoque de coordinación en grupo (cluster approach) adoptado en 2005, varios organismos de las Naciones Unidas comparten la responsabilidad de atender las necesidades de los desplazados internos, a cada uno de los cuales se les asigna una función específica en el mecanismo de respuesta humanitaria. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados es responsable, por ejemplo, de la coordinación y gestión de los campos, el alojamiento de emergencia y la protección de los desplazados internos a raíz de un conflicto. Otros organismos a los que se les han conferido responsabilidades como líder de grupo incluyen: la Organización Mundial de la Salud (Salud), el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (Recuperación temprana) y el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (Nutrición, Agua/Saneamiento). En el sector de la educación, UNICEF comparte el liderazgo de grupo con la alianza internacional Save the Children<sup>50</sup>

## I. Semblanza histórica de los derechos humanos

Los Derechos Humanos, como los conocemos hoy en día, son el conjunto de prerrogativas inherentes a todo ser humano por el sólo hecho de serlo, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral del individuo que vive en una sociedad jurídicamente organizada, debiendo ser reconocidos y garantizados por el Estado<sup>51</sup>, y desde esa perspectiva existen desde que existe el ser humano, como lo analizaremos en seguida.

Sin que sea la pretensión hacer un análisis profundo de la historiografía de los Derechos Humanos, se considera que quizá los hitos más importantes para establecer un hilo conductor del concepto actual de dichos derechos a través de sus antecedentes, son los que a continuación se presentan.

Los Primeros testimonios escritos en derechos humanos a través de la historia de la humanidad datan de unos tres mil años antes de Cristo, mucho antes de que existiera o se inventara cualquier religión que hoy conocemos, pues a partir

---

50 Véase el siguiente sitio de internet: <http://www.law.georgetown.edu/idp/spanish/id.html>. (consultada el día 08 de octubre de 2017).

51 Véase el siguiente sitio de internet: De la Comisión Nacional de Derechos Humanos: [http://www.cndh.org.mx/Que\\_Son\\_Derechos\\_Humanos](http://www.cndh.org.mx/Que_Son_Derechos_Humanos), (consultado el día 23 de noviembre de 2017).

del momento que las distintas culturas acceden a la escritura y dejan testimonio de sus costumbres y creencias, podemos rastrear en sus textos los primeros esbozos de aquello que, a fuerza de evolucionar y perfeccionarse, al cabo de siglos acabaremos denominando derechos humanos.

Las primeras noticias documentadas que podemos considerar como precursoras de esta gran idea corresponden al Antiguo Egipto puesto que establecían:

**“No he hecho daño a la hija del pobre.”**

Libro de los Muertos (III milenio a.C.); alegaciones de un difunto ante el Tribunal de Osiris, con el objetivo de asegurarse la vida eterna.

**“Observa la verdad y no la traspases, que no te lleve la pasión del corazón.”**

**No calumnies a ninguna persona, importante o no.”**

Enseñanzas de Ptahhotep (finales del III milenio a.C.); normas para facilitar la vida en sociedad destinadas al futuro visir del faraón.

**“No te rías de un ciego, no te burles de un enano ni hagas mal a un cojo.”**  
Amenemopet (ca 1300-1100 a.C.).

Pero es en Mesopotamia, también durante el tercer milenio antes de Cristo, donde aparecen por primera vez recopilaciones de normas, de forma sistematizada, orientadas a organizar la vida social. El Código de Urukagina (ca 2350 a.C., conocido sólo por las referencias incluidas en documentos posteriores), y el Código de Ur-Nammu (ca 2050 a.C., el primer código jurídico escrito que se conoce y que ya establecía jueces especializados, el testimonio bajo juramento y la facultad de los jueces de ordenar al culpable la indemnización de perjuicios), fueron los precedentes del **Código de Hammurabi** (ca 1700 aC), la compilación jurídica más conocida de la Antigüedad, compuesta por 282 artículos que, además de normas referentes a los tribunales, contenía disposiciones sobre la familia y el comercio.

El Código de Hammurabi regulaba la conocida Ley del Tali3n. A pesar de que ahora nos parezca un principio extremadamente brutal, entonces supuso una verdadera innovaci3n, ya que era una forma de poner freno a las venganzas sucesivas y sin l3mites a las que estaban expuestas las personas y los colectivos en casos de conflictos. La ley establec3a una medida, discutible pero objetiva y de obligado cumplimiento, y con ella se deslegitimaba cualquier interpretaci3n subjetiva de los hechos por parte de los implicados, y especialmente las consecuencias que pudieran derivarse de dicha apreciaci3n subjetiva.

Los c3digos o recopilaciones de leyes que fueron apareciendo durante la Antigüedad perseguían fines prácticos. Por ejemplo, la proporcionalidad de la venganza de la Ley del Tali3n limitaba las p3rdidas humanas y materiales que acarreaban las sucesivas agresiones, de manera que al final el soberano, el legislador, sal3a beneficiado: conservando la vida de sus s3bditos estos pod3an ser enrolados en el ejercito u obligados a pagar impuestos.<sup>52</sup>

Posteriormente, por el a3o 539 antes de Cristo aparece el llamado *Cilindro de Ciro*, escrito mesopotámico sobre derechos humanos en caracteres cuneiformes, redactado por el rey persa Ciro “el grande”, del Imperio Aqueménida de Persia (antiguo Irán), tras la conquista de Babilonia, en el que se libera a los esclavos y se permite a los s3bditos del reino la libertad de creencias.

acia el a3o 590 despu3s de Cristo es acordado por tribus árabes (Banu Hashim, Banu ‘Abd Al Muttalib, Banu Asad, y otras) el llamado *Pacto de los Virtuosos* (Half-al-fudul), que es considerado una de las primeras alianzas de Derechos Humanos, pues en él dichas tribus se pusieron de acuerdo para proteger a los oprimidos y ayudarlos, y enfrentar al injusto, cualquiera que fuere su posici3n y poder.<sup>53</sup>

Ya hacia la Edad Media, entre los a3os 1020 y 1135 se aprecian los *Fueros Españoles*, sobre todo los de Castilla y de Arag3n, así como los de Le3n y Navarra

52 Véase el siguiente sitio de internet: De la Organizaci3n contra la tortura Amnistía Internacional. <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/es/historia/inf-orig.html>, (consultado el d3a 28 de Noviembre de 2017).

53 Véase el siguiente sitio de internet: De la Organizaci3n de las Naciones Unidas: <http://www.un.org/es/documents/udhr/history.shtml>, el sitio de internet de *Human Rights*: [http://www.humanrights.com/es\\_ES/what-are-human-rights/brief-history/cyrus-cylinder.html](http://www.humanrights.com/es_ES/what-are-human-rights/brief-history/cyrus-cylinder.html) y el sitio de internet de *Islamweb*: <http://www.islamweb.net/esp/index.php?page=articles&id=148674>, (consultado el d3a 29 de Noviembre de 2017).

y el Fuero Juzgo, que contenían derechos como igualdad ante la ley, inviolabilidad del domicilio, justicia por jueces naturales, participación de los vecinos en asuntos públicos y responsabilidad de los funcionarios reales.<sup>54</sup>

Y en 1188, se observa el convenio de las Cortes de León (también en la actual España) entre Alfonso IX y el reino, en la monarquía castellano-leonesa, que confirma los derechos básicos de todo hombre libre.<sup>55</sup>

Luego, en 1215, se aprecia la *Carta Magna* inglesa que el rey Juan I (Juan sin tierra) se ve obligado a aceptar ante la presión de la nobleza, la cual no contiene derechos de los súbditos frente a los señores feudales ni frente al monarca, sino derechos de los señores feudales frente al rey, destacándose que dicha carta tuvo el mérito de compilar por escrito, por vez primera, en 63 artículos<sup>56</sup>, un conjunto de garantías que el rey debería de respetar a los nobles del país.<sup>57</sup>

Ya a principios del siglo XVI, regresando a la península Ibérica, que en ese momento era una nación cristiana de eminentes teólogos, es de destacar el pensamiento de Fray Antonio de Montesinos, Francisco de Vitoria y Fray Bartolomé de las Casas, así como de la llamada escuela Salmantina, en contra de la esclavitud y en defensa de los naturales del nuevo continente, que se positivó en las *Leyes Nuevas de Indias* (y aunque posteriormente se volvieron a permitir las encomiendas fueron antecedente importante de respeto a la dignidad humana)<sup>58</sup>.

También es trascendente el *Bill of Petition*, presentado por el parlamento inglés a Carlos I, y aceptado por éste en 1628, el cual confirma y amplía las garantías

---

54 Cfr. Quintana Roldán, Carlos F., y Sabido Peniche, Norma D., *Derechos Humanos*, Ed. Porrúa, ed. 6ª, México, 2013, p. 10. Véase también Ochoa Campos, Moisés, *La reforma municipal*, Ed. Porrúa, ed. 4ª, México, 1985, p. 83.

55 Cfr. Quintana Roldán, Carlos F., y Sabido Peniche, Norma D., *Ob. cit.*, p. 7.

56 De los que quizá en este contexto el más paradigmático sea el numeral 39, que decía: “ningún hombre libre puede ser arrestado, ni detenido en prisión, o desposeído de sus bienes, proscrito o desterrado, o molestado de alguna manera; y no dispondremos de él, ni lo pondremos en prisión, sino por juicio legal de sus pares, o por ley del país”

57 Cfr. Quintana Roldán, Carlos F., y Sabido Peniche, Norma D., *Ob. cit.*, p. 8.

58 Véase el siguiente sitio de internet: Mureddu Torres, Dino César, *ob. cit.*, p.9. Véase también Guier, José Enrique, *Los Derechos Humanos en la legislación de las indias*, visible en el siguiente sitio de internet de la UNAM: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/27/art/art3.pdf>; y, Beuchot, Mauricio, *Bartolomé de las Casas, el humanismo indígena y los derechos humanos*, visible en el siguiente sitio de internet de la UNAM: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/hisder/cont/6/est/est3.pdf>, (consultado el día 09 de Diciembre de 2017).

concedidas en la *Carta Magna*; así como el *Habeas Corpus*, promulgado también en Inglaterra en 1679, ya bajo la corona de Carlos II, el cual garantizó la efectividad de la libertad corporal mediante un recurso contra detenciones arbitrarias, incorporando además el principio de que “nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito”.<sup>59</sup>

Ulteriormente, en el año de 1689, se aprecia el *Bill of Rights*, que impuso el parlamento inglés al príncipe Guillermo de Orange para poder suceder al rey Jacobo en Inglaterra, y que dio un reconocimiento de derechos y libertades a todo el pueblo inglés (libertad de culto, derecho de petición, de libertad de expresión de portación de armas, etc.), y estableció la estabilidad e independencia de los magistrados.<sup>60</sup>

Ya en el siglo de las luces, y bajo los influjos de *la ilustración* se despliega el movimiento de independencia de las 13 colonias de Inglaterra en América, que presentó en Filadelfia una Declaración de Derechos Humanos<sup>61</sup> (14 de octubre de 1774), luego una Declaración de Independencia<sup>62</sup> (4 de julio de 1776), y una Declaración de Derechos<sup>63</sup>, similar a la de Filadelfia, en ese mismo año (en Virginia), que estableció, por primera vez, un catálogo de derechos, como los del debido proceso, la libertad de prensa y la libertad de religión<sup>64</sup>. Además, en su artículo 1 se reconoció la existencia de ciertos Derechos inherentes al ser humano, al expresarse:

1. Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes, y tienen ciertos derechos inherentes, de los cuales, cuando entran en un estado de sociedad, no pueden ser privados o postergados; en esencia, el gozo de la vida y la libertad, junto a los medios de adquirir y poseer propiedades, y la búsqueda y obtención de la felicidad y la seguridad.

59 Cfr. Peces Barba Martínez, Gregorio A., *Derecho positivo de los Derechos Humanos*, Ed. Debate, s/ed., Madrid (España), 1987, citado por Roccatti, Mireille, en *Los Derechos Humanos y la experiencia del Ombudsman en México*, Ed. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, ed. 2ª, México, 1996, p. 34.

60 *Ídem.*

61 Hecha por los representantes de las colonias de Norteamérica.

62 Redactada por Thomas Jefferson.

63 Influenciada por el *Contrato Social* de Rousseau, y por el pensamiento de Montesquieu y de Locke, y redactada por George Mason.

64 Véase el siguiente sitio de internet: <http://www.fmmeduacion.com.ar/Historia/Documentoshist/1776declavirginia.htm>, (consultado el día 10 de Diciembre de 2017).

A esta Declaración le siguieron las Declaraciones de Derechos de Maryland, Pennsylvania y Massachusetts, entre otras<sup>65</sup>. Posteriormente, en 1787 aparece la Constitución Federal de los Estados Unidos de América, que en 1791 adopta una Carta de Derechos que contiene prerrogativas para los individuos.<sup>66</sup>

Seguidamente de este movimiento independentista y continuando con la misma línea ideológica, se presenta la Revolución Francesa, que representa un acontecimiento político y social de mayores repercusiones en el cambio de las ideas de la filosofía política moderna, y consecuentemente, de la organización jurídica del estado en el siglo XVIII. Esta revolución aporta la *Declaración de Derechos del hombre y el ciudadano*<sup>67</sup>, aprobada el 26 de agosto de 1789, que ha sido el instrumento de referencia obligada en materia de derechos humanos que orienta la filosofía de los derechos civiles en la época postmoderna o contemporánea<sup>68</sup>. El contenido de esta declaración reconoce la existencia de derechos inherentes al ser humano, y destaca esencialmente los derechos a la igualdad, a la libertad, a la libertad de expresión, a la propiedad, a la seguridad, a la resistencia a la opresión, al debido proceso, a la presunción de inocencia, a pedir rendición de cuentas a los agentes públicos, etc.

Dentro del presente contexto es importante referir que en el año de 1864, se celebra una conferencia en Ginebra, con el propósito de adoptar un convenio para el tratamiento de soldados heridos en combate, este evento surge a invitación del Consejo Federal Suizo, y por la iniciativa de la Comisión de Ginebra. La conferencia diplomática se llevó a cabo con dieciséis países europeos y varios países de América, y los principios más importantes establecidos en la Convención y mantenidos por las siguientes Convenciones de Ginebra<sup>69</sup> (de 1906, 1929 y la actual de 1949, así como sus protocolos adicionales<sup>70</sup>) estipulan la obligación de proveer atención medica sin discriminación a personal militar herido o enfermo y de respetar el

---

65 Recordemos que cada una de las 13 colonias buscó por separado su independencia.

66 Cfr. Quintana Roldán, Carlos F., y, Sabido Peniche, Norma D., *Ob. cit.*, pp. 10-13.

67 Véase el siguiente sitio de internet: Teniendo un papel fundamental en ella el marqués de La Fayette, el conde de Mirabeau y el abad Sieyès. Dicha Declaración. <http://www.fmmeduccion.com.ar/Historia/Documentoshist/1789derechos.htm>, (consultado el día 13 de diciembre de 2017).

68 Quintana Roldán, Carlos F., y, Sabido Peniche, Norma D., *Ob. cit.*, pp. 13-14.

69 Que serán detalladas en el tema I.3, *infra*.

70 México ha suscrito los cuatro Convenios de Ginebra para la Protección de las Víctimas de la Guerra: 1.- Convenio

transporte y el equipo del personal médico con el signo distintivo de la cruz roja sobre fondo blanco.<sup>71</sup>

Ya en el siglo XX, al finalizar la Segunda Guerra Mundial, y tras la ignominia del holocausto, surge entre los estados la convicción de que el respeto de los derechos de la persona no es una cuestión exclusiva de cada uno de ellos, sino de interés general de la comunidad internacional.<sup>72</sup> En ese tenor, a partir de 1945, con la Carta de las Naciones Unidas, y con las posteriores Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptadas, respectivamente, en mayo y diciembre de 1948, es que comienza la llamada internacionalización de los derechos humanos.<sup>73</sup>

La Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948<sup>74</sup>, adoptada y proclamada, por la Asamblea General de las Naciones Unidas<sup>75</sup>, en su Resolución 217 A (III), reconoce la existencia de derechos inherentes al ser humano, y destaca esencialmente los derechos a la igualdad, a la libertad (de expresión, de

---

de Ginebra para Mejorar la Suerte de los Heridos y de los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña; 2.- Convenio de Ginebra para Mejorar la Suerte de los Heridos, de los Enfermos y de los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar; 3.- Convenio de Ginebra relativo al Trato de Prisioneros de Guerra; y 4.- Convenio de Ginebra relativo a la Protección de Personas Civiles en Tiempo de Guerra. Todos estos convenios fueron publicados en la Segunda Sección del Diario Oficial de la Federación de fecha 23 de junio de 1953.

Además, México ha suscrito dos protocolos adicionales a los referidos convenios: 1.- El Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I); publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 30 de septiembre de 1983; y 2.-el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la aprobación de un signo distintivo adicional (Protocolo III), adoptado en Ginebra el ocho de diciembre de dos mil cinco<sup>76</sup>; publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 5 de enero de 2009.

71 Véase el siguiente sitio de internet: De *Human Rights*: <http://www.humanrights.com/es/what-are-human-rights/brief-history/declaration-of-human-rights.html> y el de Cruz Roja Internacional: <http://www.icrc.org/spa/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/overview-geneva-conventions.htm>, (consultados el día 15 de diciembre de 2017).

72 Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La protección no jurisdiccional de los derechos humanos*, Ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación, ed. 1a, México, 2008, p.105.

73 Cfr. Caballero Ochoa, José Luis, Citado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su obra *Derechos Humanos. Parte General*, t. 1, Ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación, ed. 1a, México, 2013, p.110.

74 Véase el siguiente sitio de internet: De la Organización de las Naciones Unidas: [http://www.un.org/es/documents/udhr/index\\_print.shtml](http://www.un.org/es/documents/udhr/index_print.shtml), (consultado el día 15 de diciembre de 2017).

75 El 26 de junio de 1945, México suscribió la Carta de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), tratado internacional que fue aprobado por el Senado de la República el 5 de octubre de 1945 y que se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 17 de octubre de ese mismo año. Formalmente, la Declaración Universal de los Derechos Humanos no es un tratado internacional (es una declaración al seno de la asamblea de un organismo internacional), pero a pesar de ello es indudable el peso moral que su contenido tiene y es indudable que es fuente del derecho internacional de los derechos humanos, verbigracia, en México existen 36 precedentes judiciales (de los cuales 6 son jurisprudencias) del Poder Judicial de la Federación que refieren expresamente dicha declaración.

religión, de asociación, amén de abolición de la esclavitud), a la vida, a la propiedad, a la seguridad de la persona, a la dignidad, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a tener una nacionalidad, al debido proceso, al acceso a un recurso efectivo contra actos “que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”, al libre tránsito, al asilo en caso de persecución, derecho al trabajo, a la seguridad social, a la educación, a participar en el gobierno, etc.

Ahora, actualmente se considera que los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna. El derecho internacional de los derechos humanos establece las obligaciones que tienen los gobiernos de tomar medidas en determinadas situaciones, o de abstenerse de actuar de determinada forma en otras, a fin de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de los individuos o grupos.<sup>76</sup> Así, dentro del contexto de la llamada internacionalización de los derechos humanos, actualmente tenemos sistemas regionales de protección a los derechos humanos, a saber:

1. El Europeo (instituido por el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y en vigor desde el 3 de septiembre de 1953<sup>77</sup>);
2. El Americano (instituido por la Convención Americana de Derechos Humanos, firmada en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, y en vigor a partir del 18 de julio 1978<sup>78</sup>); y
3. El Africano (instituido por la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, firmada en Nairobi, Kenya, el 26 de junio de 1981, y en vigor a partir del 21 de octubre de 1986<sup>79</sup>); dichos sistemas cuentan con sendos tribunales supranacionales que vigilan y evalúan la tutela de los derechos ahí postulados, y que emiten, en su caso, sentencias

---

76 Véase el siguiente sitio de internet: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx> (consultado el día 15 de diciembre de 2017).

77 Con sus distintos protocolos adicionales, su *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* y distintos documentos periféricos.

78 Con su *Protocolo Adicional en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de fecha 17 de noviembre de 1988, conocido como “Protocolo De San Salvador”*, y demás documentos periféricos.

79 Con sus distintos protocolos adicionales y documentos periféricos.

condenatorias vinculantes contra los países que vulneran dichos derechos.

Además, existen varios instrumentos internacionales multilaterales de tutela de los derechos humanos. Por ejemplo, México ha suscrito 210<sup>80</sup> Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano es parte en los que se reconocen derechos humanos, contando algunos de ellos con comités que vigilan y evalúan la tutela de los derechos ahí postulados, y que emiten recomendaciones a los países que vulneran dichos derechos.

Ante este panorama, prácticamente todos los países han generado cambios en sus normas internas para tutelar, de alguna manera, los derechos humanos de fuente internacional; por lo que la internacionalización de los derechos humanos ha provocado que hoy en día la persona esté doblemente protegida, por el Derecho Interno y por el Derecho Internacional<sup>81</sup> (que tiene, como se ha visto, sistemas de protección en el ámbito general y regional).<sup>82</sup>

Cabe mencionar que las últimas tendencias apuntan hacia la idea de que los derechos humanos contenidos en el sistema internacional, junto con los contenidos en cada sistema regional, conforman un *corpus iuris* convencional de los derechos humanos o un “bloque de convencionalidad”<sup>83</sup>. Además, es común

80 Véase el siguiente sitio de internet: Por mencionar algunos, la Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer, adoptada en Bogotá, Colombia; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada en Nueva York, Estados Unidos; el Convenio contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, adoptado en Nueva York, Estados Unidos; la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptado en Nueva York, Estados Unidos; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en Belem do Para, Brasil; etc. Véase “Tratados internacionales de los que el Estado Mexicano es parte en los que se reconocen derechos humanos” la presente publicación electrónica forma parte del acervo bajo el resguardo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación <http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/TI.html> (consultado el día 17 de diciembre de 2017).

81 Aunque atento al principio de subsidiaridad, recogido por ejemplo en el artículo 46 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para que una petición o comunicación sea admitida por la comisión interamericana de Derechos Humanos (y a la postre pueda ser llevada a la Corte Interamericana), se requiere, entre otros aspectos, que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, pues es a los Estados a quienes corresponde, en primera instancia, respetar y hacer respetar tales derechos en el ámbito de su jurisdicción, y sólo cuando a nivel interno no se ha brindado una protección adecuada y efectiva, la jurisdicción internacional debe ejercer su competencia. Al respecto ver también la tesis: I.4o.A.7 K (10a.), de número de registro 2002357, pronunciada en la 10ª época por el Cuarto Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Primer Circuito, bajo el rubro “PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD. SU CONCEPTO EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS”, y bajo la ponencia del magistrado Jean Claude Tron Petit.

82 Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Derechos Humanos. Parte General*, t. 1, ob. cit., p.112

83 Véanse los votos razonados de los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sergio García Ramírez (en retiro) y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, en los casos *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, sentencia de 30 de noviembre de 2007, serie C No. 174 (concepto de *corpus iuris* convencional); y *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, sentencia de 26 de noviembre de 2010, serie C, No. 220 (concepto de “bloque de convencionalidad”), respectivamente.

que en los argumentos de las resoluciones de los Tribunales y Comités de cada sistema regional, se suelen tomar, en ocasiones, referencias a asuntos resueltos por Tribunales y/o Comités de diversa región.

## II. Desplazamiento Forzado: Conceptos

Para el diccionario de acción humanitaria y cooperación al desarrollo desplazados internos significa:

“Personas o grupos de personas que han sido forzadas u obligadas a abandonar sus hogares o lugares de residencia habitual, en particular como resultado de ó para evitar los efectos del conflicto armado, situaciones de violencia generalizada, violaciones de derechos humanos o desastres naturales o causados por el hombre, y que no han cruzado fronteras reconocidas internacionalmente” (Naciones Unidas, documento E/CN.4/1992/23).<sup>84</sup>

En el mismo sentido la oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios del las Naciones Unidas refiere en sus Principios Rectores de los Desplazamientos Internos que:

Se entiende por desplazados internos las personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida.<sup>85</sup>

Aunado a lo anterior la Ley 387 de la República de Colombia en su artículo 1º define que:

Es desplazado toda persona que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personal han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas, con cualquiera

---

84 Véase el siguiente sitio de internet: <http://www.dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrar/74> (consultado el día 17 de diciembre de 2017).

85 Véase el siguiente sitio de internet: <http://www.law.georgetown.edu/idp/spanish/GPSpanish.pdf>, (consultado el día 20 de diciembre de 2017).

de las siguientes situaciones: conflicto armado interno, disturbios y tensiones interiores, violencia generalizada, violaciones masivas de los derechos humanos, infracciones al Derecho Internacional Humanitario u otras circunstancias emanadas de las situaciones anteriores que puedan alterar o alteren drásticamente el orden público.<sup>86</sup>

### III. El derecho a la seguridad pública

Según el diccionario de la Real Academia Española<sup>87</sup>, el término *seguridad* significa “cualidad de seguro”, y *seguro* a su vez quiere decir “libre y exento de todo peligro, daño o riesgo”.

Por su parte, según el referido diccionario, el término *público* expresa lo “perteneiente o relativo a todo el pueblo”.

Así, la seguridad pública connota una cualidad de exención de peligro, daño o riesgo para todo el pueblo.

Ahora, el concepto de la seguridad pública está íntimamente relacionado con el de derecho humano, y al respecto, el Doctor Sergio García Ramírez afirma que en la fundación del Estado de derecho, oriundo de las libertades fundamentales proclamadas al final del siglo XVIII en las revoluciones estadounidense y francesa, y en seguida en los movimientos insurgentes de Europa y América, la seguridad fue recogida como derecho natural e inalienable de los seres humanos<sup>88</sup>

Así, la Declaración francesa de los Derechos del Hombre, reconoció el derecho a la seguridad en su artículo XII al establecer que:

86 Véase el siguiente sitio de internet: <http://www.disasterinfo.net/desplazados/legislacion/Ley387de1997.pdf>, (consultado el día 20 de diciembre de 2017).

87 Véase el siguiente sitio de internet: <http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae>, (consultado el día 20 de diciembre de 2017).

88 García Ramírez, Sergio, *En torno a la seguridad pública en Los desafíos de la Seguridad Pública en México*, México, Ed. Universidad Iberoamericana-UNAM-PGR, ed.1ª, México, 2000, p.83.

... XII. Siendo necesaria una fuerza pública para garantizar los derechos del hombre y del ciudadano, se constituirá esta fuerza en beneficio de la comunidad, y no para el provecho particular de las personas a las que ha sido confiada.<sup>89</sup>

Y en la actual Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, emanada del seno de las Naciones Unidas, se observa que su artículo 3 dice:

Artículo 3. Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Ahora, el derecho humano a la Seguridad Pública se traduce en la facultad que tienen los gobernados de exigir al gobernante que les garantice vivir dentro de un clima de paz y seguridad que les permita desarrollar una vida tranquila y productiva,<sup>90</sup> lo cual en el caso de los desplazados en México no está sucediendo. En el ámbito nacional, la Constitución Federal establece, en su artículo 21, párrafos noveno y subsiguientes que:

...La seguridad pública es una función a cargo de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, que comprende la prevención de los delitos; la investigación y persecución para hacerla efectiva, así como la sanción de las infracciones administrativas, en los términos de la ley, en las respectivas competencias que esta Constitución señala. La actuación de las instituciones de seguridad pública se regirá por los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Constitución...

Pero como se menciona en el título de este ensayo, la protección a los derechos humanos en el caso de los desplazados para brindarles seguridad en México, solo está en papel, más no así en la práctica, pues el Estado Mexicano está por demás rebasado por la delincuencia organizada.

---

89 Véase el siguiente sitio de internet: [http://es.wikipedia.org/wiki/Declaración\\_de\\_los\\_Derechos\\_del\\_Hombre\\_y\\_del\\_Ciudadano](http://es.wikipedia.org/wiki/Declaración_de_los_Derechos_del_Hombre_y_del_Ciudadano), (consultado el día 20 de diciembre de 2017).

90 Véase el siguiente sitio de internet: Díaz Piña, Antonio, *El Derecho Humano a la seguridad pública*, [http://es.wikipedia.org/wiki/Declaración\\_de\\_los\\_Derechos\\_del\\_Hombre\\_y\\_del\\_Ciudadano](http://es.wikipedia.org/wiki/Declaración_de_los_Derechos_del_Hombre_y_del_Ciudadano), (consultado el día 20 de diciembre de 2017).

Ahora bien en el sistema americano de protección a los derechos humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha establecido en su informe en su capítulo IV sobre seguridad ciudadana lo siguiente:

... A. Las obligaciones de los Estados conforme a la Convención Americana...

38...las personas bajo la jurisdicción del Estado pueden ver sus derechos fundamentales comprometidos ya sea por conductas de agentes estatales o por conductas delincuenciales de particulares que en caso de no ser esclarecidas generan responsabilidad estatal por incumplimiento con la obligación de brindar protección judicial. En el caso de personas en situación de especial vulnerabilidad, la responsabilidad estatal también surge frente a la ausencia de medidas de prevención del daño...

...

43. Los derechos a la vida y a la integridad personal revisten un carácter esencial en la Convención y conforme al artículo 27.2 forman parte del núcleo inderogable de derechos que no pueden ser suspendidos en casos de guerra, peligro público u otras amenazas. No basta que los Estados se abstengan de violar estos derechos, sino que deben adoptar medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre...

...

46. La obligación de los Estados de investigar conductas que afectan los derechos protegidos en la Convención Americana se mantiene cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación. En el caso de que las conductas en cuestión sean atribuibles a particulares, de no ser investigadas con seriedad, comprometerían la responsabilidad internacional del Estado en carácter de auxiliador...

...

B. La caracterización de una política pública sobre seguridad ciudadana

...

52. A juicio de la Comisión, de los aspectos desarrollados en los párrafos anteriores se deriva que la seguridad ciudadana debe ser concebida como una política pública, entendiéndose por ésta los lineamientos o cursos de acción que

definen las autoridades de los Estados para alcanzar un objetivo determinado, y que contribuyen a crear o a transformar las condiciones en que se desarrollan las actividades de los individuos o grupos que integran la sociedad. Una política pública es, por tanto, un instrumento de planificación, que permite la racionalización de los recursos disponibles, en un marco de permanente participación de los actores sociales involucrados. Según las definiciones más aceptadas, las políticas públicas se caracterizan por ser: (1) integrales (por abarcar sistemáticamente los derechos humanos en su conjunto); (2) intersectoriales (por comprometer acciones, planes y presupuestos de diferentes actores estatales); (3) participativas (por la intervención permanente de la población involucrada y por favorecer la democratización de la sociedad); (4) universales (por su cobertura sin exclusiones ni discriminaciones de ningún tipo); y (5) intergubernamentales (por comprometer entidades de los gobiernos centrales y locales)<sup>91</sup>...

La seguridad pública, es un derecho humano por lo cual los Estados se deben de esforzar en brindar protección a sus ciudadanos y sus derechos humanos, pero en el caso del Estado Mexicano, tal parece que en esta época es un mito inalcanzable, pues en todo lo largo y ancho del territorio nacional la delincuencia organizada hace alarde de su actuación con total impunidad, y aun que en un intento desesperado el Estado Mexicano por medio del presidente Enrique Peña Nieto promulgo el decreto en el Diario Oficial de la Federación el día 21 de diciembre de 2017, la Ley de Seguridad Interior y con esta ley le da facultades a las fuerzas armadas para que hagan funciones de seguridad pública, pero con este hecho existe el grande riesgo de acrecentar la violaciones a los derechos humanos pues el artículo 4 de esta ley establece:

**Artículo 4.** Para los efectos de esta Ley, se entenderá por:

- I. Acciones de Seguridad Interior: Aquellas que realizan las autoridades federales, incluyendo las Fuerzas Armadas, por sí o en coordinación con los demás órdenes de gobierno, orientadas a identificar, prevenir, atender, reducir y contener riesgos y amenazas a la seguridad interior;

---

91 Véase el siguiente sitio de internet: Ver Informe sobre Seguridad ciudadana y Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 57 de 31 diciembre 2009, capítulo IV, apartado A. <http://www.cidh.org/countryrep/seguridad/seguridaddiv.sp.htm#A>, (consultado el día 20 de diciembre de 2017).

- II. Amenazas a la Seguridad Interior: Las que afecten los principios establecidos en el artículo 3 y las contenidas en el artículo 5 de la Ley de Seguridad Nacional que tienen su origen en territorio nacional; las emergencias o desastres naturales en un área o región geográfica del país; las epidemias y demás contingencias que afecten la salubridad general; o las que afecten los deberes de colaboración de las entidades federativas y municipios en materia de seguridad nacional;
- III. Riesgo a la Seguridad Interior: Situación que potencialmente puede convertirse en una Amenaza a la Seguridad Interior;
- IV. Declaratoria de Protección a la Seguridad Interior: El mandato ejecutivo que habilita la intervención de la Federación, incluidas las Fuerzas Armadas, para que por sí o en coordinación con otras autoridades, realicen acciones de Seguridad Interior para contener y reducir Amenazas a la Seguridad Interior;
- V. Fuerzas Armadas: El Ejército, Armada y Fuerza Área;
- VI. Fuerzas Federales: Las instituciones policiales federales;
- VII. Inteligencia para la Seguridad Interior: El conjunto de conocimientos obtenidos a partir de la recolección, procesamiento, diseminación y explotación de información para la toma de decisiones en materia de seguridad interior;
- VIII. Seguridad Interior: Lo previsto en el artículo 2 de la presente Ley;
- IX. Seguridad Nacional: Lo previsto en la Ley de Seguridad Nacional, y
- X. Uso legítimo de la fuerza: La utilización racional y proporcional de técnicas, tácticas, métodos, armamento y protocolos que realiza el personal de las Fuerzas Federales y, en su caso, las Fuerzas Armadas, para controlar, repeler o neutralizar actos de resistencia, según sus características y modos de ejecución.<sup>92</sup>

Por lo anterior, es sumamente preocupante y lamentable que el Estado Mexicano, no tenga la capacidad para combatir la delincuencia organizada con los cuerpos policiacos, y llegue al extremo de sacar al ejercito y fuerza armada a las calles, a suplir a estos con tácticas militares, no se debe de pasar por alto que el ejercito de las naciones están capacitadas para salvaguardar la soberanía de un país y las

92 Véase el siguiente sitio de internet: Información obtenida del Diario Oficial de la federación. [http://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5508716&fecha=21/12/2017](http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5508716&fecha=21/12/2017), (consultado el día 28 de diciembre de 2017).

fuerzas castrenses, están entradas para ver al oponente como su enemigo y si tienen que matarlo lo hacen sin ningún escrúpulo, puesto que ese es su entrenamiento desde que se enlistan en el ejército, de tal manera que este tipo de legislaciones solo va agravar por mucho la situación de los desplazados internos, con el simple hecho de que las miles de víctimas que deambulan en la obscuridad de la ley en México, muchos de ellos no cuentan con documentación alguna, puesto que cuando son desplazados en muchas de las veces salen con lo que traen puesto, y si el ejército en su patrullar por las calles se encuentra a estas víctimas a ellos no les va a importar este fenómeno del desplazamiento forzado, porque muchos de ellos desconocen este fenómeno que está ocurriendo en México, y el hecho de no traer algún tipo de identificación se aplicara según a su criterio el de espionaje o actos que impidan a las autoridades actuar contra la delincuencia organizada, tal y como lo marca la fracción II del artículo 4 de la comentada ley, dejando con este hecho más vulnerables a las víctimas del desplazamiento forzado.

#### **IV. Desplazamiento forzado éxodo y exilio**

Tendencias Globales sobre refugiados y otras personas de interés del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR).<sup>93</sup>

El informe anual de ACNUR Tendencias Globales, que analiza el desplazamiento forzado en todo el mundo basándose en datos de gobiernos, agencias socias, y en los datos del propio ACNUR, arroja que 65,6 millones de personas se encontraban desplazadas a finales de 2016.

El informe Tendencias Globales remarcó que en el 2016, en promedio 20 personas por minuto, se vieron obligadas a huir de sus hogares y buscar protección en otro lugar, ya sea dentro de las fronteras de su país o en otros países. Unos 10,3 millones de personas se convirtieron en nuevos desplazados por los conflictos o a la persecución en 2016. Entre ellos había 6,9 millones de personas desplazadas dentro de las fronteras de sus países y 3,4 millones de nuevos refugiados. De los 65,6 millones de personas desplazadas forzosamente hasta el 31 de diciembre de

---

93 Véase el siguiente sitio de internet: La siguiente información deviene de la página oficial de Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, <http://www.acnur.org/recursos/estadisticas/> (consultado el día 02 de enero de 2018).

2016, 22,5 millones eran refugiados (17,2 millones bajo el mandato del ACNUR y 5,3 millones registrados por el UNRWA), 40,3 millones desplazados internos y 2,8 millones solicitantes de asilo. Además, ACNUR calcula que al menos 10 millones de personas eran apátridas a finales de 2016. Sin embargo, los datos recabados por los gobiernos y comunicados a ACNUR se limitaban a 3,2 millones de apátridas en 75 países.

Tres países expulsaron el 55% de la población refugiada del mundo. Siria, con 5,5 millones de personas; Afganistán, con 2,5 millones y Sudán del Sur, con 1,4 millones: en conjunto, más de la mitad de los refugiados que, a nivel mundial, se encuentran bajo el mandato del ACNUR. Por otro lado, Colombia, con 7,4 millones de personas; Siria con 6,3 millones, e Irak, con 3,6 millones, son los que tienen las mayores poblaciones de desplazados internos. En total, en 2016, el 84 por ciento de los refugiados bajo el mandato del ACNUR estaba en países de ingresos medios y bajos, próximos a situaciones de conflicto. A nivel mundial, Turquía es el mayor país de acogida, con 2,9 millones de refugiados. Con alrededor de un refugiado cada seis ciudadanos, el Líbano acoge a más refugiados, en comparación con su población, que cualquier otro país del mundo.



## Nuevos desplazamientos - conflictos y violencia<sup>94</sup>

94 Véase el siguiente sitio de internet: [http://www.internal-displacement.org/global-report/grid2017/downloads/IDMC-GRID-2017-Highlights\\_embargoed-SP.pdf](http://www.internal-displacement.org/global-report/grid2017/downloads/IDMC-GRID-2017-Highlights_embargoed-SP.pdf), (consultado el día 02 de enero de 2018).

En 2016, hubo 6,9 millones de nuevos desplazamientos internos provocados por los conflictos y la violencia. Las cifras muestran una tendencia general al alza desde 2003, con un promedio anual de 5,3 millones de nuevos desplazamientos al año. Conteo total.

Hasta finales de 2016, hubo 40,3 millones de personas viviendo en condiciones de desplazamiento interno a causa de los conflictos y la violencia en 56 países y territorios. El número total de personas casi se ha duplicado desde el año 2000 y ha aumentado considerablemente en los últimos cinco años.

En su informe especial sobre el desplazamiento forzado interno en México (DFI) de mayo de 2016, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos destacó que: El DFI de personas en México se ha generado por violencia, violaciones a derechos humanos, desastres naturales, proyectos de desarrollo, grupos de autodefensa y por la actividad periodística.<sup>95</sup> En los últimos años, es una violencia diferente la que provoca la movilidad de las personas, pues se relaciona con grupos armados que están azotando diversas partes del territorio nacional; esta violencia no se ha podido frenar por parte de las autoridades, lo que ha provocado desprotección de las víctimas.

Esta situación de desprotección surge no solo a raíz de las violaciones a los derechos a la vida, la integridad, la libertad personal y la seguridad pública sino, también, derivado de la destrucción o el abandono de las tierras, propiedades y viviendas, violentándose los derechos a la propiedad privada, la vida privada y al domicilio. Es necesario subrayar que por omisión también se violentan derechos humanos:

“El desplazamiento en México ha sido tanto un recurso reactivo como preventivo. Los desplazados huyen de sus hogares de residencia habitual ya sea como consecuencia de actos criminales y violaciones de derechos humanos cometidos en su contra o hacia su familia, o bien, como consecuencia del temor fundado de ser víctimas ante un clima generalizado de inseguridad y de impunidad.”<sup>96</sup>

---

95 El único caso de conflicto armado con desplazamiento al que se hace referencia es en relación con los sucesos de 1994 en Chiapas.

96 Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos A.C., “Desplazamiento Interno Forzado en México”, Guevara Bermúdez, José Antonio (ed), México, 2014, p. 6.

En el Informe de la Organización de Estados Americanos, (OEA) del 21 de Diciembre de 2015 se abordó la gran problemática que existe en el país y sin que el Estado ponga el mínimo interés de hacerle frente a tal situación en el mencionado informe se establece lo siguiente: OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44/15. 31 diciembre 2015 sobre situación de los derechos humanos en México. Desplazamiento interno forzado.<sup>97</sup>

Otra de las graves violaciones a derechos humanos que han generado las diversas formas de violencia que se han venido dando en México durante los últimos años tiene que ver con el desplazamiento interno forzado. La Comisión Interamericana constató en terreno que la situación de inseguridad y violencia que atraviesa el país tiene un grave y desproporcionado efecto sobre personas desplazadas internamente. Como señaló la CIDH en su informe “Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México” de 2013, la violencia relacionada con el crimen organizado también ha conllevado a que miles de personas se hayan visto forzadas a desplazarse internamente en México durante los últimos años<sup>98</sup>. Información aportada a la CIDH señala que los desplazamientos “se realizan de manera silenciosa, furtiva, incluso evitando solicitar el apoyo de las autoridades por la desconfianza y temor que a ellas mismas señalen a las víctimas ante sus agresores<sup>99</sup>.”

Ante la falta de cifras oficiales, las estadísticas del Observatorio de Desplazamiento Interno (IDMC) que forma parte del Consejo Noruego para los Refugiados (NRC), indican que para finales de 2014 México registró una cifra de al menos 281.400 desplazados internos<sup>100</sup>. Organizaciones de la sociedad civil indicaron que esta cifra podría ser mucho mayor. El hecho de que las autoridades no reconozcan la

---

97 Véase el siguiente sitio de internet: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/mexico2016-es.pdf>, (consultado el día 02 de enero de 2018).

98 Véase, CIDH, Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 48/13. 30 de diciembre de 2013, párr. 71.

99 Información recibida en el Estado de Guerrero por el Comité de Familiares y Amigos de Secuestrados, Desaparecidos y Asesinados en Guerrero, 29 de septiembre de 2015.

100 Véase el siguiente sitio de internet: Internal Displacement Monitoring Centre (IDMC). Global Overview 2015: people internally displaced by conflict and violence. Mayo, 2015. Disponible en: <http://www.internal-displacement.org/assets/library/-Media/201505-Global-Overview-2015/20150506-global-overview-2015-en.pdf>, (consultado el día 07 de enero de 2018).

existencia del desplazamiento interno y de que haya permanecido sin cuantificarse he favorecido su invisibilidad<sup>101</sup>.

La sociedad civil indicó a la Comisión Interamericana que el desplazamiento interno afecta de forma desproporcionada a adultos mayores, mujeres, niños e indígenas particularmente a aquellos de escasos recursos, quienes se encuentran en condiciones de extrema vulnerabilidad debido a la falta de protección por parte de las instituciones del Estado, en sus tres niveles de gobierno. Las organizaciones revelaron las dificultades específicas de las personas desplazadas en el acceso a la vivienda, acceso a educación y derechos de propiedad, el acceso a una atención integral de la salud, dificultades en obtención de empleos, y la afectación general a los derechos económicos, sociales y culturales, que sufren los individuos y familias desplazados.

El Estado ha señalado a la Comisión que ha implementado medidas de atención a estos grupos victimizados, dentro de su Programa de Prevención de Violencia; además ha confirmado la necesidad de garantizar el derecho básico de vivienda en forma prioritaria a los niños. Sin embargo, no ha aportado datos específicos a la Comisión de la situación de los niños, niñas y adolescentes como grupo especialmente afectado dentro de las víctimas de desplazamiento interno, y acerca de las acciones y medidas concretas a ser tomadas en garantías de sus derechos<sup>102</sup>. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), también ha tenido conocimiento de situaciones de desplazamiento interno forzado en México a través de la adopción de medidas cautelares urgiendo la protección de grupos de personas que se vieron forzadas a desplazarse internamente<sup>103</sup>. La Comisión observa que a la fecha de la aprobación de presente informe el desplazamiento forzado interno no ha sido documentado y analizado de forma integral por el

---

101 Véase, CIDH, Audiencia sobre la Situación de Personas Afectadas por el Desplazamiento Interno en México. 149o Período de Sesiones, Washington, D.C., 1 de noviembre de 2013; y CIDH, Audiencia sobre seguridad ciudadana y derechos humanos en México, 143o período ordinario de sesiones. Washington, D.C., 27 de octubre de 2011.

102 “Situación de los Desplazados Internos en México”. Informe del Estado Mexicano en respuesta a la solicitud de información de la CIDH el 12 de marzo de 2014, realizada de conformidad con lo establecido en el Artículo 41 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

103 Véase, CIDH, Medida Cautelar No. 60/12, Integrantes de la Comunidad Indígena Triqui de Valle del Río San Pedro, San Juan Cópala, Putla de Guerrero, Oaxaca, México. 29 de mayo de 2012; Medida Cautelar N° 197/10, 135 miembros del Pueblo Indígena Triqui de San Juan Cópala, Oaxaca, México. 7 de octubre de 2010; Medida Cautelar N° 151/05, Comunidad Andrés Quintana Roo, Municipio Sabanillas, Chiapas, México.

Estado, lo cual constituye el principal obstáculo de cara a la respuesta integral que México debe darle a este fenómeno.

Durante su visita a México, la CIDH recibió información de la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de Derechos Humanos (CMDPDH), organización que reportó haber detectado evidencia de desplazamientos internos en 14 de los 32 Estados de México en donde han tenido lugar 141 eventos de desplazamiento masivo de 10 o más familias, particularmente en el periodo comprendido entre enero 2009 y febrero de 2015. Este desplazamiento masivo se ha concentrado en los estados de Baja California, Chiapas, Chihuahua, Coahuila, Durango, Estado de México, Guerrero, Michoacán, Morelos, Nuevo León, Oaxaca, Sinaloa, Tamaulipas y Veracruz. Las entidades donde más casos se identificaron fueron Guerrero con 29 movimientos, Michoacán y Oaxaca con 20, Sinaloa con 17 y Tamaulipas y Chiapas con 14 episodios. A través de su observatorio de desplazamiento interno la CMDPDH ha logrado registrar 5.908 nuevos desplazados internos a octubre de 2015<sup>104</sup>.

La Comisión reitera su preocupación de manera especial sobre la falta de información oficial imperante sobre el alcance que puede estar teniendo el desplazamiento interno en México, dado que evidencia la invisibilización de la problemática<sup>105</sup>. En consecuencia, más allá de las cifras que se han mencionado anteriormente, es casi imposible obtener una cifra global del desplazamiento interno generado por la violencia de los cárteles de la droga y otras causas en México. La inexistencia de datos sobre la dimensión y las características del desplazamiento interno en México requiere que el Estado lleve a cabo un análisis a nivel nacional que permita caracterizar el desplazamiento en México y adoptar las medidas que sean necesarias para dar respuesta efectiva a este fenómeno.

---

104 Para los eventos de Las Margaritas (Chiapas), Urique (Chihuahua), Las Negras (Durango), Sonoyta (Sonora), San Miguel Totolapan (Guerrero), Xalapa (Veracruz) y Tamazula (Durango), se estima que el número total de desplazados es de 1048 personas. Mientras que para los desplazamientos de las familias en Chinipas, el Valle de Juárez, Urique (Chihuahua) e Iguala no se tiene el número de integrantes por familia, se tomará como base la noticia del desplazamiento de Tamazula, en la que se calcula un promedio de 5 integrantes por familia (En Noroeste, “Desplazan operativos a pobladores de Durango”, 11 de octubre de 2015. Disponible

105 Véase, CIDH, Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 48/13, 30 de diciembre de 2013.

## V. Recomendaciones por la CIDH al Estado Mexicano

Respecto a las recomendaciones por parte del organismo antes mencionado con respecto a las personas migrantes en sus numerales del 56 al 59 sugiere lo siguiente:

56. Cumplir el conjunto de recomendaciones formuladas en el Informe Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México.

57. Elaborar un diagnóstico nacional para “caracterizar” el desplazamiento interno en México y, consecuentemente, adoptar una política nacional y las medidas tendientes a prestar una respuesta conforme a los estándares internacionales en la materia, en particular los Principios Rectores del Desplazamiento Interno.

58. Adoptar legislación específica a nivel federal y estatal para abordar el desplazamiento interno, de conformidad con los Principios Rectores del Desplazamiento Interno.

59. Asegurar que a nivel federal haya una institución a cargo de la protección de las personas contra el desplazamiento forzado.

Estas recomendaciones hechas por la CIDH al Estado Mexicano fueron el 31 diciembre 2015, y sin que hasta la fecha el Estado Mexicano ponga el sumo interés a la gran problemática que existe, puesto que este exilio de miles de víctimas sigue creciendo en todo el territorio nacional pues tal es el caso de....

Y en este tenor no solo la delincuencia organizada es la causante de este flagelo del desplazamiento forzado, puesto que el mismo Estado en tratar de dar cumplimiento a la seguridad pública comete terribles violaciones a los derechos humanos pues en la búsqueda del ejército mexicano cuando estaba en la búsqueda del narcotraficante Joaquín Guzmán Loera, así lo reconoció el legislador panista en 23 de Octubre de 2015 Salvador López Brito, quien manifestó en ese entonces, que el mismo ejército en la persecución de Joaquín Guzmán Loera a causado la violación de derechos humanos de habitantes de comunidades del triángulo dorado,

donde ejército, armada y fuerza aérea llevan a cabo operativos para la detención del prófugo de la justicia y urgió que las fuerzas armadas respeten las normas internacionales de derechos humanos sobre el uso de la fuerza y violaciones a las garantías individuales.<sup>106</sup>

Los desplazados en México, es una problemática de trascendental importancia pues muy recientemente al menos 5 mil indígenas de dos municipios de Chiapas fueron desplazados de sus comunidades, entre ellos se encuentran mujeres embarazadas, niños y ancianos, casi todos presentan enfermedades, de acuerdo con reportes de la organización civil, Servicios y Asesoría para la Paz (Serapaz).

Los afectados abandonaron sus hogares y pasan las noches en zonas montañosas, sin un techo que los proteja y con climas extremadamente frío, según el informe Serapaz. La Policía Estatal Preventiva del Estado de Chiapas dio a conocer que las localidades donde se presentan los desplazamientos son: Pom, Ch'enmut, Canalumtic, Emiliano Zapata, Tzomoltón y Cruztón, en el municipio de Chalchihuitán, y Yabteclum, Santo Ton y Las Limas, ubicadas en el municipio de Chenalhó.

Y es que desde hace 45 años, entre Chalchihuitán y Chenalhó existe un conflicto violento por los límites territoriales entre ambos municipios, razón principal por la que los habitantes deciden dejar sus hogares.

Algunos de afectados contaron a las autoridades que tienen que dejar sus tierras formalizan la entrega del patrimonio familiar.

En México existen casos que podrían parecer fantásticos, como el pago de rescates en pagos mensuales, es decir: a los secuestrados se les obliga a firmar pagarés por determinadas sumas de dinero que luego los secuestradores cobran mensualmente. Durante el tiempo que lleva el cobro del dinero, las familias viven bajo amenaza permanente.

Tal es el caso de la Dra. A quien llamaremos Juanita N. Para ocultar su identidad, la cual vivía en la col. Lomas de Ahuatlán de la ciudad de Cuernavaca del Estado

---

106 Véase el siguiente sitio de internet: <http://www.eluniversal.com.mx/articulo/nacion/seguridad/2015/10/23/piden-respetar-derechos-de-lugarenos-en-triangulo-dorado>, (consultado el día 07 de enero de 2018).

de Morelos, a la cual el día 12 de Diciembre del 2012 a las nueve de la noche, unos sujetos fuertemente armados le hicieron el alto cuando venía manejando en su vehículo de su trabajo hacia su casa y la bajaron a la fuerza para llevársela a una casa de seguridad en el municipio de Huitzilac, en la cual le querían hacer firmar la escritura pública de su casa, pero se dieron cuenta que la casa todavía se estaba pagando y el notario cómplice que llevaban los criminales, les dijo a los secuestradores que esta operación era imposible de realizarse toda vez que para que fuera legal tendría que estar libre de gravamen la escritura y a nombre de la secuestrada, que eso ya se los había dicho anteriormente, por tal motivo los secuestradores tuvieron a la Dra. Juanita N. Secuestrada una semana para pedir una suma de dinero como segunda opción pero, al ver que no tenía suficiente dinero para el rescate los secuestradores le dieron la opción de que la dejarían vivir, solo si ella se comprometía a pagarles mensualmente una parte de su sueldo durante todo el tiempo que cubriera lo que le pedían por el monto del rescate, a lo cual la Dra. Juanita N. Accedió y la hicieron firmar pagares y así en cuanto la liberaron abandono su casa, abandonando todo su poco patrimonio que tenía y su fuente de trabajo para irse a otro Estado de la República.

En tal situación se deja claro que con el poder que tienen los grupo de la delincuencia organizada en México y que aunado a ello existen autoridades corruptas inmiscuidas en estos grupos delictivos, la mayoría de la víctimas prefieren no denunciar este tipo de delitos pues temen por su vida y prefieren desplazarse a otro Estado de la República y los que tienen recursos económicos suficientes abandona el país.

De tal manera que es de extrema urgencia legislar en la materia del desplazamiento forzado, pues con esta acción legislativa se daría protección y cobijo a las miles de víctimas de esta creciente problemática, puesto que las víctimas del desplazamiento forzado no puede denunciar, dado a las características de la manera de actuar de los grupos criminales en el desplazamiento forzado es muy especial, puesto que si las víctimas denuncian están en riesgo de perder la vida, y al no haber denuncia el aparato judicial no las protege, puesto que para acceder a la justicia penal en todos los delitos se tiene forzosamente que denunciar o querellarse. En este sentido se tiene que tomar en cuenta que estas víctimas, son víctimas especiales dado la gravedad y la naturaleza del hecho delictivo y por tal motivo no pueden

denunciar, pero has que no haya una legislación que se adecue a las características del desplazamiento forzado, hasta entonces las miles de víctimas seguirán en el Éxodo y Exilio en todo el Estado México.

## VI. Conclusiones

En todos estos casos de desplazamiento forzado, el Estado es responsable de proteger los derechos humanos de estas víctimas, y tiene la obligación de dar protección y de la misma manera ayudar a estas víctimas de este fenómeno, y una forma de empezar es por darles protección legislativa para garantizar el acceso a la administración y procuración de justicia a las víctimas del fenómeno de desplazamiento forzado interno.

La gran problemática es mundial y los gobiernos no están dando resultados para hacerle frente a este problema humanitario pues el mismo Banco Mundial hace referencia a la gran problemática que desencadena el desplazamiento forzado y lo hace de la siguiente manera:

El desplazamiento forzado se refiere a la situación de las personas que dejan sus hogares o huyen debido a los conflictos, la violencia, las persecuciones y las violaciones de los derechos humanos. Actualmente, casi 60 millones de personas han sido desplazadas por la fuerza en el mundo, convirtiéndose en refugiados (19,5 millones), desplazados internos (38,2 millones) o solicitantes de asilo, y se trata de la cifra más alta desde la Segunda Guerra Mundial. Si la población de desplazados por la fuerza fuera un país, sería el vigesimocuarto más grande del mundo, lo cual pone de relieve cuán grave es este problema. Sin que se vislumbre un final cercano de los conflictos, que son los principales factores que impulsan el desplazamiento, se prevé que esta crisis empeorará. El desplazamiento forzado tiende a ser prolongado y, en muchos casos, dura décadas. En 2014, pudieron regresar a sus países de origen solo 126 800 refugiados, la menor cifra en 31 años.<sup>107</sup>

---

107 Véase el siguiente sitio de internet: <http://www.bancomundial.org/es/topic/fragilityconflictviolence/brief/forced-displacement-a-growing-global-crisis-faqs>, (consultado el día 02 de Noviembre del 2017).

Ahora bien, se tiene que diferenciar a las personas que sufren el desplazamiento forzado, de las personas que deciden migrar voluntariamente de un lugar a otro, ya sea dentro de su país o fuera del mismo, puesto que son situaciones totalmente diferentes pues el mismo Banco Mundial lo destaca y refiere que es importante reconocer la diferencia entre migrantes económicos y desplazados por la fuerza. Un migrante opta por dejar su hogar en busca de oportunidades económicas, por lo general trasladándose a países donde existe demanda de sus competencias y de esta manera contribuir a la economía y aumentar sus ingresos. Los desplazados por la fuerza huyen de los conflictos, la violencia, u otros peligros, con el fin de encontrar seguridad y medios de subsistencia. A menudo experimentan un trauma, no tienen activos y quedan en el limbo, terminando en destinos donde no hay oportunidades de trabajo.

Esta situación es ampliamente reconocida en México, por la Comisión Nacional de los Derechos humanos pues el Ombudsman nacional, Luis Raúl González Pérez, en su comunicado de prensa número DGC/276/17 del 23 de agosto de 2017, alertó sobre las violaciones a derechos humanos y el alto grado de vulnerabilidad que enfrentan las víctimas de desplazamiento forzado interno (DFI) en nuestro país, a quienes se debe proporcionar apoyo, solidaridad, comprensión y justicia.

La ausencia de una política pública integral de reconocimiento y atención a la población desplazada es la primera dificultad en el ejercicio, respeto y garantía de los derechos de las víctimas, sin dejar de mencionar que realidades como la inseguridad y la impunidad abonan el terreno para el crecimiento del Desplazamiento Forzado, aseguró.<sup>108</sup>

En el presente ensayo nos deja en claro que en el Estado Mexicano existe un enorme vacío de legalidad para brindar protección a los derechos humanos de las personas desplazadas y sin que hasta el día de hoy no se tomen medidas para prevenir este fájelo o en su defecto cuando ya sucedió brindar la protección legal a las víctimas del desplazamiento forzado.

---

108 CNDH, Dirección General de Comunicación “2017, Año del Centenario de la Promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos” Ciudad de México, a 23 de agosto de 2017 Comunicado de Prensa DGC/276/17.

## Referencias

### Bibliográficas

1. Quintana Roldán, Carlos F., y Sabido Peniche, Norma D., *Derechos Humanos*, Ed. Porrúa, ed. 6ª, México, 2013, p. 10.
2. Ochoa Campos, Moisés, *La reforma municipal*, Ed. Porrúa, ed. 4ª, México, 1985, p. 83.
3. CNDH, Dirección General de Comunicación “2017, Año del Centenario de la Promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos” Ciudad de México, a 23 de agosto de 2017 Comunicado de Prensa DGC/276/17.
4. Peces Barba Martínez, Gregorio A., *Derecho positivo de los Derechos Humanos*, Ed. Debate, s/ed., Madrid (España), 1987, citado por Roccatti, Mireille, en *Los Derechos Humanos y la experiencia del Ombudsman en México*, Ed. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, ed. 2ª, México, 1996, p. 34.
5. Influenciada por el *Contrato Social* de Rosseau, y por el pensamiento de Montesquieu y de Locke, y redactada por George Mason.
6. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La protección no jurisdiccional de los derechos humanos*, Ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación, ed. 1a, México, 2008, p.105.
7. Caballero Ochoa, José Luis, Citado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su obra *Derechos Humanos. Parte General*, t. 1, Ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación, ed. 1a, México, 2013, p.110.
8. García Ramírez, Sergio, *En torno a la seguridad pública en Los desafíos de la Seguridad Pública en México*, México, Ed. Universidad Iberoamericana-UNAM-PGR, ed.1ª, México, 2000, p.83.
9. Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos A.C., “Desplazamiento Interno Forzado en México”, Guevara Bermúdez, José Antonio (ed), México, 2014, p. 6.
10. CIDH, Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 48/13. 30 de diciembre de 2013, párr. 71.

### Normativas

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disponible en <http://ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/cn16.pdf>
2. Constitución Federal de los Estados Unidos de América, disponible en <https://www.archives.gov/espanol/constitucion.html>
3. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, disponible en [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_es.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf)

4. Protocolo Adicional en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo De San Salvador”, disponible en <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>
5. Convención Americana sobre Derechos Humanos, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/PI2.pdf>

### Electrónicas

1. [Displacement a growing global crisis faqs](http://www.bancomundial.org/es/topic/fragilityconflictviolence/brief/forced-displacement-a-growing-global-crisis-faqs) <http://www.bancomundial.org/es/topic/fragilityconflictviolence/brief/forced-displacement-a-growing-global-crisis-faqs>.
2. Comisión Nacional de Derechos Humanos: [http://www.cndh.org.mx/Que\\_Son\\_Derechos\\_Humanos](http://www.cndh.org.mx/Que_Son_Derechos_Humanos).
3. Organización contra la tortura Amnistía Internacional. <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/es/historia/inf-orig.html>. (consultado el
4. Organización de las Naciones Unidas: <http://www.un.org/es/documents/udhr/history.shtml>.
5. Mureddu Torres, Dino César, ob. cit., p.9. Véase también Guier, José Enrique, *Los Derechos Humanos en la legislación de las indias*, UNAM:<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/27/art/art3.pdf>.
6. Mauricio, *Bartolomé de las Casas, el humanismo indígena y los derechos humanos*, UNAM: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/hisder/cont/6/est/est3.pdf>.
7. DECLARACIÓN DE DERECHOS DE VIRGINIA DEL 12 DE JUNIO DE 1776 <http://www.fmmeduccion.com.ar/Historia/Documentoshist/1776declavirginia.htm>.
8. Teniendo un papel fundamental en ella el marqués de La Fayette, el conde de Mirabeau y el abad Sieyés. Dicha Declaración:<http://www.fmmeduccion.com.ar/Historia/Documentoshist/1789derechos.htm>. (consultado el día 13 de diciembre de 2017).
9. De *Human Rights*: <http://www.humanrights.com/es/whatarehumanrights/briefhistory/declaration-of-human-rights.html>. y el de Cruz Roja Internacional: <http://www.icrc.org/spa/warandlaw/treatiescustomarylaws/genevaconventions/overview-geneva-conventions.htm>.
10. De la Organización de las Naciones Unidas: [http://www.un.org/es/documents/udhr/index\\_print.shtml](http://www.un.org/es/documents/udhr/index_print.shtml).
11. Oficina del Alto comisionado de los Derechos Humanos <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>.
12. Suprema Corte de Justicia de la Nación <http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/TI.html>.
13. Diccionario de Accion Humanitaria y cooperacion al desarrollo, <http://www.dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrar/74>.
14. OFICINA DE COORDINACION DE ASUNTOS HUMANITARIOS DEL LAS NACIONES UNIDAS <http://www.law.georgetown.edu/idp/spanish/GPSpanish.pdf>.

15. Ley 387 de la republica de Colombia, <http://www.disasterinfo.net/desplazados/legislacion/Ley387de1997.pdf>.
16. Diccionario de la Real Academia Española <http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae>.
17. Derechos del Hombre y del Ciudadano: [http://es.wikipedia.org/wiki/Declaración\\_de\\_los\\_Derechos\\_del\\_Hombre\\_y\\_del\\_Ciudadano](http://es.wikipedia.org/wiki/Declaración_de_los_Derechos_del_Hombre_y_del_Ciudadano).
18. Informe sobre Seguridad ciudadana y Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 57 de 31 diciembre 2009, capítulo IV, apartado A. <http://www.cidh.org/countryrep/seguridad/seguridadiv.sp.htm#A>.
19. Diario Oficial de la federación. [http://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5508716&fecha=21/12/2017](http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5508716&fecha=21/12/2017).
20. Alto Comisionado de la Naciones Unidas para los Refugiados, <http://www.acnur.org/recursos/estadisticas/>.
21. Immigration Offices in Miami, Fort Lauderdale, Boca Raton, and Aventura. [http://www.internaldisplacement.org/globalreport/grid2017/downloads/IDMC-GRID-2017-Highlights\\_embargoed-SP.pdf](http://www.internaldisplacement.org/globalreport/grid2017/downloads/IDMC-GRID-2017-Highlights_embargoed-SP.pdf).
22. Informe de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos sobre la Situación de los derechos humanos en México. 2015 <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/mexico2016-es.pdf>.
23. Internal Displacement Monitoring Centre (IDMC). Global Overview 2015: people internally displaced by conflict and violence. Mayo, 2015. Disponible en: <http://www.internal-displacement.org/assets/library/-Media/201505-Global-Overview-2015/20150506-global-overview-2015-en.pdf>.
24. Periódico El Universal.com: <http://www.eluniversal.com.mx/articulo/nacion/seguridad/2015/10/23/piden-respetar-derechos-de-lugareños-en-triángulo-dorado>.
25. Animal Político de Enero de 2017: <http://www.animalpolitico.com/2017/11/indigenas-desplazados-chiapas-violencia/>.

## LA TRATA SEXUAL INFANTIL: RETOS PARA SU ERRADICACIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

*\*Dr. Eduardo Oliva Gómez<sup>109</sup>*

*\*\*Mtra. Michelle Alejandra Onofre Díaz<sup>110</sup>*

**Resumen:** La trata sexual infantil es una forma de maltrato que implica la vulneración de los derechos fundamentales y se ubica como un problema transnacional. De acuerdo con la Organización de las Naciones Unidas, existen 1.2 millones de víctimas menores de edad en la modalidad de explotación sexual. Los Estados han establecido compromisos para combatir dicho flagelo; sin embargo, derivado de la incidencia, analizamos el fortalecimiento de la investigación de casos, atención, reparación del daño y garantías de no repetición. El presente trabajo, tiene por objeto central, hacer un estudio sobre la trata de personas, en lo específico, la trata sexual infantil, desde los ámbitos del derecho internacional y el sistema jurídico mexicano.

**Palabras Clave:** Trata de personas; explotación sexual; maltrato infantil; derechos de la niñez; reparación del daño; atención a víctimas.

**Abstract:** *Child sexual trafficking is a form of abuse that implies the violation of fundamental rights and is located as a transnational problem. According to the United Nations, there are 1.2 million underage victims in the form of sexual*

---

109 Doctor en Derecho, Profesor Investigador de Tiempo Completo. Docente en programas educativos de licenciatura, maestría y doctorado en derecho, macalae2000@yahoo.com.mx

110 Maestra en Derecho, Doctorante en Derecho y Globalización UAEM, michelle.onofre.16@gmail.com

*exploitation. States have established commitments to combat this scourge; nevertheless, derived from the incidence, we analyze the strengthening of the investigation of cases, attention, reparation of the damage and guarantees of non-repetition. The main purpose of this document is to conduct a study on trafficking, from the fields of international law and the Mexican legal system.*

**Key words:** *Trafficking in persons; sexual exploitation; child abuse; children's rights; repair of damage; attention to victims.*

## Introducción

Refiere Jordana De Pozas al prologar la obra de Bosch Marin con la colaboración de Blanco Otero, que La suerte y trato de los niños es el signo más cierto del rumbo político y social y del nivel económico y ético de los pueblos. El niño es, en gran medida, la obra de la sociedad en que nacen y crecen.<sup>111</sup>

El pensamiento De Pozas nos lleva de manera inmediata a una profunda reflexión: En gran medida todas las posturas, actitudes, comportamientos y sentimientos con los se que conducen los niños de una sociedad determinada, ponen de manifiesto el lugar, la condición y las formas en que han sido tratados por dicha sociedad, son el reflejo preciso de entorno en que se desarrollan y del cariño, atención y trato recibido día a día durante el desarrollo de su niñez,

Afirma Ortega “El hombre será más feliz cuando, al llegar a los treinta años, haya acumulado mayores tesoros de infancia”<sup>112</sup>

Ambas reflexiones ponen de patente la importancia que representa para toda sociedad, el cuidado, atención y protección que se debe brindar a niñas, niños y adolescentes, grupo social que, como se estableció en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, requiere de atención especial en virtud del estado de desprotección en que, en determinadas situaciones pueden quedar expuestos.

111 S. Kempe, Ruth y Kempe, C. Henry, *Niños maltratados*, 5ª edición, versión española de Alfredo Guera Miralles, Editorial Morata, Madrid, España, 1998, p. 12.

112 *Idem*, p.p. 18 y 19.

El tema de estudio que abordamos en el presente capítulo, tiene como propósito revisar, analizar y reflexionar en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes, una problemática que en la actualidad afecta terriblemente a la sociedad humana, tanto en el ámbito internacional, como en el ámbito nacional, estatal y local; un problema global que atenta directamente en contra de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes y que los lastima en toda su integridad.

La problemática materia de la investigación a que nos referimos se ubica en lo general, en el tema del maltrato infantil como una de las más infames conductas agresivas, delictivas y violentas en perjuicio y afectación de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes; que atenta en contra de su vida, de su integridad, de su dignidad, de su sano desarrollo físico, psicológico, emocional y social, en su desarrollo integral como personas e, inclusive, en las graves secuelas que les ocasiona y que pueden llegar a quedar permanentes para toda su vida.

En lo específico, la presente investigación se delimita en la revisión, como parte del maltrato infantil, de la trata sexual infantil.

La trata sexual infantil constituye en la actualidad, lamentablemente y sin lugar a dudas, uno de los fenómenos globales que requieren ser atendidos de manera inmediata por todos los actores de la sociedad, desde los instrumentos jurídicos del ámbito internacional como son Tratados y Convenciones internacionales, así como por los trabajos legislativos mediante la creación o actualización de leyes protectoras de niñas, niños y adolescentes que resulten eficaces en contra de este grave problema, así como también, mediante la implementación de medidas y estrategias públicas adecuadas que eviten, controlen y erradiquen de plano estas nocivas conductas en perjuicio de la infancia.

Aunado a las referidas acciones de las instancias legislativas y de la administración, es necesario establecer que la atención del problema no se agota en el ámbito de leyes y políticas públicas, se encuentran obligados a intervenir además de órganos, instituciones y autoridades del Estado, la sociedad civil en general, instituciones educativas, académicos, investigadores y desde luego, parte medular involucrada en su atención, la familia, como grupo primario, natural, originario y fundamental en la protección del respeto a los derechos de niñas, niños y adolescentes.

El estudio del fenómeno materia de investigación, se hace aún más sensible cuando se consultan datos cuantitativos que muestran que el maltrato infantil, es aún una práctica cotidiana que se vive en el interior del grupo familiar y que, los hijos, víctimas de estas nocivas practicas conductuales, se ven poco protegidos ante dichas conductas deplorables.

Informa UNICEF que alrededor de 1.2 millones de niños en el mundo son víctimas de trata sexual<sup>113</sup>, para dimensionarlo en una escala mexicana, la cifra representa justo el número de niños que tiene el Estado de Nuevo León; duplica el número de infantes en el Estado de Morelos y se encuentra cerca de la totalidad en la Ciudad de México<sup>114</sup>. Los menores de edad captados por redes de trata de personas, se han duplicado de 2004 al 2011<sup>115</sup>.

Incluso el número total de víctimas asciende a 2.5 millones de personas en el mundo según la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, por sus siglas en inglés UNODC<sup>116</sup>. Resalta que dos de cada tres víctimas son mujeres y niñas; en el 79% de los casos la vulneración es sexual.

Pero en esta lluvia de datos hay discrepancias, ONU Mujeres eleva la cifra a más de 4.5 millones de víctimas de explotación sexual<sup>117</sup>.

Durante los últimos veinticinco años, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) refiere que al menos 27 millones de personas en todo el mundo han sido víctimas de explotación sexual, laboral o comercial. En lugar de disminuir los casos, la trata de personas es un crimen en expansión, así se constata un crecimiento sostenido en víctimas menores de edad, duplicándose de 2004 al 2011<sup>118</sup>.

113 Hojas informativas sobre la protección de la infancia, disponible en [https://www.unicef.org/spanish/protection/files/La\\_trata.pdf](https://www.unicef.org/spanish/protection/files/La_trata.pdf) consultado el 20 de noviembre de 2017.

114 Para mayor información, consulte Cuéntame INEGI , disponible en <http://cuentame.inegi.org.mx/monografias/informacion/mor/poblacion/comotu.aspx?tema=me> , consultado el 18 de noviembre de 2017.

115 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) *Global Report on trafficking in persons*, 2014, Nueva York: United Nations publication, p. 10.

116 UNODC, Informe Trata de personas: delincuencia organizada y venta multimillonaria de personas, 2012, disponible en [https://www.unodc.org/unodc/es/frontpage/2012/July/human-trafficking\\_organized-crime-and-the-multibillion-dollar-sale-of-people.html](https://www.unodc.org/unodc/es/frontpage/2012/July/human-trafficking_organized-crime-and-the-multibillion-dollar-sale-of-people.html) consultado el 1 de noviembre de 2017.

117 Para mayor información, véase <http://www.unwomen.org/es> consultada el 15 de junio de 2017.

118 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), *Global Report on trafficking in persons 2014*, Nueva York: United Nations publication, p. 10.

Por su parte, la Organización Internacional de Migraciones sostiene un dato en específico de alarma, pues el 80% de las niñas migrantes de África en Italia son víctimas de explotación sexual, asimismo en los últimos tres años las niñas migrantes han crecido en un 600%<sup>119</sup>

La Organización Mundial del Trabajo (OIT/ILO) estima en 1.39 millones las personas en todo el mundo que trabajan forzadas en sectores relacionados con la prostitución infantil, de las cuales entre un 40 y un 50% serían niños y adolescentes. UNICEF calcula en unos dos millones las víctimas infantiles y adolescentes. Un millón de menores ingresaría anualmente en los circuitos de prostitución infantil y de adolescentes en el mundo.<sup>120</sup>

Gómez Tagle señala:

Cada año, cerca de cuatro millones de mujeres y niñas son compradas y vendidas mundialmente, con objeto de forzarlas a la prostitución, la esclavitud o el matrimonio. Entre 45 mil y 50 mil mujeres son objeto de la trata de personas anualmente y llevadas a Estados Unidos. Aproximadamente 200 mil mujeres bengalíes han sido objeto de trata y conducidas a Pakistán. Entre 5 mil y 7 mil niñas nepalesas ingresan cada año a la India como parte de la trata, la mayoría terminan bajo el lenocinio.<sup>121</sup>

---

119 Consulte información periodística, disponible en <http://www.nuevatribuna.es/articulo/mundo/dispara-numero-ninas-mujeres-migrantes-sometidas-trafico-sexual-travesia-europa/20170723174402142001.html> consultada el 24 de julio de 2017.

120 Peris, Isabelle. *Explotación sexual comercial de la infancia y de la adolescencia: contextualización y consideración legal*. En: Revetillat Ballesté, Isaac. Coordinador. *Derecho de la Persona. Acogimiento y adopción, discapacidad e incapacidad, filiación y reproducción asistida, personas mayores, responsabilidad penal de menores y otras cuestiones referidas a la persona como sujeto de derecho*, Ed. Bosch, España, 2011, p. 337.

121 Gómez Tagle López, Erick, *Trata de Personas. Análisis criminológico, jurídico y social*, Ed. Mariel y el Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Criminológicas de la Universidad Autónoma del Estado de Tlaxcala, la Escuela de Argumentación Jurídica, el Consorcio Transdisciplinario de Investigaciones Secarso y Asesoría de Diseños Informativos, México, 2015. p. 154.

La volatilidad en números y falta de unificación en criterios de medición, dificulta establecer el número de víctimas así como la atención que reciben o hasta las medidas para erradicar el delito. Tal situación es reconocida por la UNICEF, al calificar la trata con una naturaleza invisible y clandestina, con una falta de recopilación de datos de víctimas infantiles a nivel mundial.<sup>122</sup>

Enfrentar la trata de personas, requiere asumir que nos encontramos ante un problema internacional en una realidad cruda de miles de migrantes que buscan mejores oportunidades de vida fuera de su país y terminan siendo captados por las redes perpetradoras del delito, esto sin dejar de lado que México está jugando un papel triple al registrar casos de origen, tránsito y destino de la trata de personas, ¿a qué nos referimos? En nuestro país son captadas víctimas, quienes son explotadas en diversos Estados, pero también de acuerdo al fenómeno de migración, hay quienes deben transitar por nuestro país para llegar a los Estados Unidos y en ese trayecto son victimizadas.

Resulta preocupante que organizaciones como la Fundación de Asistencia Social y Ayuda Humanitaria ASAHAC coloque en segundo lugar mundial a nuestro país por exportación de víctimas.<sup>123</sup>

Por cuanto a las ganancias que llega a reportar este hecho ilícito, se trata del tercer negocio ilícito más productivo en el mundo, sólo después del tráfico de drogas y de armas. La Organización de las Naciones Unidas calcula las ganancias entre los 7 mil a 10 mil millones de dólares anuales.<sup>124</sup>

Esta caracterización es reafirmada por las investigaciones de Peris<sup>125</sup> al referir que:

Según fuentes como Interpol, Europol y el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, este tipo de explotación sexual es el tercer gran negocio ilegal internacional después del tráfico

122 Op. Cit. Hojas informativas UNICEF, p. 1.

123 Reporte de la ASAHAC en publicaciones periódicas, disponible en [http://www.milenio.com/tamaulipas/Mexico-segundo-victimas-trata-personas\\_0\\_127187771.html](http://www.milenio.com/tamaulipas/Mexico-segundo-victimas-trata-personas_0_127187771.html) consultado el 17 de noviembre de 2017.

124 La trata en cifras, disponible en [http://www.cali.gov.co/desepaz/publicaciones/1989/la\\_trata\\_de\\_personas\\_en\\_cifras/](http://www.cali.gov.co/desepaz/publicaciones/1989/la_trata_de_personas_en_cifras/) consultada el 20 de junio de 2017.

125 Peris, Isabelle. *op. cit.* p. 337.

de armas y de drogas generando a título orientativo unos 5,000 millones de dólares de beneficios anuales para el turismo infantil y unos 12,000 millones para el conjunto de formas de explotación sexual comercial de la Infancia y de la Adolescencia.

Y ante la extensa problemática ¿qué medidas han adoptado los Estados para erradicar la trata? ¿Cuáles instrumentos jurídicos tiene México para prevenir, sancionar y erradicar el delito? ¿Cuál son las acciones de atención para las víctimas rescatadas? ¿Está garantizada una reparación del daño? A continuación, un análisis de la situación.

### **La trata infantil: Conceptos**

Atendiendo un orden metodológico, previo al estudio del concepto de trata sexual infantil, objeto medular de esta investigación, resulta necesario hacer la revisión del concepto de maltrato infantil, puesto que, la trata sexual es una forma de maltrato infantil, por lo tanto consideramos un referente de importancia.

Refiere Panchón Iglesias:

Se considera maltrato cualquier acción y efecto de tratar mal, de maltratar. El maltrato por tanto, se produce cuando una o más personas ejercen, mediante el uso intencionado de la fuerza física o psicológica, un poder coercitivo sobre una o más personas produciendo efectos adversos para la persona o personas que lo sufren. Cuando este maltrato lo padecen personas menores de edad, niños, niñas y adolescentes se denomina maltrato infantil<sup>126</sup>

---

126 Panchón Iglesias, Carme. *Maltrato Infantil*. En: Revetllat Ballesté, Isaac. Coordinador. *Derecho de la Persona. Acogimiento y adopción, discapacidad e incapacitación, filiación y reproducción asistida, personas mayores, responsabilidad penal de menores y otras cuestiones referidas a la persona como sujeto de derecho*. Ed. Bosch. España. 2011. p. 280.

Kempe Ruth y Kempe Henry señalan que:

El maltrato infantil supone la existencia de un niño golpeado, pero la conexión de causa y efecto no se conoce perfectamente. Un modo de consideración es el estudio de los síntomas que presenta el niño. Otro consiste en tener en cuenta las acciones de los adultos que lo tienen a su cargo (padres, encargados y amigos). Corrientemente se utilizan cuatro categorías para clasificar su comportamiento: violencia física, abandono físico y emocional, maltrato emocional y explotación sexual.<sup>127</sup>

Agrega Panchón Iglesias<sup>128</sup> que un niño, niña o adolescente es maltratado cuando es objeto de violencia física, psíquica y/o sexual, entendiéndose como abuso sexual las situaciones en que son obligados o inducidos, habitualmente o coyunturalmente, a satisfacer los deseos sexuales de otra persona.

Por lo que se refiere al concepto de trata de personas, señala Gómez Tagle que puede identificarse como:

Comercio y tráfico de seres humanos, implica sometimiento, engaño, cosificación y un abuso continuado, por lo cual siempre debe considerarse una actividad delictiva, puesto que afecta la dignidad, la integridad (física o mental), la libertad y el desarrollo de la personalidad de las víctimas, pudiendo ser adultas o menores de edad. Sus fines son lucrativos y se ejerce, por lo general, de forma organizada, mediante el aprovechamiento de la mendicidad ajena, la explotación sexual o laboral, así como la extracción de órganos, tejidos o componentes. Por sus alcances, se considera una forma contemporánea de esclavitud.<sup>129</sup>

---

127 Op. Cit. S. Kempe, Ruth y Kempe, C. Henry, p.p. 26 y 27.

128 Cfr. Pachón Iglesias, Carme. op. cit. p. 280 y 284.

129 Gómez Tagle López, Erick. *op. cit.* p. 287.

El referido autor señala que en el marco jurídico internacional se define a la trata de blancas como el hecho punible de engañar o reclutar mujeres, menores y mayores de edad, mediante engaño, amenazas y violencia o explotando una necesidad extrema, para arrastrarlas al ejercicio de la prostitución o vicios afines fuera de su país.<sup>130</sup>

Hernández-Vela Salgado proporciona el siguiente concepto de la trata de personas:

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. Esta explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas sexuales, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.<sup>131</sup>

Isabelle Peris se refiere en lo específico a la trata de niñas, niños y adolescentes con finalidad sexuales, definiendo de la siguiente forma:

Consiste en todos aquellos actos que implican el reclutamiento, transporte, acogida y recepción de una persona menor de edad, dentro y fuera de un país, con el objetivo de ser involucrado en la prostitución, la pornografía y otras formas de explotación sexual, realizadas tanto por particulares como por grupos organizados. Implica engaño, coerción, esclavitud por deudas y fraude, con la finalidad de situar a las personas en situaciones de abuso y de explotación. Las menores víctimas de explotación pueden haber sido cedidos por sus familias, captados mediante engaños, vendidos o secuestrados.<sup>132</sup>

---

130 Gómez Tagle López, Erick. *op. cit.* p. 47.

131 Hernández-Vela Salgado, Edmundo. *Enciclopedia de Relaciones Internacionales*. Tomo IV P-Z. 7ª edición, corregida, actualizada y aumentada. Ed. Porrúa. México. 2013. p. 4560.

132 Peris, Isabelle. *op. cit.* p. 336.

Bastan y sean suficientes los conceptos revisados para dejar en claro la uniformidad en la caracterización, la trata infantil, sea por efecto de una explotación laboral, sexual o comercial, son formas y actos de violencia en contra de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes, atentan contra su dignidad como personas y son representación de un abuso de poder sobre una sociedad altamente expuesta a la desprotección que debe erradicarse de manera total por su enorme perversidad; la protección a los derechos de niñas, niños y adolescentes a estas graves violaciones a sus derechos, son sin lugar a dudas, una responsabilidad y obligación inmediata que le corresponde al Estado, a la sociedad y a la familia.

### **Breves consideraciones del contexto histórico de la trata. La prohibición de la esclavitud y la protección a la dignidad humana**

La trata de personas es un fenómeno que ha estado presente en el desarrollo de la vida humana; atenta de manera directa contra los derechos humanos legalmente reconocidos, desde la denominada trata de esclavos como un fenómeno universal practicado desde la antigüedad, transitando a la denominada trata de blancas, hasta la hoy identificada trata de personas.

La trata y el tráfico de personas son prácticas tan antiguas como la existencia misma del ser humano, que florecieron y se institucionalizaron a partir del siglo XV, cuyo carácter delictivo establecido en el siglo XX no las contuvo, y que desde la disolución del llamado *socialismo real* y el subsecuente imperio del *neoliberalismo* se han venido incrementando notoriamente en forma alarmante en todos los confines del planeta; más aún, recibieron un notorio impulso con las medidas tomadas al amparo de la *doctrina Busch* o de la *acción anticipada*.<sup>133</sup>

La trata de personas, a la que también se le identifica como tráfico de personas, toma múltiples formas que van desde la esclavitud, explotación laboral, uso de menores de edad en actividades delictivas, matrimonio forzoso, tráfico de órganos, hasta la que es objeto del presente estudio: explotación sexual en perjuicio de niñas, niños y adolescentes.

---

133 Hernández-Vela Salgado, Edmundo. *op. cit.* p. 4561.

En este sentido, la Convención sobre la esclavitud firmada en Ginebra, Suiza, el 25 de septiembre de 1926, en vigor a partir del 9 de marzo de 1927 y que actualmente 80 Estados de la comunidad mundial forman parte, misma que en diciembre de 1953 fue enmendada por el Protocolo suscrito en Nueva York, expone que La trata de esclavos comprende todo acto de captura, de adquisición o de cesión de un individuo, con miras a reducirlo a la esclavitud; cualquier acto de adquisición de un esclavo tendiente a su venta o cambio; cualquier acto de cesión por venta o cambio de un esclavo, adquirido con miras a su venta o cambio, y en general, cualquier acto de comercio o de transporte de esclavos.”<sup>134</sup>

Para algunos autores, la prohibición de la esclavitud constituyó el primer paso en el reconocimiento de los derechos humanos.<sup>135</sup> Cabe destacar que desde 1814 con el Tratado de París, se adujo tal explotación como un problema global que requería de cooperación, siguió entonces la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud.<sup>136</sup>

Sin embargo, tener instrumentos internacionales no representó el final de las prácticas de explotación, la esclavitud de los anteriores siglos sostenía un patrón de diferencia por razas, mas en la actualidad existe un término mediático cada vez más común, la esclavitud del siglo XXI<sup>137</sup> enfocado a la trata de personas.

Las posibilidades de considerar prácticas análogas a la esclavitud estriban en aspectos como el grado de control de la persona sobre sus pertenencias, su libertad de circulación, la existencia de consentimiento con conocimiento de causa y plena

---

134 Convención sobre la esclavitud, adoptada en Ginebra Suiza, el 25 de septiembre de 1926. Disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D23.pdf> consultado el 20 de noviembre de 2017.

135 O'Donnell, Daniel, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Colombia, OACNUDH, 2004, p. 242.

136 ONU. *Convención Suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud*. Adoptada por la Conferencia de Plenipotenciarios convocada el 30 de abril de 1956, firmada en Ginebra el 7 de septiembre de 1956, en vigor a partir del 30 de abril de 1957 con 123 Estados partes.

137 La esclavitud del siglo XXI representa un término construido a través de los medios de comunicación, tal y como se plasma en diversas notas periodísticas como la aquí presentada [https://elpais.com/internacional/2015/07/27/actualidad/1438033364\\_325813.html](https://elpais.com/internacional/2015/07/27/actualidad/1438033364_325813.html) por el diario El País de España.

comprensión de la naturaleza entre las partes,<sup>138</sup> circunstancias que merman los derechos inherentes al ser humano y hoy constituyen el delito denominado trata de personas.

Es necesario identificar tres caracterizaciones: la esclavitud perpetrada principalmente por motivos de raza, la trata de blancas, en referencia al tráfico de mujeres que pueden quedar en dicho estado a pesar de no ser de color y, actualmente la trata de personas, que incluye a todos los seres humanos explotados por los motivos expuestos anteriormente.

Al abundar sobre el tráfico de mujeres, denominado trata de blancas hasta hace algunos años que se han modificado legislaciones y concepciones alrededor del mundo con la intención de suprimir el término y en su lugar emplear el de trata de personas, tienen como antecedente la época de la conquista, cuando los españoles, tomaban botín de féminas, originando comercio sexual y los establecimientos para su ejercicio<sup>139</sup>, a su vez dejaron como consecuencia la consideración de las mujeres como objetos sexuales y así fueron traficadas durante el período colonial, especialmente las africanas y las indígenas fueron sacadas de sus lugares de origen y comerciadas como mano de obra, servidumbre o como objetos sexuales<sup>140</sup>

Así continuó durante todo el siglo XX, pero de forma más acentuada tras las guerras mundiales; había tráfico de personas y las víctimas eran ya las mujeres europeas, quienes intentaban huir del hambre y la guerra, pero eran presa de los traficantes detonando una conexión directa con el también antiguo fenómeno de la prostitución que a continuación abordaremos.

Teresa Ulloa sostiene:

- 
- 138 ONU, Subcomisión de Derechos Humanos, *Estudio actualizado sobre la aplicación y el seguimiento de convenciones sobre la esclavitud*. E/CN.4/Sub.2/2000/3
- 139 De la Torre Martínez, Carlos, *Prohibición de la esclavitud, el trabajo forzoso y la servidumbre*, disponible en <file:///C:/Users/miche/AppData/Local/Microsoft/Windows/INetCache/IE/PTBT18B5/15.pdf> consultado el 20 de noviembre de 2017.
- 140 Staff Wilson, Mariblanca, *Recorrido histórico sobre la trata de personas*, disponible en <http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/369/File/PDF/CentrodeReferencia/Temasdeanalisis2/violenciasyderechoshumanos/staff.pdf>, consultado el 5 de noviembre de 2017.

La historia registra la aparición de la prostitución en los tiempos de la Grecia y Roma antiguas y el argumento para justificar la existencia de la prostitución es la misma, su universalidad y su inevitabilidad, debido a la necesidad de satisfacer el deseo sexual masculino, que socialmente se justifica, normaliza y perpetúa como insaciable, instintivo e incontrolable.<sup>141</sup>

Desde esa visión que justifica la existencia de la prostitución, se constriñe en la trata de personas al cuerpo humano como objeto y materia de explotación, con un énfasis económico que capta mayoritariamente a mujeres y niños; esto de acuerdo a las estadísticas retomadas en la introducción. pero no son sólo cifras, sino violaciones de derechos que reclaman atención, protección y garantías de no repetición por parte de los Estados.

Señala al respecto Peris<sup>142</sup> que desde la Organización (ECPAT<sup>143</sup>) a la cual pertenece la Asociación Catalana para el Maltrato Infantil, afirmamos que la explotación de un solo niño ya es demasiado y que sabemos por nuestra experiencia en el terreno que el número de menores explotados no se limita a uno.

El delito no ha podido ser erradicado, pero ya cuenta con una concepción más amplia, relatada por Organización de las Naciones Unidas como “la captación, transporte, traslado, acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, puede involucrar un rapto, fraude, engaño o abuso de poder para quienes están en condición de vulnerabilidad, con fines de explotación.”<sup>144</sup>

La sociedad mundial ha mostrado enorme preocupación ante esta infame práctica, resulta inadmisibles el permitir la explotación del hombre sobre y hombre y llevarlo al comercio, siendo uniforme en considerar que atenta contra la dignidad del ser humano.

---

141 Ulloa Ziauriz, *La jurisdicción vs. La extraterritorialidad en los delitos en materia de trata de personas*, disponible en <https://es.scribd.com/document/230330467/Teresa-Ulloa> consultada el 20 de noviembre de 2017.

142 Op. Cit. Peris, Isabelle. p. 337.

143 Red Internacional de Lucha contra la Explotación Sexual Comercial de la Infancia y de la Adolescencia. ECPAT-International.

144 Retomado de Información Básica de Trata de Personas, disponible en [https://www.unicef.org/lac/Informacion\\_basica.pdf](https://www.unicef.org/lac/Informacion_basica.pdf) consultada el 18 de diciembre de 2017.

La dignidad constituye el principio fundamental que, resultado de los terribles daños ocasionados por la Segunda Guerra mundial, permitió que los Estados de la comunidad mundial con el propósito de protegerla mediante un instrumento internacional, convinieran el reconocimiento de los derechos humanos, proclamándose entonces, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la resolución 217A(III) de fecha 10 de diciembre de 1948.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos tiene como sustento primordial el principio de la dignidad humana, que desde su preámbulo expresa: 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 y reafirma en el primer artículo Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.<sup>145</sup>

Al respecto, Fabián Salvioli señala:

El concepto de derechos humanos irrumpe como una creación del derecho internacional desde la segunda mitad del siglo XX, llega a la vida de la comunidad internacional para quedarse, presenta la vigencia irrestricta de aquellos como objetivo a cumplir, y a su violación como motivo de denuncia primero y de reparación integral posterior.<sup>146</sup>

La dignidad para Recaséns Siches es “la calidad de fin en sí que corresponde al hombre, representa efectivamente el mínimo rigurosamente universal que se impone a todo sistema jurídico si ha de ser justo.<sup>147</sup> Dicho principio no es sólo una referencia, sino la base argumentativa de todos los derechos.

---

145 Véase Declaración Universal de los Derechos Humanos. Disponible en <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/> consultado el 19 de junio de 2017.

146 Salvioli, Fabián, *La universidad y la educación en el siglo XXI. Los derechos humanos como pilares de la nueva Reforma Universitaria*, Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 2009, p.p. 43 y 44.

147 En Veccio, Giorgio del, *Filosofía del derecho*, México, UTEHA, 1946, p. 352

Ahora bien, para lograr la consolidación de un Estado de Derecho, cuyo efecto será el mayor bienestar para cada persona, señala Carlos Báez dos necesidades primordiales: catálogo de derechos y una división del poder. En México nuestro catálogo es la Constitución Política, que reconoce en su conjunto las libertades de cada individuo, prohíbe la esclavitud, explotación y brinda una pauta para las leyes reglamentarias, por ejemplo, la encargada de atender las formas de castigar y erradicar la trata de personas. Por otra parte, existe una división del poder; toca al legislativo formular leyes para mantener el orden social, al ejecutivo llevar a cabo acciones y al judicial restablecerlas cuando sea necesario; sólo cuando comprendamos que debemos ver al individuo como un fin en sí mismo, concepto acuñado a la dignidad por Emmanuel Kant, nos encaminaremos a esa sociedad de derechos.

En el sistema jurídico Mexicano, la prohibición a la esclavitud y la protección en contra de todo tipo de discriminación se consagra por lo establecido en la Constitución Política, cuyos párrafos cuarto y quinto del artículo primero citan:

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.<sup>148</sup>

En cuanto a la implementación del reconocimiento a los derechos humanos en el sistema jurídico mexicano, se remonta de manera formal desde la perspectiva dogmática, al mes de junio de 2011, por efectos de la gran reforma constitucional de los derechos humanos.

148 Véase Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disponible en <http://ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/cn16.pdf>

Sin embargo, si bien es cierto que la implementación formal de los derechos humanos en México aparece en el texto constitucional a partir de junio de 2011, la protección de los derechos humanos se observaba desde la creación de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) en 1990, atendiendo el Estado Mexicano el tema como una prioridad y una necesidad tanto en el ámbito de su política interna, así como en el ámbito internacional.<sup>149</sup>

### La trata infantil en el marco del derecho internacional

La protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en la comunidad jurídica mundial, en realidad es de muy reciente aparición, en la mayoría de los países industrializados, en la segunda mitad del siglo XX, se empieza a tomar consciencia de la existencia de los niños y las niñas como grupo social. Se ponen en marcha políticas de infancia para evitar su explotación y desarrollar un sistema de bienestar social que incluya a la infancia y a la adolescencia como destinatarias.<sup>150</sup>

Refieren Fuentes Alcalá, González Contró, Padrón Innamorato y Tapia Nava:

Los avances realmente importantes, el gran salto cualitativo en relación con la forma de entender, analizar y ubicar en el contexto social más general a la población infantil, se empieza a producir muy recientemente (a partir del siglo XX), con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de manera extensiva, la Declaración Universal de los Derechos del Niño, y de manera más concreta con la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>151</sup>

Para enfocarnos en las acciones legales relativas en específico, a la trata de personas en el derecho internacional, objeto de estudio del presente trabajo, partimos de la Convención de los Derechos del niño adoptada por la Asamblea General de la

149 Cfr. Martínez Bullé-Goyri, Víctor M. *Reforma constitucional en materia de derechos humanos*, Boletín mexicano de derecho comparado, nueva serie, año XLIV, número 130, enero-abril 2011, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2011.

150 Op. Cit. Panchón Iglesias, Carme., p. 287.

151 Fuentes Alcalá, Mario Luis. González Contró, Mónica. Padrón Innamorato, Mauricio y Tapia Nava, Erika. *Conocimientos, ideas y representaciones acerca de niños, adolescentes y jóvenes. ¿Cambio o continuidad?. Encuesta Nacional de Niños, Adolescentes y Jóvenes*, Colección: *Los mexicanos vistos por sí mismos, los grandes temas nacionales*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2015, p. 29.

Organización de las Naciones Unidas, mediante la resolución 44/25 de fecha 20 de noviembre de 1989; en ella se fija que todas las medidas concernientes a niños deben atender al interés superior del mismo.

En el preámbulo de la Convención se pone de manifiesto que los niños en particular deben recibir protección y asistencia necesaria para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad, se reconoce además que el niño, “para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad amor y comprensión”.

En el artículo tercero fija obligaciones en protección de derechos de los niños, establece: Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.”<sup>152</sup>

De igual forma, comprometen la supervivencia y desarrollo. Abordan los traslados ilícitos al extranjero o retenciones, pero no resulta suficiente cuando jamás se habla abiertamente de la trata de infantes.

Sobre las implicaciones de este delito, retoma con mayor insistencia los casos de explotación económica por desempeño laboral nocivo para la salud. Sin embargo existen otras finalidades como la explotación sexual, prostitución forzada, pornografía, pedofilia o turismo sexual.<sup>153</sup>

Lo más cercano a un compromiso por atender esa problemática que involucra y lacera los derechos de miles de niños y niñas, es la expresión de los Estados en el artículo 39 que sostiene:

---

152 Véase Convención de los derechos de la niñez, disponible en [https://www.unicef.org/panama/spanish/convencion\(3\).pdf](https://www.unicef.org/panama/spanish/convencion(3).pdf) consultada el 10 de diciembre de 2017.

153 Consulte Información Básica sobre Trata de Personas, disponible en [https://www.unicef.org/lac/Informacion\\_basica.pdf](https://www.unicef.org/lac/Informacion_basica.pdf) consultado el 10 de septiembre de 2017.

...adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.<sup>154</sup>

A pesar del anuncio, falta aterrizar en acciones contundentes por parte de los Estados vinculados jurídicamente con la Convención, que permitan prioritariamente liberar a los niños y niñas que son explotados por bandas delincuenciales, posteriormente la atención que puedan recibir para combatir las afectaciones psicológicas, de no pensar en una estrategia integral de atención, será imposible cumplir con la reintegración de los pequeños.

Sin lugar a duda, la Convención se constituye como la referencia jurídica, política y social, de ámbito e impacto mundial para la protección del desarrollo y la dignidad de todos los niños (menores de 18 años) como sujetos portadores de derechos.

Un segundo instrumento internacional de importancia en el tema, es el Protocolo Facultativo, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía<sup>155</sup>, instrumento que cabe resaltar, se desprende de la Convención de los derechos del niño de 1989 y que en su artículo primero sostiene.

Los Estados Partes prohibirán la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil, de conformidad con lo dispuesto en el presente Protocolo.”<sup>156</sup> El análisis del referido instrumento internacional, en la forma en que se encuentra regulado, permite detectar desde nuestra óptica, algunas inconsistencias legales que consideramos deben ser revisadas y procurar su modificación, a continuación presentamos las siguientes reflexiones:

154 Op. Cit. Convención de los derechos de la niñez.

155 Para mayor información consulte el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D43.pdf> consultado el 10 de noviembre de 2017.

156 ídem

a) En el contenido del Protocolo se observa el uso de la expresión venta de niños que a la letra dice venta de niños se entiende todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución”.

El uso de la expresión venta de niños consideramos resulta incorrecta: los seres humanos no somos objeto de comercio. El Código Civil Federal (Mexicano) sostiene habrá compra-venta cuando uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho, y el otro a su vez se obliga a pagar por ellos un precio cierto y en dinero.<sup>157</sup>

Para poder hacer el contrato de compra-venta, es de exaltar, hay que ser titular de la propiedad de la cosa materia de la venta; un niño jamás será sujeto de ello, puesto que no es cosa ni tampoco es susceptible de venderse, en dichas condiciones, la expresión venta de niños resulta incorrecta, no se trata de una venta de niños, se trata de un acto ilícito cuyas víctimas son niñas, niños y adolescentes.

b) Otro de los términos refutables empleados en el protocolo es la prostitución infantil” al respecto se dice: “se entiende la utilización de un niño en actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución así también el concepto más común consistente en mantener relaciones sexuales a cambio de una compensación económica.<sup>158</sup>

La denominación la consideramos inapropiado dado que no encuadra con el abuso a un menor, toda vez que el provecho obtenido se traduce en un beneficio o dinero que no será para el pequeño, sino para quien lo explota.

Resulta primordial resaltar que la prostitución en adultos guarda una gran diferencia con la explotación de niñas y niños, pues en el último caso, no hay acuerdo, incluso están impedidos por la ley (por la incapacidad legal) para consentir dichos actos sexuales, detonando la ilegalidad de la práctica.

157 Véase Código Civil Federal, disponible en [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2\\_241213.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2_241213.pdf) consultado el 17 de diciembre de 2017.

158 Diccionario de la lengua española ed. 23°, Madrid, consultado el 21 de mayo de 2017.

La inexactitud de términos no es un tema menor; para combatir la trata sexual infantil es necesario definir de forma correcta el delito y por consiguiente las acciones para sancionar a los responsables y atender a las víctimas.

Por otra parte, de manera muy específica, el artículo octavo del protocolo enuncia el tratamiento en casos donde se involucran niños, que por la importancia para este trabajo se transcribe:

Los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para proteger en todas las fases del proceso penal los derechos e intereses de los niños víctimas de las prácticas prohibidas por el presente Protocolo y, en particular, deberán:

- a) Reconocer la vulnerabilidad de los niños víctimas y adaptar los procedimientos de forma que se reconozcan sus necesidades especiales, incluidas las necesidades especiales para declarar como testigos;
- b) Informar a los niños víctimas de sus derechos, su papel, el alcance, las fechas y la marcha de las actuaciones y la resolución de la causa;
- c) Autorizar la presentación y consideración de las opiniones, necesidades y preocupaciones de los niños víctimas en las actuaciones en que se vean afectados sus intereses personales, de una manera compatible con las normas procesales de la legislación nacional;
- d) Prestar la debida asistencia durante todo el proceso a los niños víctimas;
- e) Proteger debidamente la intimidad e identidad de los niños víctimas y adoptar medidas de conformidad con la legislación nacional para evitar la divulgación de información que pueda conducir a la identificación de esas víctimas;
- f) Velar por la seguridad de los niños víctimas, así como por la de sus familias y los testigos a su favor, frente a intimidaciones y represalias;

- g) Evitar las demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de las resoluciones o decretos por los que se conceda reparación a los niños víctimas.

Acerca de esos incisos conviene apuntar que es plausible fijar una amplia protección a la niñez, sin embargo en este siglo XXI donde luchamos en contra de esa vulnerabilidad hacia las mujeres, niños, homosexuales o aquellos quienes tengan alguna característica que los haga ser discriminados sería conveniente el repensar el uso de las expresiones, suprimir el calificativo de vulneración para transformarlo a una máxima protección que haga visibles sus derechos; actualmente hay términos que desde nuestra óptica pueden ser acciones afirmativas, entendiendo como tales:

Políticas que dan a un determinado grupo social, étnico, minoritario o que históricamente haya sufrido discriminación a causa de injusticias sociales, un trato preferencial en el acceso o distribución de ciertos recursos o servicios así como acceso a determinados bienes. Con el objeto de mejorar la calidad de vida de grupos desfavorecidos, y compensarlos por los perjuicios o la discriminación de la que fueron víctimas en el pasado.<sup>159</sup>

Al cambiar estos elementos fortalecemos la percepción de las nuevas generaciones hacia el respeto de todos los individuos que conformamos la sociedad, asimismo hacemos visibles los derechos de niñas, niños y adolescentes con el énfasis requerido, exaltando su interés superior para atender el grave problema de la trata de personas; en cambio, calificar como sector vulnerable a los niños, termina por crear una percepción general que hoy requiere ser atacada.

El artículo en revisión durante el inciso d hace mención de la debida asistencia durante todo el proceso a los niños víctimas; para la materialización de esta reglamentación es importante que los Estados desarrollen políticas continuas que propicien una adecuada capacitación en los operadores judiciales y de investigación.

---

159 Arámbula Reyes, Alma. *Acciones afirmativas, Servicios de Investigación y Análisis*, Subdirección de Política Exterior, Cámara de Diputados, 2008. Disponible en [www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spe/SPE-ISS-12-08.pdf](http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spe/SPE-ISS-12-08.pdf) consultado el 29 de diciembre de 2017.

Los incisos f y g nos llevan a la reflexión de que requerimos trabajar en la seguridad que se enuncia para las familias que resultan víctimas colaterales a fin de garantizar su tranquilidad, no debe perderse de vista que estuvieron expuestas a organizaciones criminales incluso internacionales.

El inciso g relata el momento de las sanciones, sin embargo no es la última parte en un proceso, pues debe atenderse la ejecución de las mismas para cumplir con la justicia pronta.

Al seguir los apartados específicos del protocolo, encontramos que no puede haber cumplimiento de una regulación desconocida por los habitantes sujetos a la misma, es necesario exponer las medidas preventivas para disminuir los casos de niños víctimas de trata, el artículo 9 retoma: Los Estados Partes adoptarán o reforzarán, aplicarán y darán publicidad a las leyes destinados a la prevención de los delitos a que se refiere el presente Protocolo con énfasis especial en la protección a la niñez.

En el marco del derecho internacional, tiene aplicación además la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional <sup>160</sup> que acompañada por el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños que considera la trata como una violación de los derechos humanos y contempla la protección de las víctimas, pero las disposiciones de carácter obligatorio son únicamente aquellas que afectan a la persecución del delito y a la cooperación internacional<sup>161</sup>.

Sin embargo todavía en el área de atención para quienes son rescatados de las redes de trata:

Los procedimientos de examen no obedecen con frecuencia a un enfoque basado en los derechos humanos y en ocasiones no respetan el derecho de las víctimas a la intimidad y la

160 Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, disponible en [http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ProtocolTraffickingInPersons\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ProtocolTraffickingInPersons_sp.pdf) consultado el 14 de noviembre de 2017.

161 Nuño Gómez, Laura. La trata de seres humanos con fines de explotación sexual: propuestas para un cambio de paradigma en la orientación de las políticas públicas, disponible en [researchgate.net/publication/31559](https://www.researchgate.net/publication/31559) consultado el 2 de noviembre de 2018.

confidencialidad, incluido el consentimiento voluntario en colaborar con las autoridades en el proceso de investigación. En algunos casos simplemente se trata a las víctimas como si fueran delincuentes.<sup>162</sup>

Como observamos, existen diversos ámbitos de participación para los Estados y es también instrumento internacionales relacionado con la explotación con énfasis laboral, el Convenio número 182 de la Organización Internacional del Trabajo de 1999 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su erradicación.

### **La trata infantil en el sistema jurídico mexicano**

En cuanto al sistema jurídico mexicano, la Constitución Política para los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo primero declara todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales...<sup>163</sup> subrayamos todas las personas, porque no se hacen diferencias de edad, tampoco de mejores o más importantes personas; al contrario, establecer la igualdad permite combatir con amplitud el flagelo de la trata, que como vimos en el marco histórico, surgió con una visión discriminadora; hoy ya no entendemos la trata como un problema exclusivo para mujeres, sino para cualquier persona quienes a su vez tienen exactamente los mismos derechos que todos los demás, aunque al hablar de menores de edad niñas, niños y adolescentes- establecemos otras medidas de protección amplia.

Por otra parte, el artículo cuarto Constitucional, por efecto de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 12 de octubre de 2011, se logra un avance significativo en el reconocimiento de los derechos de niñas, niños y adolescentes al implementarse la observancia del interés superior de la niñez, así como desde luego estableciendo el deber de garantizar plenamente el goce de sus derechos, textualmente dice lo siguiente:

---

162 Véase Informe sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños. A/64/290, del 12 de agosto de 2009.

163 Véase artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disponible en <https://www.juridicas.unam.mx/legislacion/ordenamiento/constitucion-politica-de-los-estados-unidos-mexicanos#10536> consultada el 2 de enero de 2018.

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

Gómez Tagle considera, de manera específica sobre el tema de investigación que:

En México, durante los años recientes, particularmente de 2004 a la fecha, existe un interés creciente por prevenir, atender y erradicar problemas asociados con la trata de seres humanos y la explotación sexual comercial, particularmente cuando la población víctimal es menor de 18 años, debido tanto a las situaciones de indefensión asociadas con la edad, como a la determinación de que no son la moral pública y las buenas costumbres los bienes jurídicamente tutelados los que se deben proteger, sino la dignidad, el interés superior de la niñez, la libertad e indemnidad sexuales y el libre desarrollo de la personalidad.<sup>164</sup>

La reforma constitucional de octubre de 2011 al artículo cuarto, provocó la creación de la Ley General de Niñas, niños y adolescentes, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 4 de diciembre de 2014; en el referido ordenamiento jurídico, al numerar los derechos que se reconocen y protegen a favor de niñas, niños y adolescentes, se hace la mención particular de entre otros, el Derecho a la Vida, a la Supervivencia y al Desarrollo que profundiza, las autoridades de los tres órdenes de gobierno, deben garantizar el desarrollo y prevenir conductas contra su supervivencia.

---

164 Gómez Tagle López, Erick, *op. cit.* p. 194.

Ahora bien, las condiciones de vida del menor de edad, serán en función de garantizarle una vida plena y con respeto a su dignidad. Es claro que los casos de vulneración se oponen al sano desarrollo.

Del contenido del artículo 16 de la referida ley se extrae Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a no ser privados de la vida bajo ninguna circunstancia, ni ser utilizados en conflictos armados o violentos.”

Pero ¿cómo cristalizarlo? La ley propone armonizaciones que brinden un marco de actuación para todos los gobiernos, desde los municipios o Estados, para los segundos aplica el reforzamiento de las policías de investigación que desmantelen las bandas, al respecto se reglamenta en el artículo 25 lo siguiente:

Artículo 25. Las leyes federales y de las entidades federativas contendrán disposiciones para prevenir y sancionar el traslado o retención ilícita de niñas, niños y adolescentes cuando se produzcan en violación de los derechos atribuidos individual o conjuntamente a las personas o instituciones que ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda y custodia, y preverán procedimientos expeditos para garantizar el ejercicio de esos derechos.

Como parte de esas acciones, al presentarse un caso, las autoridades están obligadas a coadyuvar con la localización, y recuperación del menor de edad, que deberá ser restituido de inmediato. En este sentido resultaría más viable actuar en cumplimiento al interés superior del menor antes de definir el regreso inmediato a su país de origen, donde las bandas delictivas pueden seguir operando, por eso enfatizamos, cumplir con el interés superior de la niñez, es determinar la opción más adecuada; luego deberá ser restituido su derecho a vivir en familia.

El sano desarrollo del que mucho se abunda cobra claridad en garantizar a los niños y niñas un medio ambiente sano y sustentable, y en condiciones que permitan su desarrollo, bienestar, crecimiento saludable y armonioso, tanto físico como mental, material, espiritual, ético, cultural y social”<sup>165</sup>. Asentando el derecho a vivir libres de violencia.

---

165 Véase Ley General Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes en [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGDNNA\\_230617.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGDNNA_230617.pdf) consultada el 12 de enero de 2018.

Durante la referencia que presenta la Ley, resalta que a las víctimas de delitos se aplica la Ley General de Víctimas con acciones de asistencia y protección para la reparación integral del daño.

Ya por cuanto a la interpretación de las normas en México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha abordado la trata como problema general que ha llevado a cuestionar ¿cuándo hay participación en la comisión del delito de trata?

Dicho delito tiene un alto grado de complejidad que generalmente lleva a la fragmentación de las actividades que debe llevar a cabo cada uno de los involucrados para lograr su realización, por lo que sería excesivo exigir que quede demostrado el beneficio que recibe cada participante para la acreditación del tipo penal, pues en la mayoría de los casos no se cuenta con la información para determinar esa circunstancia, sin que sea requisito acreditar el beneficio material específico que percibió cada activo involucrado en su realización.<sup>166</sup>

Por otra parte, el 14 de junio de 2012, fue publicada 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, el problema ya ha sido expuesto, por eso requería la atención legislativa, donde se define la reparación del daño:

entendida como la obligación del Estado y los Servidores Públicos 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, que entre otros incluye la garantía a la víctima y a la sociedad de que el crimen que se perpetró no volverá a ocurrir en el futuro, el derecho a la verdad que permita conocer lo que verdaderamente sucedió, la justicia que busca que los criminales paguen por lo que han hecho, y a la reparación integral<sup>167</sup>.

166 Tesis I. 1º74P 10 303/2016 a. Semanario Judicial de la Federación, Décima época, marzo de 2017, p. 10.

167 Para mayor información consulte 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, disponible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGPSEDMTP.pdf> consultada el 12 de enero de 2018.

Tales enunciados han sido necesarios, pero no suficientes, la atención a las niñas y niños víctimas de trata de personas, debe incluir un trato adecuado sin dar lugar a la revictimización, lo que representa una obligación de servidores públicos para evitar revictimizarlos.

Los intentos son relevantes pero subsisten deficiencias; en la ley mexicana la referencia a los casos donde se involucra a la infancia es mínima, se subraya el principio de interés superior de la infancia “Entendido como la 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, atendiendo a su protección integral y su desarrollo armónico.”

Pero no hay más detalles específicos sobre la erradicación, atención reparación del daño; exaltar un interés superior sin hacer referencias específicas a la problemática, a las afectaciones diferenciadas de rangos de edad e incluso por tipo de trata no abona en la resolución del problema.

### **Consideraciones finales**

Sin lugar a dudas, la trata de personas es un problema global que requiere atención inmediata por todos los Estados integrantes de la comunidad mundial, en pleno siglo XXI caracterizado por la sociedad de la información, por la sociedad del conocimiento, por el gran desarrollo de la ciencia y la tecnología, es inadmisibles que este tipo de perversas conductas persistan, más aún cuando el objetivo de las mismas involucran a niñas, niños y adolescentes.

Cada día la sociedad evoluciona, pero hay problemas antiguos que siguen sin ser resueltos, en el marco de un siglo XXI la sociedad tiene necesidades normativas que resuelvan problemáticas sociales y económicas.

Como parte de esa evolución hoy los adultos debemos comprender la existencia de los derechos de niñas, niños y adolescentes, estamos obligados a respetarlos, escucharlos e iniciar el verdadero tránsito de la visión de objetos en la que por siglos se les ha mantenido ubicados, para considerarlos y respetarlos como sujetos de derechos.

Al respecto, tenemos la irrenunciable obligación de cuidar la integridad física, la salud mental, la libertad y el adecuado desarrollo de todas las niñas, niños y adolescentes. Sus garantías individuales y derechos humanos tienen que estar por encima de cualquier interés económico o político. Postura en la cual convergen la criminología crítica, el garantismo y la sociología de la niñez.<sup>168</sup>

Nuestra legislación en el tema de los derechos de niñas, niños y adolescentes es modificada cuantitativamente, sin embargo, subsisten las necesidades cualitativas; México ha identificado el problema de la impunidad tanto en cifras oficiales como en percepción ciudadana, A pesar de este gran avance, resulta interesante observar la distancia existente entre la realidad jurídica y la realidad social<sup>169</sup> por eso debemos avanzar hacia nuevas estrategias para erradicar el problema de raíz, con prevención desde las familias.

En el campo de la regulación, cuando cualitativamente no hay avance, germina la impunidad, en sentido material se comete; no se materializa la norma jurídica y con todo ello, los derechos de niñas, niños y adolescentes quedan solamente en un discurso jurídico y político.

Un informe de la UNICEF da a conocer la ocurrencia de más de mil homicidios anuales en agravio a niños; faltan estrategias sobre la instrumentación legal. Desde 2004 el Informe del Secretario General de la ONU sobre la Violencia contra la Niñez, advirtió que México era considerado en ese momento uno de los países en que mayores tasas de violencia homicida se identificaron en el mundo. La situación no se ha modificado sustantivamente en las últimas fechas; y de hecho, los datos del INEGI confirman que la tendencia es creciente<sup>170</sup>

Por todo esto necesitamos que desde los primeros años de la vida de un ser humano, se le inculque el respeto a los demás y el respeto a la sexualidad, así como el respeto y la observancia de la dignidad del ser humano y de sus derechos humanos.

---

168 Gómez Tagle López, Erick. *op. cit.* p. 38.

169 Fuentes Alcalá, Mario Luis y otros. *op. cit.* p. 165.

170 *Idem.* p. 151.

México mantiene pendientes de implementar acciones ciertas, eficaces y precisas para combatir la trata de personas: incluirse alertas para las familias, informar a padres y madres para que conozcan los riesgos y focos rojos en los que pueden quedar expuestos sus hijos a las terribles prácticas de la trata, niñas, niño y adolescentes que cuenten con información que les permita defenderse ante la presentación del riesgo, generaciones de jóvenes mayores de 25 años que recuerden campañas como cuénteselo a quien más confianza le tengas y mucho ojo eh y las puedan nuevamente poner en marcha, así como diversas campañas preventivas que se difundan por medios de comunicación para brindar una protección de calidad; acciones todas que es deber directo de los gobiernos el implementarlas.

Pero si dicha acción que quizá no requiere de un gran esfuerzo no se ha cumplido, menos sucede con otros grandes retos como lograr que las niñas, niños y adolescentes víctimas de trata reciban una reintegración social y su plena recuperación física y psicológica.

Lo anterior exige reconocer la urgencia de construir una nueva plataforma para el cumplimiento universal de los derechos de los niños y los adolescentes, y con base en ello sentar las bases para un país de bienestar en el que la inclusión sea una posibilidad efectiva para todos. A pesar de las recientes e imprescindibles reformas del marco jurídico y la promulgación de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes lo que se requiere es que el Estado vuelque todos sus esfuerzos para garantizar su vigencia y pleno ejercicio.<sup>171</sup>

Los niños tienen un valor incalculable, representan el presente y el futuro de la sociedad, garantizan la permanencia como especie de la raza humana, pero ¿de qué sirve asegurar esa permanencia en el planeta cuando va llena de cicatrices que nunca sanan?

No podemos exigir a los gobiernos que busquen mejores condiciones de vida para los ciudadanos cuando nosotros no procuramos formar mejores personas para el futuro ya de por sí incierto.

---

171 *Idem.* p. 169.

La familia, la sociedad y el Estado son los responsables de que se observen, cumplan y respeten los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes, para con ellos nuestro deber es tratarlos con cariño, con respeto, con amor, de manera desinteresada y velando en todo momento por su desarrollo armónico e integral como personas.

Todas las aberraciones que se cometen contra la humanidad son doblemente indignantes cuando se dan en contra de un niño, debemos entender que aún podemos revertir todo el daño que hemos permitido contra nuestros infantes, ya lo dijo alguna vez Tom Robbins "nunca es demasiado tarde para tener una infancia feliz".

## Referencias

### Bibliográficas

Fuentes Alcalá, Mario Luis. González Contró, Mónica. Padrón Innamorato, Mauricio y Tapia Nava, Erika. *Conocimientos, ideas y representaciones acerca de niños, adolescentes y jóvenes. ¿Cambio o continuidad?*. Encuesta Nacional de Niños, Adolescentes y Jóvenes”, Colección: *Los mexicanos vistos por sí mismos, los grandes temas nacionales*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2015.

Gómez Tagle López, Erick, *Trata de Personas. Análisis criminológico, jurídico y social*, Ed. Mariel y el Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Criminológicas de la Universidad Autónoma del Estado de Tlaxcala, la Escuela de Argumentación Jurídica, el Consorcio Transdisciplinario de Investigaciones Secarsos y Asesoría de Diseños Informativos, México, 2015.

Hernández-Vela Salgado, Edmundo, *Enciclopedia de Relaciones Internacionales*, Tomo III E – O y Tomo IV P – Z, 7ª edición corregida, actualizada y aumentada, Editorial Porrúa, México, 2013.  
Martínez Bullé-Goyri, Víctor M. *Reforma constitucional en materia de derechos humanos*, Boletín mexicano de derecho comparado, nueva serie, año XLIV, número 130, enero-abril 2011, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2011.

O’Donnell, Daniel, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Colombia, OACNUDH, 2004.  
Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) *Global Report on trafficking in persons*, 2014, Nueva York: United Nations publication,  
Panchón Iglesias, Carme. *Maltrato Infantil*. En: Revetllat Ballesté, Isaac. Coordinador. *Derecho de la Persona. Acogimiento y adopción, discapacidad e incapacitación, filiación y reproducción asistida, personas mayores, responsabilidad penal de menores y otras cuestiones referidas a la persona como sujeto de derecho*. Ed. Bosch. España. 2011.

Peris, Isabelle. *Explotación sexual comercial de la infancia y de la adolescencia: contextualización y consideración legal*. En: Revetllat Ballesté, Isaac. Coordinador. *Derecho de la Persona. Acogimiento y adopción, discapacidad e incapacitación, filiación y reproducción asistida, personas mayores, responsabilidad penal de menores y otras cuestiones referidas a la persona como sujeto de derecho*, Ed. Bosch, España, 2011.

S. Kempe, Ruth y Kempe, C. Henry, *Niños maltratados*, 5ª edición, versión española de Alfredo Guera Miralles, Editorial Morata, Madrid, España, 1998.  
Salvioli, Fabián, *La universidad y la educación en el siglo XXI. Los derechos humanos como pilares de la nueva Reforma Universitaria*, Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 2009.

Veccio, Giorgio del, *Filosofía del derecho*, México, UTEHA, 1946.

## Normativas

Código Civil Federal, disponible en [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2\\_241213.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2_241213.pdf)  
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disponible en <http://ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/cn16.pdf>

Convención de los derechos de la niñez, disponible en [https://www.unicef.org/panama/spanish/convencion\(3\).pdf](https://www.unicef.org/panama/spanish/convencion(3).pdf)

Convención sobre la esclavitud, adoptada en Ginebra Suiza, el 25 de septiembre de 1926. Disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D23.pdf> consultado el 20 de noviembre de 2017.

Convención Suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones análogas a la esclavitud. Adoptada por la Conferencia de Plenipotenciarios convocada el 30 de abril de 1956.

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Disponible en <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes en [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGDNNA\\_230617.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGDNNA_230617.pdf)

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, disponible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGPSEDMTP.pdf>

Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D43.pdf>

Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, disponible en [http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ProtocolTraffickingInPersons\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ProtocolTraffickingInPersons_sp.pdf)

## Electrónicas

Arámbula Reyes, Alma. *Acciones afirmativas, Servicios de Investigación y Análisis*, Subdirección de Política Exterior, Cámara de Diputados, 2008. Disponible en [www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spe/SPE-ISS-12-08.pdf](http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spe/SPE-ISS-12-08.pdf)

Cuéntame INEGI , disponible en <http://cuentame.inegi.org.mx/monografias/informacion/mor/poblacion/comotu.aspx?tema=me>

De la Torre Martínez, Carlos, *Prohibición de la esclavitud, el trabajo forzado y la servidumbre*, disponible en <file:///C:/Users/miche/AppData/Local/Microsoft/Windows/INetCache/IE/PTBT18B5/15.pdf>

Hojas informativas sobre la protección de la infancia, disponible en [https://www.unicef.org/spanish/protection/files/La\\_trata.pdf](https://www.unicef.org/spanish/protection/files/La_trata.pdf)

La trata en cifras, disponible en [http://www.cali.gov.co/desepaz/publicaciones/1989/la\\_trata\\_de\\_personas\\_en\\_cifras/](http://www.cali.gov.co/desepaz/publicaciones/1989/la_trata_de_personas_en_cifras/)

La trata en cifras, disponible en [http://www.cali.gov.co/desepaz/publicaciones/1989/la\\_trata\\_de\\_personas\\_en\\_cifras/](http://www.cali.gov.co/desepaz/publicaciones/1989/la_trata_de_personas_en_cifras/)

Nuño Gómez, Laura. La trata de seres humanos con fines de explotación sexual: propuestas para un cambio de paradigma en la orientación de las políticas públicas, disponible en [researchgate.net/publication/31559](https://www.researchgate.net/publication/31559)

Reporte de la ASAHAC en publicaciones periodísticas, disponible en [http://www.milenio.com/tamaulipas/Mexico-segundo-victimas-trata-personas\\_0\\_127187771.html](http://www.milenio.com/tamaulipas/Mexico-segundo-victimas-trata-personas_0_127187771.html)

Staff Wilson, Mariblanca, *Recorrido histórico sobre la trata de personas*, disponible en <http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/369/File/PDF/CentrodeReferencia/Temasdeanalis2/violenciasyderechoshumanos/staff.pdf>

Subcomisión de Derechos Humanos, *Estudio actualizado sobre la aplicación y el seguimiento de convenciones sobre la esclavitud en E/CN.4/Sub.2/2000/3*

Ulloa, Teresa, *La jurisdicción vs. La extraterritorialidad en los delitos en materia de trata de personas*, disponible en <https://es.scribd.com/document/230330467/Teresa-Ulloa>

UNODC, Informe Trata de personas: delincuencia organizada y venta multimillonaria de personas, 2012, disponible en [https://www.unodc.org/unodc/es/frontpage/2012/July/human-trafficking\\_organized-crime-and-the-multibillion-dollar-sale-of-people.html](https://www.unodc.org/unodc/es/frontpage/2012/July/human-trafficking_organized-crime-and-the-multibillion-dollar-sale-of-people.html)



## ARMONIZACIÓN DE LEYES Y TEMAS JURIDICOS PENDIENTES PARA EVITAR LA REVICTIMIZACIÓN DE LOS FAMILIARES DE DESPARECIDOS

*Homo homini lupus.  
Plauto.*

**Lic. Ana Erika Santana González<sup>172</sup>**

**Resumen:** El presente ensayo presenta la necesidad de armonizar las normas jurídicas para evitar revictimizar a los familiares de desaparecidos, pues en el contexto actual, dadas las estructuras existentes, el ambiente es propicio para la generación de una doble victimización hacia dichos familiares.

**Palabras Clave:** Armonización, revictimización, familiares.

**Abstract:** *This essay presents the need to harmonize the legal norms to avoid revictimizing relatives of the disappeared, because in the current context, given the existing structures, the environment is conducive to the generation of a double victimization towards family sayings.*

**Key words:** *Harmonization, revictimization, relatives.*

Cuando el ser humano es vejado en sus derechos fundamentales y sujeto de violaciones atroces, las palabras adquieren otro significado uno más profundo,

---

172 Abogada litigante. Correo electrónico: erikasantanaabogada@gmail.com

uno que solo el que ha sufrido la violencia, el secuestro, la desaparición forzada u otros delitos atroces pueden comprender ya que ninguna ley realmente puede realizar la reparación del daño, las palabras terror, inseguridad, violencia, indolencia, corrupción, cohecho, incertidumbre, impotencia, injusticia, adquieren otra dimensión, te siembran los mismos huesos, adquieren un significado mas íntimo, profundo e indescriptible.

## **1. El Delito de Desaparición Forzada de Personas**

### *1.1. Consideraciones previas*

Los mecanismos internacionales de protección de derechos humanos se sustentan en dos grandes pilares, normas sustantivas y procesales, e instituciones.

Ahora, se analizará lo relativo a este delito.

Así, no es menester establecer que el delito de desaparición forzada de personas constituye una grave violación a los derechos humanos, que se utiliza como fórmula efectiva para reprimir a los opositores de un sistema político autoritario, por cuenta de estos, que para sus fines resulta muy efectivo, pues de inmediato se elimina al opositor, amén de su efecto disuasivo para los demás, que tiene un espectro amplio de afectación, pues no sólo se restringe al directamente afectado en su libertad y sus derechos, sino se afecta también a sus familiares, en un segundo momento, y en otro, a la sociedad en su conjunto.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue más allá al pronunciarse en el Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, al señalar: “...*La característica distintiva de la desaparición forzada de personas es que en este caso el Estado no solo priva de la libertad e incluso con frecuencia de la vida, sino que lo hace de forma clandestina, sin dejar rastro alguno, ni de la persona, ni su suerte. Y, lo más importante, sin que exista una posibilidad real de siquiera demostrar que la persona esta efectivamente desaparecida. Este es un delito específicamente diseñado para anular la protección de la ley y de las instituciones y para dejar a las víctimas en absoluto estado de indefensión.*”, lo que da cabal cuenta de lo antes expresado.

Hay tres importantes instrumentos tanto en el ámbito internacional como regional que buscan reprimir esta práctica delictiva, a saber:

- Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas;
- Estatuto de Roma de la Corte Internacional; y
- Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

A nivel nacional, el delito de desaparición forzada de personas se encuentra regulado en los artículos 215-A al 215-D del Código Penal Federal.

En este orden de ideas, se analizarán sus definiciones, la regulación de este delito en los ámbitos internacional y nacional, así como las diferencias o los puntos de coincidencia que pudiera haber en ambas regulaciones.

## *1.2. Definición del delito de desaparición forzada de personas*

### *1.2.1. Diversas definiciones*

En la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de las Naciones Unidas, se definió esta práctica delictiva como: *“Que se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que éstas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndolas así a la protección de la ley.”*, definición por demás ilustrativa, pues nos permite conocer qué conductas la integran y qué agentes y/o personas la pueden perpetrar.

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, a través de su Grupo de Trabajo, se suma a aquella definición que se nos proporciona en la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de las Naciones Unidas, y a partir de ella hace importantes puntualizaciones y adiciones, a saber:

- Que: *“...El Grupo de Trabajo no admite, por tanto, casos que se atribuyen a personas o grupos que no están comprendidos en esas categorías -agentes gubernamentales, particulares o grupos organizados, por ejemplo grupos paramilitares, que son grupos organizados que están armados, entrenados o apoyados por el ejército regular-, como los movimientos terroristas o insurgentes que combaten al Gobierno en su propio territorio, pero que no cuentan con el apoyo de un Estado. Esa distinción se basa en el principio de que los Estados tienen la obligación de investigar y sancionar los actos de naturaleza similar a las desapariciones forzadas cometidos por elementos que no sean agentes del Estado...”*, lo que implica una delimitación de los sujetos que pueden perpetrarlas dando a la definición de la que se parte, una mayor precisión;
  
- Que: *“...la sustracción de la víctima a la protección de la ley es una consecuencia del delito...”*, argumento de toral trascendencia, pues como enseguida se podrá apreciar, da lugar a extender las conductas que generan desaparición forzada de personas, en la definición de esta práctica delictiva;
  
- Que: *“...el Grupo de Trabajo considera que un acto de desaparición forzada puede iniciarse con una detención ilegal o con un arresto o detención inicialmente legal. Es decir, que la protección de la víctima contra la desaparición forzada debe resultar efectiva contra la privación de libertad, cualquiera que sea la forma que esta revista, y no limitarse a los casos de privación ilegal de libertad...”*, lo que desde luego es un aclaración pertinente, pues la ilegalidad o legalidad de la privación de la libertad no debe de ser trascendente, pues lo que importa es la sustracción de la víctima directa de la protección de la ley; y
  
- Que: *“...Por último, una detención seguida de una ejecución extrajudicial constituye una desaparición forzada en sentido propio, siempre que esa detención o privación de libertad la hayan realizado agentes gubernamentales, de cualquier sector o nivel, o grupos organizados o particulares que actúen en nombre o con el apoyo directo o indirecto del*

*Gobierno o con su consentimiento o aquiescencia y que, con posterioridad a la detención, o incluso después de haberse llevado a cabo la ejecución, se nieguen a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que el acto se haya cometido en absoluto.”*, lo que es congruente con la consecuencia del delito, la sustracción de la víctima directa de la protección de la ley.

Esta ampliación del concepto, merece ser estudiada e incluso incorporada a los instrumentos internacionales, en atención a la progresividad de la protección a los derechos humanos, y el combate de prácticas que tienen el mismo resultado que el actual delito de desaparición forzada de personas, abstraer a la víctima directa de la protección de la ley.

Amnistía Internacional, la define de la forma siguiente: *“Una desaparición forzada ocurre cuando una persona es detenida o secuestrada por el Estado o por agentes que actúan en su nombre, y luego se niega que la persona se encuentre detenida o se oculta su paradero, apartándola así de la protección de la ley.”*, la cual podemos apreciar resulta muy restringida.

### *1.2.2. Definición propia*

La desaparición forzada de personas consiste en el arresto, retención, detención o traslado, legal o ilegal, o que éstas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma, por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, así como una detención seguida de una ejecución extrajudicial, y que, con posterioridad a la detención, o incluso después de haberse llevado a cabo la ejecución, se nieguen, en todos los casos, a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que el acto se haya llevado a cabo en absoluto, o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndolas así a la protección de la ley.

### 1.3. Su tipificación

#### 1.3.1. Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

En su artículo 2, tipifica este delito, en los siguientes términos: “...se entenderá por “desaparición forzada” el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de la libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupo de personas que actúan con autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley.”.

Como podemos apreciar, el tipo no requiere de que la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de la libertad sea ilegal o legal, sino que basta que la misma sea por cuenta de agentes del Estado o de personas o grupos de éstas que actúen con autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida del ocultamiento de la víctima directa, o de su suerte o de su paradero, lo que conlleva sustraerla a la protección de la ley.

#### 2.3.2. Convención Interamericana sobre Desapariciones Forzadas Personas.

En su artículo II, señala: “...se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupo de personas que actúen con la autorización, apoyo, aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa de reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con la cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes”.

Estimo que este tipo penal limita la consecuencia del mismo, pues sólo la refiere respecto de derechos procesales, y no de la protección de la ley, que resulta más amplia.

### 1.3.3. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

En su artículo 7, “*Crímenes de lesa humanidad*”, lo que es de suma importancia para esta tesis, se establece que: “La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes:

“[...]

i) *Desaparición forzada de personas;*

[...]

*A los efectos del párrafo 1:*

[...]

i) *Por desaparición forzada de personas se entenderá la aprehensión, detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un periodo prolongado.”.*

La desaparición forzada de personas, se considera, de suyo, un crimen de lesa humanidad, determinación destacada, puesto que hace viable la competencia de la Corte Penal Internacional para la represión de esta clase de conductas, lo que acredita parte de la hipótesis de este trabajo, que se refiere a la posibilidad jurídica de la intervención de dicha Corte, derivada los casos habidos vinculados a la lucha en contra del narcotráfico emprendida por México a partir del 2006.

Otro aspecto que destaca de este tipo legal, es que no se refiere ya a agentes del Estado, sino a que la realice el Estado, lo que le da mayor amplitud a los sujetos que pueden perpetrar este ilícito penal, pues se refiere a todos aquellos individuos que lo componen, servidores públicos en general.

En sentido contrario, no se establece a los particulares o grupos organizados como perpetradores, sino a “*organizaciones políticas*”, lo que constriñe y hace imprecisa,

amén de compleja, la determinación de los sujetos que pueden perpetrar esta conducta delictiva, ya que organización política se define como: “...*la expresión institucional de una ideología o de un estado de conciencia del pueblo en torno a determinados asuntos públicos de interés general. Ésta se caracteriza por su capacidad de influir en el seno de la sociedad política.*”.

No obstante ello, la Corte Penal Internacional estableció que este delito puede ser perpetrado por organizaciones no estatales cuando éstas actúan ejerciendo un control efectivo sobre una población civil determinada que es a la vez el objeto del ataque, lo cual sería cierto si tales organizaciones constituyeran el gobierno de facto en tal lugar, sin interferencia alguna de la autoridad legítima y no fueran combatientes en contra de ese Estado, pues alcanzarían la cualidad de agentes del Estado al ejercer una función en términos de un gobierno de facto.

Un acierto de la descripción de la conducta prohibida, es la introducción del concepto intención, pues la intencionalidad es un elemento normativo clave para la conducta delictiva que nos ocupa, no así el concepto “*periodo prolongado*”, pues lo importante es la intencionalidad de sustraer a la víctima de la protección de la ley, no de manera momentánea, se está de acuerdo, pero tampoco de forma prolongada, pues tal imprecisión hace de difícil tipificación las conductas desplegadas por los activos.

En este sentido, es de tomarse en cuenta el criterio sostenido por nuestros tribunales federales en la tesis que enseguida se transcribe:

*Época: Décima*

*Registro: 2001634*

*Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito*

*Tipo de Tesis: Aislada*

*Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*

*Libro XII, Septiembre de 2012, Tomo 3*

*Materia(s): Constitucional*

*Tesis: VIII.2o.P.A.3 P (10a.)*

*Página: 1727*

**DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS. ANTE LA POSIBLE COMISIÓN DEL DELITO RELATIVO, NINGUNA AUTORIDAD PUEDE ESTABLECER QUE TRANSCURRIÓ UN DETERMINADO PLAZO PARA LOGRAR LA COMPARECENCIA DEL AGRAVIADO NI PARA PRACTICAR LAS DILIGENCIAS NECESARIAS AL EFECTO.-**

*De los artículos 12 de la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas y I a III y VII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, se advierte la obligación de los Estados y el correlativo derecho de la víctima a la denuncia e investigación efectiva, exhaustiva e imparcial sobre los hechos relacionados con la desaparición forzada, así como el que este delito es considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima, y que la acción penal correspondiente y la pena que se imponga judicialmente al responsable no estarán sujetas a prescripción. Consecuentemente, ante la posible comisión del mencionado delito, ninguna autoridad puede establecer que transcurrió un determinado plazo para lograr la comparecencia del agraviado ni para practicar las diligencias necesarias al efecto.”.*

**SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL OCTAVO CIRCUITO.**

*Incidente de suspensión (revisión) 38/2012. Agente del Ministerio Público de la Federación, adscrito a la Agencia Primera Investigadora, Mesa I, residente en Torreón, Coahuila de Zaragoza. 14 de junio de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Alfonso Soto Martínez. Secretario: José Luis Ruiz Sánchez.*

#### *2.4. Tipificación en el orden jurídico nacional.*

En el artículo 215-A del Código Penal Federal se determina al delito de desaparición forzada de personas como: “...Comete el delito de desaparición forzada de personas, el servidor público que, independientemente de que haya participado en la detención legal o ilegal de una o varias personas, propicie o mantenga dolosamente su ocultamiento bajo cualquier forma de detención.”

Como se puede apreciar, el tipo penal no está dirigido a los perpetradores de la privación de la libertad de la víctima directa, agentes del Estado o aquellos que actuaron con su aquiescencia, sino respecto de aquel o aquellos que propicien o mantengan de manera dolosa su ocultamiento bajo cualquier forma de detención, lo que constituye un grave desatino, y un incumplimiento de las convenciones alcanzadas en materia internacional por cuenta de México como Estado parte que es, y esta deficiencia, no evita que pueda darse el procesamiento de estos perpetradores excluidos, en el orden internacional.

En efecto, México ratificó a través de su Senado la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, el día 18 de marzo de 2008, y la entrada en vigor de ésta para nuestro País fue el día 23 de diciembre de 2010, según puede constatar en <https://www.scjn.gob.mx/libro/InstrumentosConvencion/PAG0899.pdf>.

Así las cosas, tal Convención pasó a formar parte del bloque de constitucionalidad, y en su artículo 6, a la letra establece:

*“...1. Los Estados Partes tomarán las medidas necesarias para considerar penalmente responsable **por lo menos:***

*a) A toda persona que **cometa**, ordene, o induzca a la comisión de **una desaparición forzada**, intente cometerla, sea cómplice o participe en la misma...”*

Es claro que quien comete, se entiende el que perpetra la privación de la libertad, también es alcanzado por el tipo penal.

Así mismo, México, a través de la ratificación de su Senado el 9 de abril de 2002, y su entrada en vigor el día 9 de mayo de 2002, adoptó la Convención Interamericana sobre Desapariciones Forzadas de Personas, ver <https://www.scjn.gob.mx/libro/InstrumentosConvencion/PAG0927.pdf>, misma que en su artículo I establece:

*“..Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a:  
[...]*

*b) Sancionar en el ámbito de su jurisdicción a los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de comisión del mismo;*

*[...]*

*d) Tomar las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de cualquier otra índole necesarias para cumplir con los compromisos asumidos en la presente Convención.”.*

Con toda evidencia, se trata de sancionar a todo partícipe de la conducta delictiva.

Por su parte, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que se ratificó por la Cámara de Senadores el 21 de junio de 2005, y su entrada en vigor se dio el día 1 de enero de 2006, .como puede corroborarse en la publicación del Diario Oficial del sábado 31 de diciembre de 2005, en su artículo 25 puede leerse:

#### “Responsabilidad penal individual

1. De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales.
2. Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto.
3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:
  - a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable;  
*[...]*
  - c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión;
  - d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común.  
*[...]*

4. Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional”.

Por tanto, la exclusión de los perpetradores de la desaparición forzada de personas, en su momento de privación de la libertad, es un incumplimiento a compromisos internacionales que responsabiliza al Estado Mexicano conforme al derecho internacional, y no impide el procesamiento de tales perpetradores por la Corte Penal Internacional, circunstancia también trascendente para esta tesis, dado que hace viable la intervención de dicha Corte.

Sobre este particular, se pronuncia Ángel Alonso Trujillo, en su artículo titulado “*La desaparición forzada de personas y sus implicaciones dogmáticas*”, al señalar: “...*La descripción típica que se desprende del artículo 215-A del Código Penal Federal no se ajusta a los estándares internacionales, no incluye a las formas de participación que contiene el Artículo II de la Convención Internacional contra la Desaparición Forzada de Personas, pues sólo considera como sujetos activos a quienes tengan la calidad especial de servidor público.*”

*En el caso de México al limitar los ámbitos de responsabilidad penal para sujetos que intervienen en la cadena delictuosa, genera impunidad, entendida esta como la no sanción de las conductas antisociales y, por supuesto que también como la negación del Derecho y del propio orden jurídico representado por la voluntad general...”*

Otra deficiencia que puede percibirse en el tipo penal en comento, es que sólo se refiere al ocultamiento de la víctima, pero no al ocultamiento de “*información sobre la suerte o el paradero de esas personas*”, que desde luego es una expresión más que lleva a alcanzar la consecuencia del delito, que lo es la sustracción de la víctima directa de la protección de la ley.

## *1.5. Elementos*

Sin importar el instrumento o la ley de que se trate, encontramos que son elementos comunes de este delito, los siguientes:

- La privación de la libertad, sin importar o trascender que provenga de la ejecución de un hecho lícito o ilícito;
- La participación del Estado directa o mediante anuencia;
- El ocultamiento de la víctima directa o información respecto a ella (en el caso del Código Penal Federal, bajo los criterios interpretativos de nuestros tribunales federales);
- La coparticipación (excluido en el Código Penal Federal los perpetradores de la privación de la libertad);
- La intencionalidad.

### *1.5.1. La privación de la libertad*

No es trascendente que la privación de la libertad de la víctima directa del delito de desaparición forzada de personas provenga de retención, detención, arresto o aseguramiento, formas legales, o de plagio o secuestro, formas ilegales, pues la mera privación de la libertad de la víctima directa siempre será un elemento típico e indispensable del delito de desaparición forzada de personas.

Esto es así, pues no es importante que la privación de la libertad de la víctima inmediata o directa, provenga de un acto lícito o un hecho ilícito, sino que tal privación esté seguida del ocultamiento de la víctima, o del ocultamiento de información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de sustraerla de la protección de la ley, que es la finalidad de este delito.

Por tanto, no importa que en la retención, detención, el arresto o aseguramiento de la víctima directa, se hayan observado las formalidades que requiere la ley para el efecto, es decir, se trate de una acción legal del Estado, pues lo importante o lo que trasciende como el delito que nos ocupa, son las conductas concatenadas que le siguen.

*1.5.2. La participación directa del Estado o mediante su anuencia.*

Constituye un elemento característico de este delito.

Será directa, cuando sean agentes del Estado, cualquiera que sea su denominación, policías, agentes del ministerio público, fiscales, elementos de las fuerzas armadas, ejército y armada, etcétera, basta que sean “*servidores públicos*”.

Tal circunstancia puede inferirse del criterio sustentado por nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación, al establecer la siguiente jurisprudencia:

*Época: Novena*

*Registro: 180652*

*Instancia: Pleno*

*Tipo de Tesis: Jurisprudencia*

*Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*

*Tomo XX, Septiembre de 2004*

*Materia(s): Constitucional, Penal*

*Tesis: P./J. 86/2004*

*Página: 1121*

**DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS. LA RESERVA EXPRESA FORMULADA POR EL GOBIERNO MEXICANO AL ARTÍCULO IX DE LA CONVENCION INTERAMERICANA DE BELÉM, BRASIL PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION EL 6 DE MAYO DE 2002, NO CAUSA AFECTACION ALGUNA AL DISTRITO FEDERAL.-** *La reserva formulada por el Gobierno Mexicano al artículo IX de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en la ciudad de Belém, Brasil, el 9 de junio de 1994, que impide que los militares que cometan el delito de desaparición forzada de personas sean juzgados por los tribunales ordinarios en los términos de ese numeral, no causa afectación alguna al Distrito Federal, pues las disposiciones del Código Penal de dicha entidad, tratándose de ese ilícito, no podrían, en ningún caso, aplicarse a los militares aun cuando no se hubiera formulado la reserva. Ello, porque el delito de desaparición forzada de personas previsto*

*en el artículo 168 del Nuevo Código Penal del Distrito Federal, contempla como sujetos activos a los servidores públicos del Distrito Federal, entre los que no se encuentran incluidos los miembros de las instituciones militares, por formar parte de la administración pública federal centralizada, y ser servidores públicos federales.”*

*Controversia constitucional 33/2002. Jefe de Gobierno del Distrito Federal. 29 de junio de 2004. Unanimidad de nueve votos. Ausente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretaria: Martha Elba Hurtado Ferrer.*

*El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy treinta y uno de agosto en curso, aprobó, con el número 86/2004, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a treinta y uno de agosto de dos mil cuatro.*

Es indirecta, mediante su anuencia, cuando los perpetradores sin ser servidores públicos, cuentan con la autorización, apoyo o aquiescencia del Estado, todo lo cual se puede manifestar de muy diversas formas, verbigracia, cuando los agentes del Estado se retiran del sitio en donde será llevada a cabo la privación de la libertad de la víctima directa y/o producen las condiciones para que la misma puede llevarse adelante sin la intervención de las autoridades, por cuenta de los particulares que cuentan con su anuencia, o cuando pudiendo haber evitado la privación de la libertad de la víctima directa por haber conocido e intervenido en los hechos con la intención primaria de detener a los perpetradores, los agentes del Estado permiten a estos irse de lugar con la víctima directa una vez que se identifican o de recibir instrucciones de su mando.

*1.5.3. El ocultamiento de la víctima directa o información respecto a ella (en el caso del Código Penal Federal, bajo los criterios interpretativos de nuestros tribunales federales).*

Este elemento substancial, se manifiesta no sólo con el ocultamiento de la víctima directa, mismo que puede estar a cargo o no de los agentes del Estado, pues puede estar ya llevándose a cabo por persona o personas que actúan con su autorización, apoyo o aquiescencia, sino también con la falta de información respecto de ella, esto si por cuenta de agentes del Estado que, por razón natural, son aquellos a los

cuales accederían las víctimas indirectas o secundarias, como lo son los familiares de la víctima directa.

La falta de información respecto de la víctima directa puede ser de dos formas distintas, por no dar información sobre la suerte de ella, como puede ser la entrega a persona o personas que actúan con su autorización, apoyo o aquiescencia para su ocultamiento o para perpetrar su muerte, o negar información del paradero de tal víctima directa, como su localización en cárceles clandestinas, o en instalaciones policiacas o militares sin acceso al público o con acceso controlado, o en inmuebles controlados por persona o personas que actúan con su autorización, apoyo o aquiescencia.

La falta de información es claro responde a la actuación en favor de la víctima directa por cuenta de personas vinculadas de una u otra forma con ésta, y puede tener un carácter extrajudicial o judicial, como lo sería la promoción de alguna acción legal para obtener tal información, en nuestro orden jurídico, la promoción de un juicio de amparo en favor de la víctima.

Se dice substancial este elemento, pues es la fórmula precisa bajo la cual se le sustrae de la protección de la ley a la víctima directa, que es la finalidad del delito en estudio.

#### *2.5.4. La coparticipación (excluido en el Código Penal Federal los perpetradores de la privación de la libertad).*

Las conductas desplegadas para agotar el tipo penal de desaparición forzada de personas, por su complejidad, requiere de la participación activa o pasiva de diversas personas, pero todas tienen en común la intención de que la víctima directa sea sustraída de la protección de la ley, por lo que su participación en cualesquier fase, en mi concepto, es necesaria para la integración del delito.

En efecto, para poder sustraer de la protección de la ley a una víctima directa del delito de desaparición forzada de personas, es imprescindible privarla de la libertad, para evitar su movilidad y el acceso inmediato de éste a los instrumentos

jurídicos y/o instituciones creados para darle protección material y jurídica, pero también lo es que se le oculte, o no se informe sobre su suerte o paradero, pues con ello se evita que personas vinculadas con ésta, puedan traerlo a la protección de la ley, mediante la promoción de aquellos mecanismos jurídicos creados para tal fin.

#### *1.5.5. La intencionalidad*

Este elemento es indispensable para agotar el tipo, pues en cada conducta desplegada por los activos que de una forma u otra intervienen, con acciones u abstenciones deliberadas, deben de tener siempre la intención común de sustraer a la víctima de la protección de la ley.

Sin este elemento no estaríamos ante el delito que nos ocupa, pues la finalidad perseguida por los activos sería distinta a la que informa a este delito, que lo es la sustracción de la víctima de a la protección de la ley, sea para disponer de su libertad, sea para disponer de su vida.

#### *1.6. Efectos del delito*

Es preciso puntualizar los efectos de este delito, para comprender el por qué se considera de lesa humanidad.

En este orden de ideas, se establece que la víctima directa de la desaparición forzada de personas, queda plenamente imposibilitada para ejercer sus derechos, sea por sí o a través de otra persona, ya que no sólo se le priva de sus derechos frente a la acción del Estado, cuando la privación de la libertad deviene de un acto ilegal, sino también respecto de la detención legal, pero que se sigue de los hechos que conforman la desaparición forzada de personas, su ocultación material y/o negación de noticias respecto a su suerte o de su paradero, pues el Estado obligado a darle seguridad material y jurídica, obra en contra de tal supuesto y puede, por sí o mediante persona o personas que actúan con su autorización, apoyo o aquiescencia, ilegalmente privarlo o cooperar para hacerlo, de su libertad, con el ánimo en todos los casos, de negarle toda seguridad jurídica, amén de afectar su libertad personal, de la cual también es garante.

Así, el Estado, en un momento, abandona su propósito esencial, y mediante hechos que se desarrollan con posterioridad a la privación legal de la libertad del sujeto pasivo, lo sustrae, por sí o a través de terceros que actúan con su autorización, apoyo o aquiescencia, de la protección de ley, ocultándolo, y negando información respecto de su suerte o su paradero, o en otro, de inicio, con el mismo propósito, de manera ilegal lo priva de la libertad a través de sus agentes o con su autorización, apoyo o aquiescencia lo llevan a cabo terceros, para ocultarlo y/o negar información sobre su suerte o paradero.

Así, se está ante un Estado que no sólo renuncia a su tarea esencial, brindar seguridad a las personas, sino que tuerce su sentido y lo desprotege de manera intencional de sus derechos, haciéndolos víctimas, y dando paso, en la mayoría de los casos, a que se produzca su muerte y el ocultamiento de sus restos, lo que es de suyo deplorable, participando de manera activa, mediante hechos y omisiones deliberadas.

A esto, hay que añadir que se generan víctimas indirectas o secundarias, los familiares y la sociedad a que se pertenece.

En efecto, los familiares sufren la desaparición de su ser querido y de la falta de noticias sobre su suerte o paradero, lo que les genera sufrimiento y otros sentimientos desfavorables.

La sociedad, se afecta porque sabe y/o percibe, que su propio Estado victima a sus integrantes, perdiendo confianza en sus instituciones y buscando soluciones alternativas a aquello que la afecta, que no siempre son de carácter legal.

En el ámbito internacional, para dar cuenta de tal afectación, basta con traer a colación parte de la proclama de la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de las Naciones Unidas, que a la letra establece:

## **“DECLARACIÓN SOBRE LA PROTECCIÓN DE TODAS LAS PERSONAS CONTRA LA DESAPARICIONES FORZADAS**

[...]

*La Asamblea General,*

*Considerando que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y otros instrumentos internacionales, el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables es el fundamento de la libertad, la justicia y la paz en el mundo,*

*Teniendo presente la obligación impuesta a los Estados por la Carta, en particular por el Artículo 55, de promover el respeto universal y efectivo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales,*

*Profundamente preocupada por el hecho de que en muchos países, con frecuencia de manera persistente, se produzcan desapariciones forzadas, es decir, que se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que éstas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndolas así a la protección de la ley,*

*Considerando que las desapariciones forzadas afectan los valores más profundos de toda sociedad respetuosa de la primacía del derecho, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, y que su práctica sistemática representa un crimen de lesa humanidad...”*

## **2. Reflexiones finales**

En nuestra actual sociedad en descomposición, nos hemos obligado a elaborar mas leyes para regular conductas antes casi inexistentes, estas conductas atroces afectan directamente el entorno de las víctimas del delito y de sus familiares en los casos de secuestro y desaparición forzada, no solamente se afecta a la persona desaparecida, a quien se niega toda posibilidad de ejercer cualquier derecho, sino que se sobre victimiza a sus familiares que sufren no sólo los efectos psicológicos, sino el grave impacto en su entorno económico y social con arias de la desaparición.

Es imperativo, considerar el tremendo efecto de la proliferación de la delincuencia organizada como factor que influye actualmente en todos los sectores de la vida en sociedad. Los grupos criminales ven ahora y desde hace más de 10 años como otra fuente de ingresos el secuestro con el fin de privarla de la vida y desaparecer sus restos mortales de diversas formas a esto ahora se le conoce y está tipificado como desaparición forzada por particular.

En los supuestos anteriormente descritos, cuando se tiene la plena certeza de las causas de la desaparición de la persona, y por ende la fuerte presunción de su fallecimiento, con la misma e incluso mayor certeza que en caso de un siniestro o catástrofe natural, la ley vigente remite a los familiares de las víctimas de estas modalidades de secuestro a la regla general para la declaración de ausencia y posterior presunción de muerte.

En este sentido, se advierte la necesidad de proteger a los deudos y familiares, otorgando más seguridad jurídica respecto de los bienes, derechos y obligaciones del desaparecido.

La familia y los amigos de las personas desaparecidas sufren una angustia mental lenta, ignorando si la víctima vive aún y, de ser así, dónde se encuentra recluida, en qué condiciones y cuál es su estado de salud. Además, conscientes de que ellos también están amenazados, saben que pueden correr la misma suerte y que el mero hecho de indagar la verdad tal vez les exponga a un peligro aún mayor. Por eso en su mayoría huyen, convirtiéndose en familias desplazadas. Viéndose revictimizados en muchos aspectos.

A pesar de los tratados internacionales en materia de derechos humanos sobre desaparición forzada, la ley de víctimas, de la nueva ley de desaparición forzada en México aun quedan muchos pendientes jurídicos por resolver, multiplica leyes y reglamentos que armonizar para que la letra de las leyes anteriormente mencionadas pueden ser implementadas.

No se puede hablar de una reparación del daño plena, o parcial cuando la familia del desaparecido sufre múltiples revictimizaciones, independientemente del acto

una familia presenta múltiples problemas además de los morales y emocionales, también están los económicos y jurídicos.

Por otra parte, con relación a la desaparición de personas, es necesario destacar que el 9 de junio de 1994 se suscribió en Belem do Pará, Brasil, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, suscrita por México el 4 de mayo de 2001.

En su artículo primero, la convención señala entre otras obligaciones en que incurren los países signantes de la convención, la de tomar las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de cualquier otra índole necesarias para cumplir con los compromisos asumidos en la presente Convención.

Con base en ello, se publicó el 1º de junio de 2001, una adición al Código Penal Federal, el Capítulo III Bis denominado “Desaparición Forzada de Personas”, con los artículos 215-A, 215-B, 215-C y 215-D, que disponen:

Artículo 215-A.- Comete el delito de desaparición forzada de personas, el servidor público que, independientemente de que haya participado en la detención legal o ilegal de una o varias personas, propicie o mantenga dolosamente su ocultamiento bajo cualquier forma de detención.

Artículo 215-B.- A quien cometa el delito de desaparición forzada de personas se le impondrá una pena de cinco a cuarenta años de prisión.

Si la víctima fuere liberada espontáneamente dentro de los tres días siguientes a su detención la pena será de ocho meses a cuatro años de prisión, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos.

Si la liberación ocurriera dentro de los diez días siguientes a su detención, la pena aplicable será de dos a ocho años de prisión, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismo delitos.

Estas penas podrán ser disminuidas hasta una tercera parte en beneficio de aquel que hubiere participado en la comisión del delito, cuando suministre información que permita esclarecer los hechos, y hasta en una mitad, cuando contribuya a lograr la aparición con vida de la víctima.

Artículo 215-C.- Al servidor Público que haya sido condenado por el delito de desaparición forzada de personas, además se le destituirá del cargo y se le inhabilitará de uno a veinte años para desempeñar cualquier cargo, comisión o empleo públicos.

No obstante lo anterior, la forma en que se encuentra tipificado el delito de desaparición forzada adolece de diversos elementos, por lo que el ejecutivo federal ha formulado y presentado ante esta Soberanía ya una iniciativa al respecto, que fue recibida el 22 de octubre de 2013.

No obstante, dicho instrumento no hace referencia al estatus jurídico de la persona sustraída por lo que hace a su personalidad y representación, esto es, el estatus jurídico de la víctima y el rol de sus familiares.

Sin embargo, la Convención Internacional para la Protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre del 2006 y suscrita por México el 6 de febrero de 2007, coincide en términos generales con los elementos típicos descritos por la Convención Americana.

Cobra especial relevancia lo dispuesto por el artículo 24 de la convención respecto de las víctimas de delito de desaparición forzada:

1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por “víctima” la persona desaparecida y toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de una desaparición forzada.

...

6. Sin perjuicio de la obligación de continuar con la investigación hasta establecer la suerte de la persona desaparecida, cada Estado Parte

adoptará las disposiciones apropiadas en relación con la situación legal de las personas desaparecidas cuya suerte no haya sido esclarecida y de sus allegados, en ámbitos tales como la protección social, las cuestiones económicas, el derecho de familia y los derechos de propiedad.

A este respecto, resulta relevante señalar que la Ley General de Víctimas contempla estos y otros derechos de las víctimas en general. No obstante, específicamente por lo que se refiere a las víctimas de desaparición, en su artículo 21 dispone:

Artículo 21. El Estado, a través de las autoridades respectivas, tiene la obligación de iniciar, de inmediato y tan pronto como se haga de su conocimiento, todas las diligencias a su alcance para determinar el paradero de las personas desaparecidas. Toda víctima de desaparición tiene derecho a que las autoridades desplieguen las acciones pertinentes para su protección con el objetivo de preservar, al máximo posible, su vida y su integridad física y psicológica.

Esto incluye la instrumentación de protocolos de búsqueda conforme a la legislación aplicable y los Tratados Internacionales de los que México sea Parte.

....

....

....

....

....

Con independencia de los derechos previstos en esta Ley, el reconocimiento de la personalidad jurídica de las víctimas de desaparición de personas y el procedimiento para conocer y resolver de las acciones judiciales de declaración especial de ausencia por desaparición se sujetarán a lo que dispongan las leyes aplicables, a fin de que las víctimas indirectas ejerzan de manera expedita los derechos patrimoniales y familiares del ausente para salvaguardar los intereses esenciales del núcleo familiar.

Éste último párrafo fue adicionado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 3 de mayo de 2013, y sentó la obligación, de conformidad con su artículo segundo transitorio, de que el Congreso de la Unión, las legislaturas locales y la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, realizaran las adecuaciones a la legislación que corresponda en el plazo de un año, el cual se venció el 3 de mayo de este año, sin que la mayoría de las entidades federativas, ni el Congreso de la Unión, hayan realizado las adecuaciones respectivas, salvo el honroso caso del Estado de Coahuila.

Por otra parte, el Grupo de Trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias, dependiente del Consejo de Derechos Humanos de la ONU visitó el país del 18 al 31 de marzo de 2011, que derivó en el informe de fecha 20 de diciembre de 2011, mediante el cual se reconoce el esfuerzo de nuestro país en la materia, así como las dificultades que plantean la compleja situación en materia de seguridad pública prevaleciente en el país.

Finalmente, formula una serie de recomendaciones, que abarcan desde la prevención, investigación, sanción y reparación de las víctimas de desapariciones forzadas, hasta la protección de grupos en situación de especial vulnerabilidad.

Entre estas recomendaciones cabe destacar aquellas que se refieren al marco legislativo, a saber:

86. El Grupo de Trabajo recomienda que se garantice que el delito de desaparición forzada sea incluido en los Códigos Penales de todas las entidades federativas y que a la brevedad se apruebe una ley general sobre las desapariciones forzadas o involuntarias. Dicha ley general debería definir la desaparición forzada como un delito autónomo; crear un procedimiento específico de búsqueda de la persona desaparecida con la participación de los familiares de las víctimas; establecer un registro nacional de personas desaparecidas forzosamente que garantice que los familiares, abogados, defensores de los derechos humanos y cualquier otra persona interesada tenga pleno acceso a este registro; permitir la declaración de ausencia como consecuencia de la desaparición forzada; asegurar la plena protección

y apoyo de los familiares de las personas desaparecidas y de los testigos; y garantizar el derecho a la reparación integral.

Por otra parte, el Consejo de Derechos Humanos, durante su 21º período de sesiones, aprobó una resolución en materia de desapariciones forzadas o involuntarias, con fecha 9 de octubre de 2012, que entre otras cosas, insta a los Estados a que:

k) Adopten medidas apropiadas para abordar la incertidumbre jurídica en la legislación nacional respecto de la ausencia de la persona desaparecida que afecta a sus familiares y parientes más próximos y a otras personas relacionadas con ella, entre otras cosas considerando la posibilidad de establecer un sistema de expedición de declaraciones de ausencia como consecuencia de la desaparición forzada;

Como hemos observado, nuestro país ha ido avanzando poco a poco en el cumplimiento de las obligaciones que le imponen los tratados internacionales, tanto del sistema universal como del sistema interamericano, para la sanción e investigación de la desaparición forzada.

Queda claro que la atención a este problema ha sido desde la perspectiva de investigar y sancionar la comisión de los delitos de desaparición forzada de personas, por lo que aún hace falta llevar a cabo la adecuación diversos cuerpos normativos que hagan posible el ejercicio de los derechos de las víctimas, incluyendo los patrimoniales.

Es de justicia elemental abordar el combate a este ilícito desde la perspectiva que se refiere a los derechos de las víctimas del mismo, refiriéndonos tanto a las directas como a las indirectas.

La Ley General de Víctimas ya atiende una serie de necesidades de las víctimas de delito de manera integral, y de las víctimas de desaparición forzada en lo particular.

No obstante lo anterior, queda pendiente la asignatura referente a la protección de los derechos patrimoniales, familiares, laborales y de seguridad social, que la última reforma a la referida Ley General de Víctimas dejó pendiente.

El hecho delictivo afecta el entorno familiar de manera integral, por lo que si bien lo más importante es la búsqueda y localización de la persona sustraída, también lo es proteger a sus familiares de la doble victimización que implica el estatus de desaparecido, que les impide jurídicamente ejercer los derechos ya mencionados, toda vez que ante la ausencia del titular de los derechos, la legislación civil sólo les permite ejercer una gestión de negocios en calidad de representantes del ausente, salvo que hubiera un apoderado general.

Asimismo, en tanto no haya la certeza de la muerte, la ley únicamente les permite ejercer la acción de declaración de ausencia pasados dos años y la presunción de muerte pasados seis años de la desaparición.

La ausencia sirve para designar la situación jurídica de una persona que ha desaparecido de su domicilio y cuya existencia se duda.

Es una institución jurídica heredada de la tradición romano germánica que tiene por objeto dotar de certeza jurídica a los familiares y acreedores de un individuo que se ausenta de su lugar de residencia habitual, sin que se tenga noticia de su paradero para permitir la salvaguarda del patrimonio del ausente, la protección de sus acreedores, el cuidado de sus hijos menores y los derechos de su cónyuge, etcétera.

En el caso particular de la modalidad de secuestro con desaparición, así como la desaparición forzada, no solamente se daña a la víctima, sino que sus efectos negativos se prolongan en el tiempo debido a que la incertidumbre continúa afectando a sus deudos por un periodo de tiempo prolongado.

La falta de seguridad jurídica no solamente limita la posibilidad de disponer de los bienes del ausente, sino que afecta la posibilidad de los deudos de ejercer derechos en materia de salud, seguridad social, cobro de seguros y otros tantos

que permitan garantizar a tiempo el sustento y el acceso a los servicios necesarios para un adecuado desarrollo social.

Sin embargo, la declaración de ausencia por desaparición reviste numerosas particularidades que la diferencian de la declaración de ausencia en lo general, en principio por el conocimiento de la causa de la desaparición, que hace innecesario e inconveniente esperar un lapso tan grande de tiempo para poder ejercitar esta acción.



## LA INSUFICIENCIA LEGISLATIVA EN LA REPARACIÓN A LAS VIOLACIONES A DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO MEXICANO

*M. en D. Angélica Anaer Salazar Rodríguez<sup>173</sup>*

**Resumen:** en nuestro sistema jurídico mexicano se da la ausencia de disposición legal existente, que instaure la instrumentación de las garantías relativas a “prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos”, puede aplicarse directamente el texto constitucional, a efecto de no hacer nugatorios derechos garantizados por la propia Constitución, lo cual implica, “tomar en serio” los derechos (y sus garantías). Pero, a efecto de armonizar las normas y generar un ambiente de plena seguridad jurídica, lo ideal es que la ley contenga una instrumentación que garantice efectivamente la prevención, la investigación, la sanción y la reparación de las violaciones a los derechos humanos.

**Palabras Clave:** derechos humanos, garantías, reparación, restitución, resarcimiento, compensación, insuficiencia legislativa.

**Abstract:** *In our Mexican legal system there is the absence of existing legal provision, which establishes the implementation of the guarantees relating to “prevent, investigate, punish and repair violations of human rights,” the constitutional text may be applied directly, to the effect that make nugatory rights guaranteed by the Constitution itself, which implies, “take seriously” rights (and their guarantees). But,*

---

173 Candidata a Doctora en Derecho por el Colegio de Morelos. Profesora en licenciatura en la Escuela de Derecho, Posgrados y Práctica Jurídica. Abogada Litigante. Correo electrónico: aanaer@hotmail.com

*in order to harmonize the rules and create an environment of full legal security, the ideal is that the law contains an instrumentation that effectively guarantees the prevention, investigation, punishment and reparation of human rights violations.*

**Key words:** *human wrights, garantees, reparations, restitution compensation, compensation, unsufficiency law.*

El párrafo tercero del artículo 1º Constitucional establece:

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.

...

En esas condiciones se observa que el actual prototipo se estructura claramente como tuitivo de los derechos humanos desde la propia Constitución, pues el texto antes consignado, amén de instaurar criterios hermenéuticos en relación a esos derechos (pro persona, interpretación conforme, y los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad), instituye garantías primarias y secundarias genéricas<sup>174</sup> respecto de los derechos humanos, al constreñir a “todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias”, a “promover, respetar, proteger y garantizar” dichos derechos, estableciendo en consecuencia la obligación de “prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley”. Así, se ha instaurado una tutela ex officio de los derechos humanos.

Ahora, respecto del deber del Estado de “prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos”, el texto constitucional establece un reenvío hacia las normas generales, observándose que el constituyente permanente dejó la instrumentación de esas garantías a las prevenciones que dispusiese el legislador, al haberlas establecido “en los términos que establezca la ley”.

174 Desde luego, amén de otras garantías que puedan preverse en las normas secundarias o incluso en las políticas públicas.

En esa tesitura, el problema práctico aparece cuando el legislador omite esa instrumentación, o cuando estableciéndola resulta ser restrictiva o insuficiente.

En el primer caso, ante la omisión de instrumentar legalmente esas garantías, podría pensarse, en una visión paleopositivista<sup>175</sup>, que el texto constitucional sólo estableció directivas de acción para los poderes constituidos, que no se perfeccionan de manera automática, ni de suyo cambian la realidad social, sino que son para dichos poderes estímulo y guía, y para el pueblo una esperanza de que algún día se acatarán (como derechos programáticos)<sup>176</sup>.

Sin embargo, haciendo historia, cabe recordar que la primera sentencia de amparo en México, dictada en San Luis Potosí el 13 de agosto de 1849 por el juez Pedro Sámano, en relación a la demanda presentada por Manuel Verástegui quejándose del destierro impuesto por el gobernador de esa entidad (fuera de procedimiento judicial y violando una ley de amnistía), fue pronunciada sin que hubiera aún ley que instrumentara el amparo, haciendo interpretación directa del artículo 25 del Acta de Reformas de 1847, en la parte que instituía el deber del Estado, a través del Poder Judicial Federal, para hacer respetar los derechos reconocidos en la Constitución Federal de 1824 y en la citada Acta de Reformas, cuando se llegara a

---

175 En el modelo tradicional, paleopositivista y jacobino, el estado de derecho consistía esencialmente en la primacía de la ley y la democracia, en la omnipotencia de la mayoría, encarnada a su vez en la omnipotencia del parlamento. El papel del juez, como órgano sujeto sólo a la ley (*buche de la loi*, según la metáfora de Montesquieu) venía consecuentemente a configurarse como una mera función técnica de aplicación de la ley, cualquiera que fuese su contenido. Este sistema cambia radicalmente con las constituciones rígidas de la segunda posguerra (la constitución italiana, la alemana, la española y gran parte de las latino-americanas) que completan el paradigma del estado de derecho sometiendo también al legislador a la ley -a la ley constitucional, más precisamente- y transformando así el viejo estado de derecho en estado constitucional de derecho. Tras el acontecimiento, que hizo época, de la derrota del nazifascismo, se descubrió que el consenso popular, sobre el que sin duda se habían basado los sistemas totalitarios, no es, en efecto, garantía de la calidad de la democracia frente a las degeneraciones del poder político. Así se redescubre el valor de la constitución como conjunto de metareglas impuestas a los titulares de los poderes públicos, aunque lo sean de mayoría, obligados por aquellas a la recíproca separación y al respeto de los derechos fundamentales de todos, conforme a la noción de “constitución” formulada hace dos siglos en el art. 16 de la Declaración de derechos de 1789: “Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes establecida, no tiene constitución”. Ver Ferrajoli, Luigi, *El juez en una sociedad democrática*, en el siguiente sitio de internet: [http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:-PU2vdmqScIJ:www.dialogosporlajusticia.com/index.php%3Fopcion%3Dcom\\_phocadownload%26view%3Dcategory%26download%3D202:luigi-ferrajoli%26id%3D33:el-juez-en-una-sociedad-democratica+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=mx](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:-PU2vdmqScIJ:www.dialogosporlajusticia.com/index.php%3Fopcion%3Dcom_phocadownload%26view%3Dcategory%26download%3D202:luigi-ferrajoli%26id%3D33:el-juez-en-una-sociedad-democratica+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=mx) (consultado el 27 de diciembre de 2017). Del mismo autor, véanse *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Ed. Trotta, ed. 7ª, España, 2010, p. 65; y *Razones jurídicas del pacifismo*, Ed. Trotta, ed. 1a, España, 2004, p. 99.

176 Cfr. Paolo Biscaretti y Karl Loewenstein, citados por Ruiz Massieu, José Francisco, *Cuestiones de derecho político (México-España)*, pp. 58-59, visible en el siguiente sitio de internet: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/898/6.pdf> (consultado el 2 de enero de 2018).

demostrar que los actos reclamados violaban alguno o varios de tales derechos.<sup>177</sup> Destacando que esa línea conceptual ha sido de nuevo acogida por nuestro sistema, por ejemplo en casos como la sentencia de amparo indirecto que posibilitó la exigencia en sede judicial del derecho de acceso a la salud (Caso Mini Numa), en el cual se concedió el amparo a una comunidad indígena bajo los lineamientos de “...contar con el inmueble adecuado que en realidad funcione como centro de salud, que cuente desde luego, con los elementos y servicios necesarios para su buen funcionamiento...sin que...las autoridades...puedan alegar la falta de presupuesto, pues se trata de un motivo injustificable para cumplir con un imperativo constitucional...”.<sup>178</sup>

Desde luego, en la reforma constitucional del verano de 2011, tuitiva de derechos humanos, cuya exposición de motivos relativa al proyecto de Decreto que reformó los artículos 94, 100, 103, 107 y 112, establece, en línea análoga a lo antes expuesto, que los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, deben garantizarse y tutelarse como normas programáticas pero exigibles individual o colectivamente, con plena eficacia jurídica, debiendo contar con garantías adecuadas para su protección<sup>179</sup>. Destacándose al respecto que:<sup>180</sup>

...Para lograr ese objetivo, entre otros medios, se dispuso la atribución de los tribunales de la Federación para resolver en amparo toda controversia que se suscite no sólo por normas generales y actos de autoridad, sino también por omisiones en que incurran los poderes públicos al desarrollar los derechos sociales, ya que dada su naturaleza prestacional, las omisiones son su principal

177 Ver Soto Lara, Elías, *Pedro Sámano. La vida, la ciencia y el tiempo del Juez que emitió la primera sentencia de Amparo*, Ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación, ed. 1ª, México, 2012.

178 Ver sentencia de amparo indirecto del expediente 1157/2007-II, pronunciada el 11 de julio de 2008 por el juez Séptimo de Distrito en el Estado de Guerrero. Ver también Gutiérrez Rivas, Rodrigo y Rivera Maldonado Aline, *El caso “mininuma”: un litigio estratégico para la justiciabilidad de los derechos sociales y la no discriminación en México*, en el sitio de internet: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/251/pr/pr5.pdf> (consultado el 23 de diciembre de 2017).

179 Ver tesis: I.4o.A.23 K (10a.), registro 2005197, emitida en la 10ª época por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, bajo la ponencia del magistrado Jean Claude Tron Petit, de rubro: “OMISIÓN LEGISLATIVA. NO PUEDE OPONERSE COMO EXCUSA PARA EL INCUMPLIMIENTO DE UN PRECEPTO CONSTITUCIONAL”.

180 Ídem.

medio de violación, expresándolo así el Constituyente como un mandato claro y categórico, precisándose que la protección de los derechos fundamentales es independiente de su carácter individual o social. Ahora bien, con motivo de la mencionada reforma, en la Ley de Amparo se contempla que a través del juicio de amparo se proteja a las personas frente a normas generales, actos u omisiones por parte de los poderes públicos o de particulares, ya sea que se promueva individual o conjuntamente por dos o más personas -colectivamente-, tal es el caso de los derechos colectivos, cuya naturaleza es la supraindividualidad e indivisibilidad, elaborando así el concepto de afectación común, el que resulta básico para la operatividad de la protección a los derechos sociales que, por su naturaleza, inciden en un colectivo. Asimismo, en el artículo 77 de la citada ley se establece expresamente que los efectos de la concesión del amparo pueden versar respecto de actos de carácter omisivo. En esa medida, se colige que el juicio de amparo es un medio de defensa extraordinario que por mandato constitucional puede tener por objeto la solución de controversias de actos de naturaleza omisiva. Lo anterior, en consonancia con la nueva redacción del artículo 1o. constitucional, específicamente en su párrafo tercero, en el cual se estipula que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, lo que de suyo implica, por parte del legislador, el desarrollo de leyes que doten de contenido y eficacia este imperativo constitucional, que protejan y garanticen el abanico de derechos que prevé la Constitución y los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, pues el propósito fundamental es hacer operativos, en el plano fáctico, los derechos humanos a través de leyes secundarias que recojan los valores, principios y fines de dichas prerrogativas fundamentales. Por lo anterior, una omisión legislativa no puede oponerse como excusa para incumplir un precepto constitucional, argumentando dificultad o incompatibilidad con los efectos en cuanto al cumplimiento de una eventual concesión del amparo, lo que redundaría en una violación al derecho de tutela judicial efectiva previsto en el artículo 17 constitucional, que debe reflejarse en la disponibilidad de recursos efectivos, sencillos y rápidos para dar respuesta y tutela restaurativa a cualquier violación.

En la tesis jurisprudencial 1a./J. 141/2012 (10a.), registro 2002961, sustentada en la 10ª época, por la Primera Sala de la SCJN, bajo la ponencia de la ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas, de rubro: “AMPARO ADHESIVO. DEBE ADMITIRSE Y TRAMITARSE CON INDEPENDENCIA DE QUE NO EXISTA LA LEY SECUNDARIA QUE DETERMINE LA FORMA, TÉRMINOS Y REQUISITOS EN QUE DEBA PROMOVERSE”, y en algunos otros casos.

Así las cosas, podemos establecer que aún ante la ausencia de disposición legal que establezca la instrumentación de las garantías relativas a “prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos”, puede aplicarse directamente el texto constitucional, atento a lo antes expuesto, a efecto de no hacer nugatorios derechos garantizados por la propia Constitución, lo cual implica, siguiendo el pensamiento de Dworkin<sup>181</sup> “tomar en serio” los derechos (y sus garantías).

Sin embargo, aún cuando el paradigma de nuestro sistema posibilita dicha aplicación directa de la Constitución, a efecto de armonizar las normas y generar un ambiente de plena seguridad jurídica, lo ideal es que la ley contenga una instrumentación que garantice efectivamente la prevención, la investigación, la sanción y la reparación de las violaciones a los derechos humanos.

Por otra parte, respecto del caso de instrumentaciones legales restrictivas de las garantías ya indicadas, atento a que los derechos humanos no son absolutos, habrá que analizar en cada caso si dichas restricciones cuentan con un sustento argumentativo suficiente de razonabilidad y proporcionalidad.

Finalmente, el tema de la instrumentación insuficiente de las citadas garantías será abordado en los apartados que a continuación se presentan.

---

181 Ver Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Ed. Ariel, ed. 1ª, Barcelona (España), 2012.

## 2. La insuficiencia de la codificación penal federal sustantiva y adjetiva.

### CÓDIGO PENAL FEDERAL<sup>182</sup>

Artículo 1o.- Este Código se aplicará en toda la República para los delitos del orden federal.

Artículo 7o.- Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

### SANCIÓN PECUNIARIA

Artículo 29.- La sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del daño.

Artículo 30. La reparación del daño debe ser integral, adecuada, eficaz, efectiva, proporcional a la gravedad del daño causado y a la afectación sufrida, comprenderá cuando menos:

- I. La restitución de la cosa obtenida por el delito y si no fuere posible, el pago del precio de la misma, a su valor actualizado;
- II. La indemnización del daño material y moral causado, incluyendo la atención médica y psicológica, de los servicios sociales y de rehabilitación o tratamientos curativos necesarios para la recuperación de la salud, que hubiere requerido o requiera la víctima, como consecuencia del delito. En los casos de delitos contra el libre desarrollo de la personalidad, la libertad y el normal desarrollo psicosexual y en su salud mental, así como de violencia familiar, además comprenderá el pago de los tratamientos psicoterapéuticos que sean necesarios para la víctima;
- III. El resarcimiento de los perjuicios ocasionados;

---

<sup>182</sup> Código Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 1931. Última reforma publicada DOF 12-03-2015.

- IV. El pago de la pérdida de ingreso económico y lucro cesante, para ello se tomará como base el salario que en el momento de sufrir el delito tenía la víctima y en caso de no contar con esa información, será conforme al salario mínimo vigente en el lugar en que ocurra el hecho;
- V. El costo de la pérdida de oportunidades, en particular el empleo, educación y prestaciones sociales, acorde a sus circunstancias;
- VI. La declaración que restablezca la dignidad y reputación de la víctima, a través de medios electrónicos o escritos;
- VII. La disculpa pública, la aceptación de responsabilidad, así como la garantía de no repetición, cuando el delito se cometa por servidores públicos.

Los medios para la rehabilitación deben ser lo más completos posible, y deberán permitir a la víctima participar de forma plena en la vida pública, privada y social.

Artículo 30 Bis.- Tienen derecho a la reparación del daño en el siguiente orden: 1o. El ofendido; 2o. En caso de fallecimiento del ofendido, el cónyuge supérstite o el concubinario o concubina, y los hijos menores de edad; a falta de éstos los demás descendientes, y ascendientes que dependieran económicamente de él al momento del fallecimiento.

Artículo 31. La reparación será fijada por los jueces, según el daño que sea preciso reparar, con base en las pruebas obtenidas en el proceso y la afectación causada a la víctima u ofendido del delito.

Artículo 34.- La reparación del daño proveniente de delito que deba ser hecha por el delincuente tiene el carácter de pena pública y se exigirá de oficio por el Ministerio Público. El ofendido o sus derechohabientes podrán aportar al Ministerio Público o al juez en su caso...”

## CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES <sup>183</sup>

...

Artículo 138. Providencias precautorias para la restitución de derechos de la víctima

Para garantizar la reparación del daño, la víctima, el ofendido o el Ministerio Público, podrán solicitar al juez las siguientes providencias precautorias:

I. El embargo de bienes, y

II. La inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren dentro del sistema financiero.

El juez decretará las providencias precautorias, siempre y cuando, de los datos de prueba expuestos por el Ministerio Público y la víctima u ofendido, se desprenda la posible reparación del daño y la probabilidad de que el imputado será responsable de repararlo.

...

### ACUERDOS REPARATORIOS

#### **Artículo 186. Definición**

Los acuerdos reparatorios son aquéllos celebrados entre la víctima u ofendido y el imputado que, una vez aprobados por el Ministerio Público o el Juez de control y cumplidos en sus términos, tienen como efecto la extinción de la acción penal.

...

Artículo 194. Plan de reparación

En la audiencia en donde se resuelva sobre la solicitud de suspensión condicional del proceso, el imputado deberá plantear, un plan de reparación del daño causado por el delito y plazos para cumplirlo.

---

183 Código publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de marzo de 2014. Última reforma publicada DOF 29-12-2014.

### 3. LA INSUFICIENCIA DE LA LEY GENERAL DE VÍCTIMAS.

#### LEY GENERAL DE VÍCTIMAS

...

Artículo 1. La presente Ley general es de orden público, de interés social y observancia en todo el territorio nacional, en términos de lo dispuesto por los artículos 1o., párrafo tercero, 17, y 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Tratados Internacionales celebrados y ratificados por el Estado Mexicano, y otras leyes en materia de víctimas.

...

Artículo 2. El objeto de esta Ley es:

- I. Reconocer y garantizar los derechos de las víctimas del delito y de violaciones a derechos humanos, en especial el derecho a la asistencia, protección, atención, verdad, justicia, reparación integral, debida diligencia y todos los demás derechos consagrados en ella, en la Constitución, en los Tratados Internacionales de derechos humanos de los que el Estado Mexicano es Parte y demás instrumentos de derechos humanos;
- II. Establecer y coordinar las acciones y medidas necesarias para promover, respetar, proteger, garantizar y permitir el ejercicio efectivo de los derechos de las víctimas; así como implementar los mecanismos para que todas las autoridades en el ámbito de sus respectivas competencias cumplan con sus obligaciones de prevenir, investigar, sancionar y lograr la reparación integral;
- III. Garantizar un efectivo ejercicio del derecho de las víctimas a la justicia en estricto cumplimiento de las reglas del debido proceso;
- IV. Establecer los deberes y obligaciones específicos a cargo de las

...

Artículo 6. Para los efectos de esta Ley, se entenderá por:

...

- XVII. Víctima: Persona física que directa o indirectamente ha sufrido daño o el menoscabo de sus derechos producto de una violación de derechos humanos o de la comisión de un delito;
- XVIII. Víctima potencial: Las personas físicas cuya integridad física o derechos peligren por prestar asistencia a la víctima ya sea por impedir o detener la violación de derechos o la comisión de un delito;
- XIX. Violación de derechos humanos: Todo acto u omisión que afecte los derechos humanos reconocidos en la Constitución o en los Tratados Internacionales, cuando el agente sea servidor público en el ejercicio de sus funciones o atribuciones o un particular que ejerza funciones públicas. También se considera violación de derechos humanos cuando la acción u omisión referida sea realizada por un particular instigado o autorizado, explícita o implícitamente por un servidor público, o cuando actúe con aquiescencia o colaboración de un servidor público.

...

#### DE LOS DERECHOS EN LO GENERAL DE LAS VÍCTIMAS.

#### Artículo 7.

...

Las víctimas tendrán, entre otros, los siguientes derechos:

- I. A una investigación pronta y eficaz que lleve, en su caso, a la identificación y enjuiciamiento de los responsables de violaciones al Derecho Internacional de los derechos humanos, y a su reparación integral;
- II. A ser reparadas por el Estado de manera integral, adecuada, diferenciada, transformadora y efectiva por el daño o menoscabo que han sufrido en sus derechos como consecuencia de violaciones a derechos humanos y por los daños que esas violaciones les causaron;

- III. A conocer la verdad de lo ocurrido acerca de los hechos en que le fueron violados sus derechos humanos para lo cual la autoridad deberá informar los resultados de las investigaciones;  
...
- V. A ser tratadas con humanidad y respeto de su dignidad y sus derechos humanos por parte de los servidores públicos y, en general, por el personal de las instituciones públicas responsables del cumplimiento de esta Ley, así como por parte de los particulares que cuenten con convenios para brindar servicios a las víctimas;
- VI. A solicitar y a recibir ayuda, asistencia y atención en forma oportuna, rápida, equitativa, gratuita y efectiva por personal especializado en atención al daño sufrido desde la comisión del hecho victimizante, con independencia del lugar en donde ella se encuentre, así como a que esa ayuda, asistencia y atención no dé lugar, en ningún caso, a una nueva afectación;
- VII. A la verdad, a la justicia y a la reparación integral a través de recursos y procedimientos accesibles, apropiados, suficientes, rápidos y eficaces;
- VIII. A la protección del Estado, incluido el bienestar físico y psicológico y la seguridad del entorno con respeto a la dignidad y privacidad de la víctima...
- XII. A conocer el estado de los procesos judiciales y administrativos en los que tenga un interés como interviniente;  
...
- XIV. A ser notificada de las resoluciones relativas a las solicitudes de ingreso al Registro y de medidas de ayuda, de asistencia y reparación integral que se dicten;  
...

- XXII. A no ser discriminadas ni limitadas en sus derechos;
- XXIII. A recibir tratamiento especializado que le permita su rehabilitación física y psicológica con la finalidad de lograr su reintegración a la sociedad;
- XXIV. A acceder a los mecanismos de justicia disponibles para determinar la responsabilidad en la comisión del delito o de la violación de los derechos humanos;
- ...
- XXVI. A una investigación pronta y efectiva que lleve a la identificación, captura, procesamiento y sanción de manera adecuada de todos los responsables del daño, al esclarecimiento de los hechos y a la reparación del daño;
- XXVII. A participar activamente en la búsqueda de la verdad de los hechos y en los mecanismos de acceso a la justicia que estén a su disposición, conforme a los procedimientos establecidos en la ley de la materia;
- ...
- XXIX. Derecho a ejercer los recursos legales en contra de las decisiones que afecten sus intereses y el ejercicio de sus derechos;
- ...
- XXXI. A recibir gratuitamente la asistencia de un intérprete o traductor de su lengua, en caso de que no comprendan el idioma español o tenga discapacidad auditiva, verbal o visual;
- XXXII. A trabajar de forma colectiva con otras víctimas para la defensa de sus derechos, incluida su reincorporación a la sociedad;
- XXXIII. A participar en espacios colectivos donde se proporcione apoyo individual o colectivo que le permita relacionarse con otras víctimas, y

...

## DEL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA

Artículo 10. Las víctimas tienen derecho a un recurso judicial adecuado y efectivo, ante las autoridades independientes, imparciales y competentes, que les garantice el ejercicio de su derecho a conocer la verdad, a que se realice con la debida diligencia una investigación inmediata y exhaustiva del delito o de las violaciones de derechos humanos sufridas por ellas; a que los autores de los delitos y de las violaciones de derechos, con el respeto al debido proceso, sean enjuiciados y sancionados; y a obtener una reparación integral por los daños sufridos.

## DEL DERECHO A LA REPARACIÓN INTEGRAL

Artículo 26. Las víctimas tienen derecho a ser reparadas de manera oportuna, plena, diferenciada, transformadora, integral y efectiva por el daño que han sufrido como consecuencia del delito o hecho victimizante que las ha afectado o de las violaciones de derechos humanos que han sufrido, comprendiendo medidas de restitución, rehabilitación, compensación, satisfacción y medidas de no repetición.

Artículo 27. Para los efectos de la presente Ley, la reparación integral comprenderá:

- I. La restitución busca devolver a la víctima a la situación anterior a la comisión del delito o a la violación de sus derechos humanos;
- II. La rehabilitación busca facilitar a la víctima hacer frente a los efectos sufridos por causa del hecho punible o de las violaciones de derechos humanos;
- III. La compensación ha de otorgarse a la víctima de forma apropiada y proporcional a la gravedad del hecho punible cometido o de la

violación de derechos humanos sufrida y teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso. Ésta se otorgará por todos los perjuicios, sufrimientos y pérdidas económicamente evaluables que sean consecuencia del delito o de la violación de derechos humanos;

- IV. La satisfacción busca reconocer y restablecer la dignidad de las víctimas;
- V. Las medidas de no repetición buscan que el hecho punible o la violación de derechos sufrida por la víctima no vuelva a ocurrir;
- VI. Para los efectos de la presente Ley, la reparación colectiva se entenderá como un derecho del que son titulares los grupos, comunidades u organizaciones sociales que hayan sido afectadas por la violación de los derechos individuales de los miembros de los colectivos, o cuando el daño comporte un impacto colectivo. La restitución de los derechos afectados estará orientada a la reconstrucción del tejido social y cultural colectivo que reconozca la afectación en la capacidad institucional de garantizar el goce, la protección y la promoción de los derechos en las comunidades, grupos y pueblos afectados.

Las medidas colectivas que deberán implementarse tenderán al reconocimiento y dignificación de los sujetos colectivos victimizados; la reconstrucción del proyecto de vida colectivo, y el tejido social y cultural; la recuperación psicosocial de las poblaciones y grupos afectados y la promoción de la reconciliación y la cultura de la protección y promoción de los derechos humanos en las comunidades y colectivos afectados.

...

#### MEDIDAS DE RESTITUCIÓN

...

Artículo 61. Las víctimas tendrán derecho a la restitución en sus derechos conculcados, así como en sus bienes y propiedades si hubieren sido despojadas de ellos.

Las medidas de restitución comprenden, según corresponda:

- I. Restablecimiento de la libertad, en caso de secuestro o desaparición forzada;
- II. Restablecimiento de los derechos jurídicos;
- III. Restablecimiento de la identidad;
- IV. Restablecimiento de la vida y unidad familiar;
- V. Restablecimiento de la ciudadanía y de los derechos políticos;
- VI. Regreso digno y seguro al lugar de residencia;
- VII. Reintegración en el empleo, y
- VIII. Devolución de todos los bienes o valores de su propiedad que hayan sido incautados o recuperados por las autoridades incluyendo sus frutos y accesorios, y si no fuese posible, el pago de su valor actualizado. Si se trata de bienes fungibles, el juez podrá condenar a la entrega de un objeto igual al que fuese materia de delito sin necesidad de recurrir a prueba pericial.

En los casos en que una autoridad judicial competente revoque una sentencia condenatoria, se eliminarán los registros de los respectivos antecedentes penales.

...

#### MEDIDAS DE COMPENSACIÓN

Artículo 64. La compensación se otorgará por todos los perjuicios, sufrimientos y pérdidas económicamente evaluables que sean consecuencia de la comisión de los delitos a los que se refiere el artículo 68 de este ordenamiento o de la violación de derechos humanos, incluyendo el error judicial, de conformidad

con lo que establece esta Ley y su Reglamento. Estos perjuicios, sufrimientos y pérdidas incluirán, entre otros y como mínimo:

- I. La reparación del daño sufrido en la integridad física de la víctima;
- II. La reparación del daño moral sufrido por la víctima o las personas con derecho a la reparación integral, entendiéndose por éste, aquellos efectos nocivos de los hechos del caso que no tienen carácter económico o patrimonial y no pueden ser tasados en términos monetarios. El daño moral comprende tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas e indirectas, como el menoscabo de valores muy significativos para las personas y toda perturbación que no sea susceptible de medición pecuniaria;
- III. El resarcimiento de los perjuicios ocasionados o lucro cesante, incluyendo el pago de los salarios o percepciones correspondientes, cuando por lesiones se cause incapacidad para trabajar en oficio, arte o profesión;
- ...
- V. Los daños patrimoniales generados como consecuencia de delitos o violaciones a derechos humanos;
- VI. El pago de los gastos y costas judiciales del Asesor Jurídico cuando éste sea privado;

...

Artículo 65. Todas las víctimas de violaciones a los derechos humanos serán compensadas, en los términos y montos que determine la resolución que emita en su caso:

- a) Un órgano jurisdiccional nacional;
- b) Un órgano jurisdiccional internacional o reconocido por los Tratados Internacionales ratificados por México;

- c) Un organismo público de protección de los derechos humanos;
- d) Un organismo internacional de protección de los derechos humanos reconocido por los Tratados Internacionales ratificados por México, cuando su resolución no sea susceptible de ser sometida a la consideración de un órgano jurisdiccional internacional previsto en el mismo tratado en el que se encuentre contemplado el organismo en cuestión.

Lo anterior sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas que los mismos hechos pudieran implicar y conforme lo dispuesto por la presente Ley.

...

Artículo 67. El Pleno de la Comisión Ejecutiva correspondiente determinará el monto del pago de una compensación en forma subsidiaria a cargo del fondo respectivo en términos de la presente Ley o la legislación local aplicable, así como de las normas reglamentarias correspondientes, tomando en cuenta:

...

La determinación de la Comisión Ejecutiva correspondiente deberá dictarse dentro del plazo de noventa días contados a partir de emitida la resolución correspondiente.

El monto de la compensación subsidiaria a la que se podrá obligar al Estado, en sus ámbitos federal o local, será hasta de quinientas veces el salario mínimo mensual en el Distrito Federal, ha de ser proporcional a la gravedad del daño sufrido y no podrá implicar el enriquecimiento para la víctima.

...

#### SISTEMA NACIONAL DE ATENCIÓN A VÍCTIMAS

Artículo 79. El Sistema Nacional de Atención a Víctimas será la instancia superior de coordinación y formulación de políticas públicas y tendrá por objeto proponer, establecer y supervisar las directrices, servicios, planes, programas, proyectos, acciones institucionales e interinstitucionales, y demás políticas públicas que se implementen para la protección, ayuda,

asistencia, atención, acceso a la justicia, a la verdad y a la reparación integral a las víctimas en los ámbitos local, federal y municipal.

El Sistema Nacional de Atención a Víctimas está constituido por todas las instituciones y entidades públicas federales, estatales, del Gobierno del Distrito Federal y municipales, organismos autónomos, y demás organizaciones públicas o privadas, encargadas de la protección, ayuda, asistencia, atención, defensa de los derechos humanos, acceso a la justicia, a la verdad y a la reparación integral de las víctimas, a que se refiere el Capítulo II del presente Título.

...

## INTEGRACIÓN DEL SISTEMA NACIONAL DE ATENCIÓN A VÍCTIMAS

Artículo 82. El Sistema Nacional de Atención a Víctimas estará integrado por las instituciones, entidades, organismos y demás participantes, aquí enumerados, incluyendo en su caso las instituciones homólogas en los ámbitos estatal y municipal:

...

## REGISTRO NACIONAL DE VÍCTIMAS

Artículo 96. El Registro Nacional de Víctimas, es el mecanismo administrativo y técnico que soporta todo el proceso de ingreso y registro de las víctimas del delito y de violaciones de derechos humanos al Sistema, creado en esta Ley.

...

## FONDO DE AYUDA, ASISTENCIA Y REPARACIÓN INTEGRAL

...

Artículo 130. El Fondo tiene por objeto brindar los recursos necesarios para la ayuda, asistencia y reparación integral de las víctimas del delito y las víctimas de violaciones a los derechos humanos.

...

Artículo 131. Para ser beneficiarios del apoyo del Fondo, además de los requisitos que al efecto establezca esta Ley y su Reglamento, las víctimas

deberán estar inscritas en el Registro a efecto de que la Comisión Ejecutiva realice una evaluación integral de su entorno familiar y social con el objeto de contar con los elementos suficientes para determinar las medidas de ayuda, asistencia, protección, reparación integral y, en su caso, la compensación.

Artículo 132. El Fondo se conformará con:

I. Recursos previstos expresamente para dicho fin en el Presupuesto de Egresos de la Federación en el rubro correspondiente, sin que pueda disponerse de dichos recursos para un fin diverso;

El monto que apruebe anualmente la Cámara de Diputados será de 0.014% del Gasto Programable del Presupuesto de Egresos de la Federación.

...

Artículo 137. Los recursos del Fondo serán administrados y operados por medio de un fideicomiso público.

...

#### DEL PROCEDIMIENTO

Artículo 144. Para acceder a los recursos del Fondo, la víctima deberá presentar su solicitud ante la Comisión Ejecutiva de conformidad con lo señalado por esta Ley y su Reglamento.

Quien reciba la solicitud la remitirá a la Comisión Ejecutiva o comisiones de víctimas en un plazo que no podrá exceder los dos días hábiles.

Las determinaciones de las comisiones respecto a cualquier tipo de pago, compensación o reparación del daño tendrán el carácter de resoluciones administrativas definitivas. Contra dichas resoluciones procederá el juicio de amparo.

...

Artículo 146. El Comité Interdisciplinario evaluador deberá integrar dicho expediente en un plazo no mayor de cuatro días, el cual deberá contener como mínimo:

I. Los documentos presentados por la víctima;

- II. Descripción del daño o daños que haya sufrido la víctima;
- III. Detalle de las necesidades que requiera la víctima para enfrentar las consecuencias del delito o de la violación a sus derechos humanos, y
- IV. En caso de contar con ello, relación de partes médicos o psicológicos donde detallen las afectaciones que tiene la víctima con motivo de la comisión del delito o de la violación a los derechos humanos.

...

## DE LA REPARACIÓN

Artículo 151. Si el Estado no pudiese hacer efectiva total o parcialmente la orden de compensación, establecida por mandato judicial o por acuerdo de la Comisión Ejecutiva, deberá justificar la razón y tomar las medidas suficientes para cobrar su valor, o gestionar lo pertinente a fin de lograr que se concrete la reparación integral de la víctima.

...

Artículo 157. Cuando proceda el pago de la reparación, el fondo registrará el fallo judicial que lo motivó y el monto de la indemnización, que será de consulta pública.

...

De lo antes referido podemos concluir que La Ley General de Víctimas<sup>184</sup> incorpora al sistema jurídico mexicano los más modernos conceptos y principios de defensa y respeto de los derechos humanos, que es una norma ambiciosa que al implementarse en forma práctica, necesariamente transformará a una de las instituciones más criticadas del sistema penal mexicano: el Ministerio Público, figura que en la actualidad no cumple con la obligación de representar adecuadamente a las víctimas del delito. Sin embargo, me parece que esta ley es oscura y contradictoria en algunas de sus partes, y de hecho, se contrapone a

---

184 Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de enero de 2013. Última reforma publicada DOF 03-05-2013. [http://201.147.98.20/search?q=ley+general+de+victimas&btnG=buscar&entqr=0&output=xml\\_no\\_dtd&sort=date%3AD%3AL%3Ad1&client=disputados&ud=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&proxystylesheet=disputados&site=leyes](http://201.147.98.20/search?q=ley+general+de+victimas&btnG=buscar&entqr=0&output=xml_no_dtd&sort=date%3AD%3AL%3Ad1&client=disputados&ud=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&proxystylesheet=disputados&site=leyes) (consultada el 01 de enero de 2018).

otras normas especializadas como el Código Penal Federal y los correspondientes Códigos en esa materia de los estados del país.

En términos jurídicos, la Ley General de Víctimas plantea varias contradicciones con el sistema de procuración y administración de justicia mexicano. De entrada, me parece que se deben eliminar las contradicciones intrínsecas de la ley con respecto a los derechos de las víctimas. Por ejemplo, el artículo 7 considera que la víctima es *interviniente* de los procesos judiciales en los que se juzga el delito que le afectó. Esto quiere decir que solo coadyuva con el Ministerio Público sin ser parte plena, tal y como lo establecen los Códigos penales del país. No obstante, el artículo 12 de la norma apunta (contradiendo al anterior) que las víctimas también tienen derecho *a intervenir en el juicio como partes plenas, ejerciendo durante el mismo sus derechos, los cuales en ningún caso podrán ser menores a los del imputado (presunto delincuente)*.

La Ley General de Víctimas debe considerar a éstas, sólo como coadyuvantes del Ministerio Público, o de no ser este el caso, si se prefiere que sean partes plenas, entonces también se deberán reformar todos los Códigos penales del país, lo cual podría salvarse con la iniciativa de un Código Penal único para todo México.

En el tema de la reparación del daño y la correspondiente compensación económica que deberá recibir la víctima, la ley establece que, en primera instancia, es el responsable del ilícito quien debe pagar a aquella, y solo de manera subsidiaria lo hará el Estado, con un monto máximo de 500 veces el salario mínimo mensual, es decir, un total de \$1,051,500.00 de acuerdo con el salario mínimo vigente en 2015.

La ley aclara que al delincuente responsable se le podrán decomisar sus bienes para que pague la compensación que fije el juez a favor de la víctima, pero es omisa en lo que se refiere al pago de los posibles funcionarios públicos o instituciones del Estado que puedan ser encontrados culpables de la violación de derechos humanos. Otro aspecto que debe considerarse es el costo que tendrá el amplio entramado burocrático que sostendrá al Sistema Nacional de Ayuda, Atención y Reparación Integral de Víctimas, que contará con una Comisión Ejecutiva y con Comités especializados, además de la Asesoría Jurídica Federal de Atención a

Víctimas. No es lógico, ni financieramente posible, que la estructura para proteger a las víctimas cueste más de lo que efectivamente se les entregará para resarcir los daños sufridos.

#### **4. La insuficiencia de la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro**

“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<sup>185</sup>

...

Artículo 1. La presente Ley es reglamentaria del párrafo primero de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de secuestro. Es de orden público y de observancia general en toda la República y tiene por objeto establecer los tipos penales, sus sanciones, las medidas de protección, atención y asistencia a ofendidos y víctimas, la distribución de competencias y formas de coordinación entre los órdenes de gobierno. Para ello la Federación y las Entidades Federativas, en el ámbito de sus competencias, estarán obligadas a coordinarse en el cumplimiento del objeto de esta Ley.

...

Artículo 2. Esta Ley establece los tipos y punibilidades en materia de secuestro. Para la investigación, persecución, sanción y todo lo referente al procedimiento serán aplicables el Código Penal Federal, el Código Federal de Procedimientos Penales, la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada y los códigos de procedimientos penales de los Estados.

A falta de regulación suficiente en los códigos de procedimientos penales de las Entidades Federativas respecto de las técnicas para la investigación de los delitos regulados en esta Ley, se podrán aplicar supletoriamente las técnicas de investigación previstas en el Código Federal de Procedimientos Penales.

...

---

185 Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de noviembre de 2010. Última reforma publicada DOF 03-06-2014. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lgpsdms.htm> (consultada el 01 de enero de 2018).

## DE LOS DELITOS EN MATERIA DE SECUESTRO

Artículo 9. Al que prive de la libertad a otro se le aplicarán:

- I. De cuarenta a ochenta años de prisión y de mil a cuatro mil días multa, si la privación de la libertad se efectúa con el propósito de:
  - a) Obtener, para sí o para un tercero, rescate o cualquier beneficio;
  - b) Detener en calidad de rehén a una persona y amenazar con privarla de la vida o con causarle daño, para obligar a sus familiares o a un particular a que realice o deje de realizar un acto cualquiera;
  - c) Causar daño o perjuicio a la persona privada de la libertad o a terceros; o
  - d) Cometer secuestro exprés, desde el momento mismo de su realización, entendiéndose por éste, el que, para ejecutar los delitos de robo o extorsión, prive de la libertad a otro. Lo anterior, con independencia de las demás sanciones que conforme a esta Ley le correspondan por otros delitos que de su conducta resulten.

...

## DE LA PREVENCIÓN Y COORDINACIÓN

Artículo 21. Las instituciones de seguridad pública de los tres órdenes de gobierno se coordinarán a través del Centro Nacional de Prevención y Participación Ciudadana del Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública para:

- I. Realizar estudios sobre las causas estructurales, distribución geodélica, estadísticas, tendencias históricas y patrones de comportamiento que permitan actualizar y perfeccionar la investigación para la prevención de los delitos sancionados en esta Ley;

...

## RESTITUCIÓN INMEDIATA DE DERECHOS Y REPARACIÓN

Artículo 35. El Ministerio Público de la Federación o de las entidades federativas deberán restituir a las víctimas de las conductas previstas en la presente Ley en el goce de sus derechos en cuanto sea posible y solicitará la reparación del daño.

En su caso, la restitución de derechos y la reparación se harán con cargo a los recursos obtenidos en los procedimientos de extinción de dominio, en términos de la legislación correspondiente, sin perjuicio de ejercer las acciones que correspondan en contra del sentenciado.

Dentro de la reparación a las víctimas de las conductas previstas en la presente Ley se incluirán los gastos alimentarios y de transporte y hospedaje a cargo de ésta, con motivo del procedimiento penal.

## EMBARGO POR VALOR EQUIVALENTE

Artículo 36. En caso de que el producto, los instrumentos u objetos de los delitos referidos en esta Ley hayan desaparecido o no se localicen, el Ministerio Público pedirá el embargo y, en su oportunidad, la aplicación respectiva de bienes del sentenciado cuyo valor equivalga a dicho producto, instrumentos u objetos a fin de que el juez ordene la reparación correspondiente, sin menoscabo de las disposiciones aplicables en materia de extinción de dominio.

...

## DEL FONDO DE APOYO PARA LAS VÍCTIMAS Y OFENDIDOS

Artículo 37. El Fondo tiene como objetivo dotar a las autoridades de recursos para apoyar a las víctimas y ofendidos por los delitos previstos en la presente Ley, así como incentivar la denuncia.

El Fondo se orientará prioritariamente a la atención médica y psicológica de las víctimas y protección a menores en desamparo, en los términos que precise el Reglamento.

Artículo 38. El Fondo se integrará de la siguiente manera:

- I. Recursos previstos expresamente para dicho fin en el Presupuesto de Egresos de la Federación en el rubro correspondiente a la Procuraduría General de la República;
- II. Recursos obtenidos por la enajenación de bienes decomisados en procesos penales federales;
- III. Recursos adicionales obtenidos por los bienes que causen abandono;
- IV. Recursos producto de los bienes que hayan sido objeto de extinción de dominio y estén relacionados con la comisión del delito de secuestro;
- V. Recursos provenientes de las fianzas o garantías que se hagan efectivas cuando los procesados incumplan con las obligaciones impuestas por la autoridad judicial;
- VI. Recursos que se produzcan por la administración de valores o los depósitos en dinero, de los recursos derivados del Fondo para la Atención de Víctimas del Secuestro, distintos a los que se refiere la fracción anterior, y
- VII. Las donaciones o aportaciones hechas a su favor por terceros, garantizando mecanismos de control y transparencia...

Resulta evidente que la Ley antes citada sólo busca restituir a las víctimas de secuestro en el goce de sus derechos en cuanto le sea posible, así como la reparación del daño con cargo a los recursos obtenidos de los procedimientos de embargo y extinción de dominio de los bienes del sentenciado, cuyo valor equivalga al producto económico del delito de secuestro.

Contempla también un Fondo de Apoyo para las Víctimas y Ofendidos a cargo de la Procuraduría General de la República, el cual se orientará prioritariamente, por no decir únicamente, para la atención médica y psicológica de las víctimas y protección a menores en desamparo; en otras palabras, impone al sentenciado la reparación, pero es omisa en cuanto a la obligación del Estado a garantizar una

compensación económica en caso de que no existan bienes del sentenciado que garanticen la reparación.

## **5. La insuficiencia de 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**

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<sup>186</sup>

Artículo 1o. La presente Ley es reglamentaria del artículo 73, fracción XXI, párrafo primero, en materia de trata de personas, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y es de orden público e interés social.

Artículo 2o. Esta Ley tiene por objeto:

- I. Establecer competencias y formas de coordinación para la prevención, investigación, persecución y sanción de los delitos en materia de trata de personas entre los Gobiernos Federal, Estatales, del Distrito Federal y Municipales;
- ...
- V. Establecer mecanismos efectivos para tutelar la vida, la dignidad, la libertad, la integridad y la seguridad de las personas, así como el libre desarrollo de niñas, niños y adolescentes, cuando sean amenazados o lesionados por la comisión de los delitos objeto de esta Ley; y
- VI. Reparar el daño a las víctimas de trata de personas de manera integral, adecuada, eficaz y efectiva, proporcional a la gravedad del daño causado y a la afectación sufrida.

...

Artículo 3o.

---

<sup>186</sup> Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de junio de 2012. Última reforma publicada DOF 19-03-2014 (consultada el 01 de enero de 2018).

...

VII. Derecho a la reparación del daño: Entendida como la obligación del Estado y los Servidores Públicos 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, que entre otros incluye la garantía a la víctima y a la sociedad de que el crimen que se perpetró no volverá a ocurrir en el futuro, el derecho a la verdad que permita conocer lo que verdaderamente sucedió, la justicia que busca que los criminales paguen por lo que han hecho, y a la reparación integral.

...

#### DE LOS DELITOS EN MATERIA DE 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 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;
- 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.

...

## DEL RESARCIMIENTO Y REPARACIÓN DEL DAÑO

Artículo 48. Cuando una persona sea declarada penalmente responsable de la comisión de los delitos previstos en esta Ley, el Juez deberá condenarla al pago de la reparación del daño a favor de la víctima u ofendidos, en todos los casos.

La reparación del daño, deberá ser plena y efectiva, proporcional a la gravedad del daño causado y a la afectación del proyecto de vida, y comprenderá por lo menos:

- I. La restitución de los bienes o la cosa obtenida por el delito con sus frutos y accesorios, y el pago, en su caso, de los deterioros que hubiere sufrido, y si no fuese posible la restitución el pago de su valor actualizado;
- II. El pago de los daños físicos, materiales, psicológicos, así como la reparación al daño moral.

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.

- III. 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;
- IV. 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, en caso de no contar con esa información, será conforme al salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, al tiempo del dictado de la sentencia;
- V. Los gastos de asistencia y representación jurídica o de peritos, hasta la total conclusión de los procedimientos legales;
- VI. 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;
- VII. 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;
- VIII. La disculpa pública de reconocimiento de hechos y aceptación de responsabilidad, cuando en el delito participe servidor público o agente de autoridad.

Artículo 49. La reparación del daño será fijada por los jueces, según el daño o perjuicios que sean precisos reparar, de acuerdo con las pruebas obtenidas.

La reparación del daño 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.

...

De igual manera, del análisis de la ley antes referida observamos que se busca que el declarado penalmente responsable del delito de trata de personas, sea el que repare los daños físicos, materiales, psicológicos y morales, o por lo menos, los costos de tratamiento médico, exámenes médicos, medicina e intervenciones necesarias a las víctimas del delito, de manera proporcional a la gravedad del daño causado, a la afectación de su proyecto de vida, a la restitución de los bienes o la cosa obtenida por el delito; sin embargo, también es omisa en cuanto a la obligación del Estado a garantizar una compensación económica, en caso de que el sentenciado no pueda garantizar dicha reparación.

## **6. La insuficiencia de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado.**

LEY FEDERAL DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO.<sup>187</sup>

ARTÍCULO 1.- La presente Ley es reglamentaria del segundo párrafo del artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y sus disposiciones son de orden público e interés general; tiene por objeto fijar las bases y procedimientos para reconocer el derecho a la indemnización a quienes, sin obligación jurídica de soportarlo, sufran daños en cualquiera de sus bienes y derechos como consecuencia de la actividad administrativa irregular del Estado. La responsabilidad extracontractual a cargo del Estado es objetiva y directa, y la indemnización deberá ajustarse a los términos y condiciones señalados en esta Ley y en las demás disposiciones legales a que la misma hace referencia.

Para los efectos de esta Ley, se entenderá por actividad administrativa irregular, aquella que cause daño a los bienes y derechos de los particulares que no tengan la obligación jurídica de soportar, en virtud de no existir fundamento legal o causa jurídica de justificación para legitimar el daño de que se trate.

---

187 Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 2004. Última reforma publicada DOF 12-06-2009 (consultada el 01 de diciembre de 2015).

ARTÍCULO 2.- Son sujetos de esta Ley, los entes públicos federales. Para los efectos de la misma, se entenderá por entes públicos federales, salvo mención expresa en contrario, a los Poderes Judicial, Legislativo y Ejecutivo de la Federación, organismos constitucionales autónomos, dependencias, entidades de la Administración Pública Federal, la Procuraduría General de la República, los Tribunales Federales Administrativos y cualquier otro ente público de carácter federal.

Los preceptos contenidos en el Capítulo II y demás disposiciones de esta Ley serán aplicables, en lo conducente, para cumplimentar los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las recomendaciones de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aceptadas por los entes públicos federales y por el Estado Mexicano en su caso, en cuanto se refieran al pago de indemnizaciones.

...

ARTÍCULO 3.- Se exceptúan de la obligación de indemnizar, de acuerdo con esta Ley, además de los casos fortuitos y de fuerza mayor, los daños y perjuicios que no sean consecuencia de la actividad administrativa irregular del Estado, así como aquellos que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de su acaecimiento y en aquellos casos en los que el solicitante de la indemnización sea el único causante del daño.

ARTÍCULO 4.- Los daños y perjuicios materiales que constituyan la lesión patrimonial reclamada, incluidos los personales y morales, habrán de ser reales, evaluables en dinero, directamente relacionados con una o varias personas, y desiguales a los que pudieran afectar al común de la población.

ARTÍCULO 5.- Los entes públicos federales cubrirán las indemnizaciones derivadas de responsabilidad patrimonial que se determinen conforme a esta Ley, con cargo a sus respectivos presupuestos.

Los pagos de las indemnizaciones derivadas de responsabilidad patrimonial se realizarán conforme a la disponibilidad presupuestaria del ejercicio fiscal correspondiente, sin afectar el cumplimiento de los objetivos de los programas que se aprueben en el Presupuesto de Egresos de la Federación.

...

ARTÍCULO 6.- Los entes públicos federales, tomando en cuenta la disponibilidad de recursos para el ejercicio fiscal correspondiente, incluirán en sus respectivos anteproyectos de presupuesto los recursos para cubrir las erogaciones derivadas de responsabilidad patrimonial conforme al orden establecido en el registro de indemnizaciones a que se refiere el artículo 16 de la presente Ley.

La suma total de los recursos comprendidos en los respectivos presupuestos aprobados de los entes públicos federales, no podrá exceder del equivalente al 0.3 al millar del gasto programable del Presupuesto de Egresos de la Federación para el ejercicio fiscal correspondiente.

...

## DE LAS INDEMNIZACIONES

ARTÍCULO 11.- La indemnización por Responsabilidad Patrimonial del Estado derivada de la actividad administrativa irregular, deberá pagarse al reclamante de acuerdo a las modalidades que establece esta Ley y las bases siguientes:

- a) Deberá pagarse en moneda nacional;
- b) Podrá convenirse su pago en especie;
- c) La cuantificación de la indemnización se calculará de acuerdo a la fecha en que la lesión efectivamente se produjo o la fecha en que haya cesado cuando sea de carácter continuo;
- d) En todo caso deberá actualizarse la cantidad a indemnizar al tiempo en que haya de efectuarse el cumplimiento de la resolución por la que se resuelve y ordena el pago de la indemnización;

- ...
- f) Los entes públicos federales podrán cubrir el monto de la indemnización mediante parcialidades en ejercicios fiscales subsecuentes, realizando una proyección de los pagos

...

ARTÍCULO 12.- Las indemnizaciones corresponderán a la reparación integral del daño y, en su caso, por el daño personal y moral.

ARTÍCULO 13.- El monto de la indemnización por daños y perjuicios materiales se calculará de acuerdo con los criterios establecidos por la Ley de Expropiación, el Código Fiscal de la Federación, la Ley General de Bienes Nacionales y demás disposiciones aplicables, debiéndose tomar en consideración los valores comerciales o de mercado.

ARTÍCULO 14.- Los montos de las indemnizaciones se calcularán de la siguiente forma:

- I. En el caso de daños personales:
  - a) Corresponderá una indemnización con base en los dictámenes médicos correspondientes, conforme a lo dispuesto para riesgos de trabajo en la Ley Federal del Trabajo, y
  - b) Además de la indemnización prevista en el inciso anterior, el reclamante o causahabiente tendrá derecho a que se le cubran los gastos médicos que en su caso se eroguen, de conformidad con la propia Ley Federal del Trabajo disponga para riesgos de trabajo.
- II. En el caso de daño moral, la autoridad administrativa o jurisdiccional, en su caso, calculará el monto de la indemnización de acuerdo con los criterios establecidos en el Código Civil Federal, debiendo tomar en consideración los dictámenes periciales ofrecidos por el reclamante.

La indemnización por daño moral que el Estado esté obligado a cubrir no excederá del equivalente a 20,000 veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, por cada reclamante afectado, y

III. En el caso de muerte, el cálculo de la indemnización se hará de acuerdo a lo dispuesto en el Código Civil Federal en su artículo 1915.

...

ARTÍCULO 22.- La responsabilidad del Estado deberá probarla el reclamante que considere lesionado su patrimonio, por no tener la obligación jurídica de soportarlo. Por su parte, al Estado corresponderá probar, en su caso, la participación de terceros o del propio reclamante en la producción de los daños y perjuicios irrogados al mismo; que los daños no son consecuencia de la actividad administrativa irregular del Estado; que los daños derivan de hechos o circunstancias imprevisibles o inevitables según los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de su acaecimiento, o bien, la existencia de la fuerza mayor que lo exonera de responsabilidad patrimonial.

ARTÍCULO 23.- Las resoluciones que dicte el ente público federal con motivo de las reclamaciones que prevé la presente Ley, deberán contener como elementos mínimos los siguientes: El relativo a la existencia de la relación de causalidad entre la actividad administrativa y la lesión producida y la valoración del daño o perjuicio causado, así como el monto en dinero o en especie de la indemnización, explicitando los criterios utilizados para su cuantificación.

...

ARTÍCULO 25.- El derecho a reclamar indemnización prescribe en un año, mismo que se computará a partir del día siguiente a aquel en que se hubiera producido la lesión patrimonial, o a partir del momento en que hubiesen cesado sus efectos lesivos, si fuesen de carácter continuo. Cuando existan daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo de prescripción será de dos años.

...

DEL DERECHO DEL ESTADO DE REPETIR CONTRA LOS SERVIDORES PÚBLICOS  
ARTÍCULO 31.- El Estado podrá repetir de los servidores públicos el pago de la indemnización cubierta a los particulares cuando, previa substanciación del procedimiento administrativo disciplinario previsto en la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, se determine su responsabilidad, y que la falta administrativa haya tenido el carácter de infracción grave. El monto que se exija al servidor público por este concepto formará parte de la sanción económica que se le aplique.

La ley antes referida reconoce el derecho a la indemnización a quienes, sin obligación jurídica de soportarlo, sufran daños en cualquiera de sus bienes y derechos como consecuencia de la actividad administrativa irregular del Estado, excepto cuando se actualicen casos fortuitos y de fuerza mayor, previa sentencia condenatoria al Estado.

Se establece que los daños y perjuicios materiales que constituyan la lesión patrimonial reclamada, incluidos los personales y morales, habrán de ser reales, evaluables en dinero, directamente relacionados con una o varias personas, e incluso al común de la población. La indemnización por daño moral que el Estado esté obligado a cubrir no podrá exceder del equivalente a 20,000 veces el salario mínimo general diario vigente, por cada reclamante afectado, es decir de \$1,402,000.00, de igual manera establece que el monto de la indemnización se programará con cargo al presupuesto respectivo del órgano del Estado que cometió la actividad administrativa irregular.

Al respecto considero que es una ley totalmente protectora del Estado, pues impone plazos muy cortos de prescripción para hacer valer una probable indemnización, establece montos máximos irrisorios y muchos requisitos para que un particular pueda hacerla efectiva.

## 7. Reflexiones finales

Podemos establecer que aún ante la ausencia de disposición legal que instaure la instrumentación de las garantías relativas a “prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos”, puede aplicarse directamente el texto constitucional, a efecto de no hacer nugatorios derechos garantizados por la propia Constitución, lo cual implica, siguiendo el pensamiento de Roland Dworkin “tomar en serio” los derechos (y sus garantías). Pero, a efecto de armonizar las normas y generar un ambiente de plena seguridad jurídica, lo ideal es que la ley contenga una instrumentación que garantice efectivamente la prevención, la investigación, la sanción y la reparación de las violaciones a los derechos humanos. Ahora, respecto del caso de instrumentaciones legales restrictivas de las garantías ya indicadas, atento a que los derechos humanos no son absolutos, habrá que analizar en cada caso si dichas restricciones cuentan con un sustento argumentativo suficiente de razonabilidad y proporcionalidad.

Finalmente, considero que habrá de tenderse a una legislación procedimental unificada nacional, sobre reparación efectiva respecto de violaciones a Derechos Humanos desde la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

## Fuentes de consulta

### Bibliográficas

Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Ed. Ariel, ed. 1ª, Barcelona (España), 2012.

Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Ed. Trotta, ed. 7ª, España, 2010, p. 65; y *Razones jurídicas del pacifismo*, Ed. Trotta, ed. 1a, España, 2004.

Soto Lara, Elías, *Pedro Sámano. La vida, la ciencia y el tiempo del Juez que emitió la primera sentencia de Amparo*, Ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación, ed. 1ª, México, 2012.

### Electrónicas

Ferrajoli, Luigi, *El juez en una sociedad democrática*, en el siguiente sitio de internet: [http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:-PU2vdmqScIJ:www.dialogosporlajusticia.com/index.php%3Fopcion%3Dcom\\_phocadownload%26view%3Dcategory%26download%3D202:luigi-ferrajoli%26id%3D33:el-juez-en-una-sociedad-democratica+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=mx](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:-PU2vdmqScIJ:www.dialogosporlajusticia.com/index.php%3Fopcion%3Dcom_phocadownload%26view%3Dcategory%26download%3D202:luigi-ferrajoli%26id%3D33:el-juez-en-una-sociedad-democratica+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=mx) (consultado el 27 de diciembre de 2017).

Gutiérrez Rivas, Rodrigo y Rivera Maldonado Aline, *El caso “mininuma”: un litigio estratégico para la justiciabilidad de los derechos sociales y la no discriminación en México*, en el sitio de internet: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/251/pr/pr5.pdf> (consultado el 23 de diciembre de 2017).

Ruiz Massieu, José Francisco, *Cuestiones de derecho político (México-España)*, visible en el siguiente sitio de internet: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/898/6.pdf> (consultado el 2 de enero de 2018).

Buscador de tesis aisladas y jurisprudencias, visible en el siguiente sitio de internet: [http://200.38.163.178/sjfsist/\(F\(5dNDcC0oMytMU-sSj29gyrcjWbWMcqc1Z\\_gSWfoYqUWrTHZoaSYLI8\\_tC5MvotqOsc9ziDI6ur5ia3UFsMdlI3h8dq9j221F4\\_TC-cDnwLdYgJGcU6suX8lweL7BTfci6rg89tZmXfh\\_jUNa9haiOuiu5ms98-ASi-RAU2E3TA81\)\)/Paginas/tesis.aspx](http://200.38.163.178/sjfsist/(F(5dNDcC0oMytMU-sSj29gyrcjWbWMcqc1Z_gSWfoYqUWrTHZoaSYLI8_tC5MvotqOsc9ziDI6ur5ia3UFsMdlI3h8dq9j221F4_TC-cDnwLdYgJGcU6suX8lweL7BTfci6rg89tZmXfh_jUNa9haiOuiu5ms98-ASi-RAU2E3TA81))/Paginas/tesis.aspx) (consultado entre diciembre de 2017 y enero de 2018)

Buscador de leyes federales, visible en el siguiente sitio de internet: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm> (consultado entre diciembre de 2017 y enero de 2018)

### Normativas

Sentencia de amparo indirecto del expediente 1157/2007-II, pronunciada el 11 de julio de 2008 por el juez Séptimo de Distrito en el Estado de Guerrero.

## DERECHOS DE LA VÍCTIMA FRENTE A LOS DEL IMPUTADO EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL MEXICANO

*Antonio Sorela Castillo*<sup>188</sup>

**Resumen:** La presente investigación analiza de manera breve los derechos que se han reconocido a favor de la víctima u ofendido hasta nuestros días, se analizan conceptos básicos para evitar falsos tecnicismos, se los ordenamientos legales en los que se tutelan las prerrogativas a favor de las víctimas, por último se realiza un análisis de derechos de la víctima u ofendido en ponderación con los del imputado.

**Palabras clave:** víctima, ofendido, imputado, CPEUM, CNPP, derechos.

El presente artículo se enfoca a uno de los principales protagonistas del derecho penal, es decir, la **víctima u ofendido**, ello en virtud que aunque pareciera que ya se ha escrito mucho sobre el tema, lo cierto es que en nuestro país se ha fijado la atención al sujeto activo del delito preocupándose más por asegurar sus derechos a través de la implementación del llamado “garantismo penal” existiendo una clara marginación a la víctima; y a más de 9 años de la reforma constitucional al sistema procesal penal publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 18 de junio de 2008, considero necesario revisar los avances o retrocesos sobre este tema, analizándolo desde la óptica doctrinal, legislativa y jurisprudencial, sin olvidar los paradigmas contenidos en la reforma constitucional en materia de derechos humanos publicada en Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011

---

188 Antonio Sorela Castillo, Profesor de la Universidad Iberoamericana, Vicepresidente de la Mundial de Abogados.  
E-mail: aleros\_kas11@hotmail.com

que se relacionan directamente con la víctima, este trabajo analiza en principio conceptos de vital importancia tales como víctima, ofendido, imputado, entre otros, así también se hace un recorrido histórico del reconocimiento de los derechos tutelados a favor de la víctima u ofendido, es decir, analizando las reformas a la constitución federal de los años de 1993, 2000 y 2008, al igual se incluye dentro de este artículo criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la cual se fija las bases de respeto y protección de los derechos humanos a favor de la víctima u ofendido, tales como la suplencia de la queja deficiente en materia penal en favor de la víctima u ofendido del delito y la posibilidad de la víctima u ofendido en promover el juicio de amparo en contra de la resolución que niega el libramiento de la orden de aprehensión (emitiendo una reflexión sobre dichos criterios).

Este trabajo tiene la intención de hacer un recorrido histórico sobre el reconocimiento de los derechos humanos de la víctima en el sistema jurídico mexicano, evaluar los avances en materia legislativa y jurisprudencial.”<sup>189</sup>

## 1.1 Marco Teórico – Conceptual

En el derecho penal como figuras protagónicas encontramos al “sujeto activo (imputado) y el sujeto pasivo (víctima)” el primero de ellos como resultado de su conducta se hace acreedor a una sanción y el segundo merece la restitución de su bien jurídico tutelado por la norma y la reparación del daño.

Considero indispensable, abordar el tema de las diversas denominaciones con las que se relaciona a nuestros protagonistas, ello con la finalidad de no utilizar una terminología carente de técnica.

### 1.1.2 Víctima

Por cuanto hace al sujeto pasivo, tanto la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) como el Código Nacional de Procedimientos Penales hacen referencia a estas designaciones: víctima u ofendido, tales denominaciones

189 Islas de González, Mariscal, Olga. Los derechos de las víctimas y de los ofendidos por el delito. Instituto de investigaciones jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2003.

podrían considerarse como sinónimos, sin embargo, esta última tiene una connotación más extensa porque no solo comprende al agraviado sino a otras personas, por ejemplo en el caso de robo de vehículo, la víctima es aquella a la que le quitaron el vehículo en el supuesto que no fuera el propietario, y el ofendido resulta aquel que no presenció el hecho pero que le causa un daño al haberse robado el vehículo que es de su propiedad.

Considero importante invocar la definición de víctima citada en la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas del Delito y el Abuso del Poder aprobado por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas y de la que México es parte, precisamente en el numeral 1 de su Apartado A, denominado “Las víctimas de delitos”, precisa que se entenderemos por víctimas:

“(…) a las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente (…)”<sup>190</sup>

También el CNPP en su artículo 108 define a la víctima de la siguiente manera: “se considera víctima del delito al sujeto pasivo que resiente directamente sobre su persona la afectación producida por la conducta delictiva.”<sup>191</sup>

Por cuanto hace a la aportación doctrinal que hace el profesor Henry Pratt, quien señala que “una persona es victimizada cuando cualquiera de sus derechos ha sido violado por actos deliberados y maliciosos. Así, víctima sería la persona sobre quien recae la acción criminal, o sufre en sí o en sus derechos las consecuencias nocivas de dicha acción.”<sup>192</sup>

---

190 Organización de las Naciones Unidas. Declaración sobre los *Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder*. Adoptada por la Asamblea General en su Resolución 40/34, de fecha 29 de noviembre de 1985.

191 Código Nacional de Procedimientos Penales, Art. 108, párrafo primero.

192 Henry Pratt Faechild, *Diccionario de Sociología*, fce, México, 1980, p. 311.

### 1.1.3 Ofendido

“Se considerará ofendido a la persona física o moral titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la acción u omisión prevista en la ley penal como delito.”<sup>193</sup>

### 1.1.4 Imputado

Por cuanto hace al sujeto activo del delito, tenemos que tanto la doctrina como la legislación utilizan diversos nombres para referirse al sujeto activo del delito, entre tantos aparecen los siguientes: inculpado, probable responsable, indiciado, procesado, enjuiciado, presunto responsable, etc.

La propia CPEUM, hace una mescolanza en la forma de llamar al sujeto activo, utilizando las siguientes denominaciones: inculpado, indiciado, procesado e imputado.

Por otra parte, el CNPP solo menciona dos formas para referirse al sujeto activo “Imputado y Procesado” ello deviene sin duda al respeto que merece el principio de presunción de inocencia, así también tenemos algunas contradicciones sobre hasta que momento de debe llamar Imputado, los mismo juzgadores refirieron que el sujeto activo recibe el nombre de imputado hasta que formalmente formula imputación, sin embargo es la propia Constitución que refiere que las personas desde el momento de su detención debe llamarse imputado, lo cual queda plasmado en el artículo 20, apartado B, fracción VIII, en la que refiere que la persona imputada puede nombrar su defensor incluso desde el momento de su detención, la constitución no refiere expresamente que antes que se formule la imputación deba denominarse al sujeto activo “detenido o investigado”, considero que la denominación imputado lejos de ser un acto de molestia es una forma de respetar su presunción de inocencia.

Me atrevo a proponer una propia definición que reza de la siguiente manera: Imputado es “El sujeto a quien se le presume su participación en un hecho calificado

---

193 Ibidem, Art. 108.

por la ley penal como delito, teniendo dicha calidad desde el primer momento de su detención hasta la última resolución de autoridad nacional e internacional, respetando con ello el principio de presunción de inocencia”.

## **2.1 Antecedentes Históricos en México referente a la Víctima u ofendido**

Tal parece que ya se ha escrito mucho del tema de la Víctima, sin embargo los doctrinarios no lo han abordado suficientemente, empero, se han ocupado del tema otras disciplinas, tales como la criminología, la victimología y la sociología criminal. Es importante analizar desde cuándo y en que ordenamiento jurídico aparecen reconocidos los derechos de las víctimas en México, por lo que estimo conveniente anunciarlos de la siguiente manera:

### **2.1.1 Reforma Constitucional al artículo 20 del año 1993**

La profesora Olga Islas es acertada al indicar que el primer antecedente<sup>194</sup> que se conoce del reconocimiento de derechos de la víctima, lo encontramos en el último párrafo del artículo 20 de la CPEUM reformado en el año de 1993 que a la letra decía “en todo proceso penal, la víctima o el ofendido por algún delito, tendrá derecho recibir asesoría jurídica, a que se le satisfaga la reparación del daño cuando proceda, a coadyuvar con el Ministerio Público, a que se le preste atención médica de urgencia cuando la requiera y, los demás que señalen las leyes”<sup>195</sup>. En virtud que antes de dicha reforma solo se reconocían derechos (antes llamadas garantías) al hoy imputado.

De lo anterior observamos que los derechos reconocidos a la víctima son los siguientes:

- \* Recibir asesoría jurídica.
- \* La reparación del daño.
- \* Coadyuvar con el Ministerio Público.
- \* Atención médica de urgencia.

194 Op. Cit. Islas de González, Mariscal, Olga. Los derechos de las víctimas y de los ofendidos por el delito, p 7.

195 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, último párrafo del artículo 20, reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 03 de septiembre de 1993.

\* Los demás que señalen las leyes.

El último derecho aunque no es concreto, es demasiado amplio, es decir, deja abierta una enorme ventana para que todos aquellos derechos que se reconozcan en otras leyes puedan ser tutelados a favor de la víctima. Sin duda esta reforma fue un precedente importante, sin embargo, fue solo un escalón en la escalera del reconocimiento constitucional de los derechos humanos de la víctima.

### **2.1.2 Reforma Constitucional al artículo 20 del año 2000**

En la busque de los antecedentes jurídicos en nuestro país en torno a los derechos de las víctimas, nos remontamos al año 2000, donde se adiciono al artículo 20 constitucional el apartado “B”<sup>196</sup> en donde se recocía un catálogo más amplio de derechos en favor de la víctima que quedo de la siguiente manera:

“Artículo 20. En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima, o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

B. De la víctima o del ofendido.

- I.- Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal;
- II.- Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la averiguación previa como en el proceso, y a que se desahoguen las diligencias correspondientes.

Cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa;

- III.- Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia;

---

196 Op. Cit. Islas de González, Mariscal, Olga. Los derechos de las víctimas y de los ofendidos por el delito, p 9.

- IV.- Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria.

La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño;

- V.- Cuando la víctima o el ofendido sean menores de edad, no estarán obligados a carearse con el inculpado cuando se trate de los delitos de violación o secuestro. En estos casos, se llevarán a cabo declaraciones en las condiciones que establezca la ley; y
- VI.- Solicitar las medidas y providencias que prevea la ley para su seguridad y auxilio.”<sup>197</sup>

### **1.1.3 Reforma Constitucional al artículo 20 del año 2008**

La reforma publicada en el DOF el 18 de junio de 2008, fue el cambio al sistema procesal penal en nuestro país, es decir, se cambia el sistema mixto a un sistema acusatorio y oral, y a su vez los derechos humanos de la víctima se insisten en el apartado “C”, tal como quedó plasmado de la siguiente manera:

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

- A. De los principios generales (...)
- B. De los derechos de toda persona imputada (...)
- C. De los derechos de la víctima o del ofendido:
- I. Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal;

---

197 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, adición del apartado “B” al artículo 20, reforma que entro en vigor el 21 de marzo 2001.

- II. Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la investigación como en el proceso, a que se desahoguen las diligencias correspondientes, y a intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la ley.

Cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa;

- III. Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia;
- IV. Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño, sin menoscabo de que la víctima u ofendido lo pueda solicitar directamente, y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria.

La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño;

- V. Al resguardo de su identidad y otros datos personales en los siguientes casos: cuando sean menores de edad; cuando se trate de delitos de violación, secuestro o delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa.

El Ministerio Público deberá garantizar la protección de víctimas, ofendidos, testigos y en general todas los sujetos que intervengan en el proceso. Los jueces deberán vigilar el buen cumplimiento de esta obligación;

- VI. Solicitar las medidas cautelares y providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos, y

- VII. Impugnar ante autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño.”<sup>198</sup>

De lo anterior observamos que sin duda existe una gran diferencia entre los escasos derechos reconocidos en 1993 y los ahora tutelados en la reforma de 2008, por lo que es claro que se ha avanzado en este tema.

### 3. Criterios emitidos por tribunales mexicanos

No obstante del recorrido histórico que hemos realizado y sin duda un paso gigantesco sobre el reconocimiento de derechos para la víctima, considero importante que en este trabajo demos un vistazo a los criterios emitidos por los tribunales mexicanos, en virtud que la considero que la jurisprudencia es el medio conductor que actualiza las disposiciones de la ley reglamentaria y evita que el derecho positivo caiga en desuso.

En principio de cuenta invocare dos jurisprudencias que tratan sobre el tema de la **suplencia de la queja deficiente en materia penal**, las cuales transcribo a continuación:

#### “Tesis: 1a./J. 29/2013 (10a.)

SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE EN MATERIA PENAL. OPERA EN FAVOR DE LA VÍCTIMA U OFENDIDO POR EL DELITO, CONFORME AL MARCO CONSTITUCIONAL SOBRE DERECHOS HUMANOS QUE RESGUARDAN LOS ARTÍCULOS 20, APARTADO B Y 1o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, NO OBSTANTE QUE EL ARTÍCULO 76 BIS, FRACCIÓN II, DE LA LEY DE AMPARO, LA PREVEA SÓLO EN BENEFICIO DEL REO.”<sup>199</sup>  
Dicha jurisprudencia sienta las bases para poder suplir la queja deficiente en

198 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reforma al artículo 20, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, y reforma a la fracción V publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de julio de 2011.

199 [http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e1000000000&Apendice=1000000000000&Expresion=suplencia%2520v%25C3%25A0Detima&Dominio=Rubro,Texto&TA\\_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=35&Epp=20&Desde=-100&Hasta= 00&Index=0&ID=2004998&Hit=10&IDs=2007120,2007109,2006641,2006785,2006643,2006727,2005955](http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e1000000000&Apendice=1000000000000&Expresion=suplencia%2520v%25C3%25A0Detima&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=35&Epp=20&Desde=-100&Hasta= 00&Index=0&ID=2004998&Hit=10&IDs=2007120,2007109,2006641,2006785,2006643,2006727,2005955),

favor de la víctima u ofendido, ello en virtud que de acuerdo a los dispuesto por el artículo 20, apartados A y B de la Constitución Federal, se coloca en un mismo plano los derechos del acusado y los de la víctima u ofendido; además, porque el segundo párrafo del numeral 1º. Constitucional exige que las normas relativas a los derechos humanos se interpreten de conformidad con la propia Constitución Federal y con los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte, de forma que favorezca ampliamente a las personas, lo que se traduce en la obligación de analizar el contenido y alcance de tales derechos a partir del principio pro homine, por lo que es claro que el artículo 76 Bis, fracción II, de la Ley de Amparo es discriminatorio en relación a la víctima, toda vez que autoriza la suplencia de la queja deficiente sólo en favor del reo, olvidando a todas luces los derechos humanos en favor del sujeto pasivo del delito, por lo tanto con este criterio progresivo se autoriza la posibilidad de la víctima a que se le supla la queja deficiente, con lo cual se nota que la SCJN ha evolucionado significativamente respecto a la visión protectora de los derechos humanos de la víctima u ofendido.

### “Tesis: VII.4o.P.T. J/3 (10a.)

SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE EN MATERIA PENAL. CUANDO EL INculpADO Y LA VÍCTIMA U OFENDIDO DEL DELITO CONCURREN EN CUALQUIERA DE LAS INSTANCIAS DEL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO O EN EL RECURSO DE QUE SE TRATE, CON EL CARÁCTER DE QUEJOSO O TERCERO INTERESADO, EL JUZGADOR, PREVIO A DETERMINAR SU PROCEDENCIA, DEBE PONDERAR LOS DERECHOS SUBJETIVOS PÚBLICOS DE ÉSTOS Y RESOLVER COMO CORRESPONDA EN DERECHO.”<sup>200</sup>

Este criterio aunque parece muy claro, hoy en día algunos tribunales aún tiene dudas sobre en qué momento se debe suplir la queja deficiente de la víctima u ofendido, es decir, cuando existan violaciones a derechos humanos tutelados por el artículo 1 y 20 apartado B de la Constitución Federal, deberá el juzgador suplir la queja deficiente siempre y cuando la víctima u ofendido hayan recurrido a pedir

2005915,2005916,2004998,2004997,2004806,2004805,2004438,2004439,2004440,2004275,2004114,2004133,2003213&tipoTesis=&Semanao=0&tabla= (fecha de consulta 15 de Diciembre de 2014).

200 [http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e1000000000&Apendice=100000000000&Expresion=suplencia%2520v%25C3%25A2etima&Dominio=Rubro,Texto&TA\\_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=35&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&ID=2007120&Hit=1&IDs=2007120,2007109,2006641,2006785,2006643,2006727,2005955,2005915,2005916,2004998,2004997,2004806,2004805,2004438,2004439,2004440,2004275,2004114,2004133,2003213&tipoTesis=&Semanao=0&tabla= \(fecha de consulta 15 de Diciembre de 2014\).](http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e1000000000&Apendice=100000000000&Expresion=suplencia%2520v%25C3%25A2etima&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=35&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&ID=2007120&Hit=1&IDs=2007120,2007109,2006641,2006785,2006643,2006727,2005955,2005915,2005916,2004998,2004997,2004806,2004805,2004438,2004439,2004440,2004275,2004114,2004133,2003213&tipoTesis=&Semanao=0&tabla= (fecha de consulta 15 de Diciembre de 2014).)

el amparo y protección de la justicia federal de lo contrario no podrá entrar al estudio de dicha deficiencia, sin embargo, reflexiono que la suplencia tiene que ser absoluta, no obstante que el sujeto pasivo del delito no se haya quejado, pues el estudio de violación de derechos humanos es ex officio, por lo que el juzgador tiene la obligación de suplir en todo momento.

### 3.2 Posibilidad de la víctima u ofendido de interponer juicio de amparo

Un gran avance sin duda fue el criterio emitido por la SCJN que a continuación se transcribe:

**“Tesis: 1a. CXXVIII/2014 (10a.)**

**VÍCTIMA U OFENDIDO DEL DELITO. TIENE LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA INTERPONER JUICIO DE AMPARO CONTRA LA RESOLUCIÓN JURISDICCIONAL QUE NIEGA LIBRAR UNA ORDEN DE APREHENSIÓN (INTERRUPCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA 1a./J. 85/2001).**

Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis 7/2000-PS, de la que derivó la jurisprudencia 1a./J. 85/2001, de rubro: “ORDEN DE APREHENSIÓN. ES IMPROCEDENTE EL JUICIO DE AMPARO EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN JURISDICCIONAL QUE NIEGA SU LIBRAMIENTO.”<sup>201</sup> Al reflexionar sobre esta jurisprudencia, la cual considero de las más acertadas y progresivas en el tema protección de los derechos humanos de la víctima, aplaudo la decisión del máximo tribunal mexicano para fijar con sensatez este criterio otorgando a las víctimas la legitimación para impugnar la determinación del juez que niega el libramiento de una orden de aprehensión, pues de haber continuado con el anterior criterio se estaría haciendo una interpretación restrictiva que no favorece los derechos de las víctimas de contar con un recurso efectivo, luego entonces, la víctima tiene la posibilidad de acceder al juicio de amparo para tratar de combatir la resolución jurisdiccional que niega librar una orden de aprehensión, con lo cual se tutelan derechos humanos previstos en la Carta Magna e instrumentos internacionales de los que el Estado mexicano es parte.

201 [http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e2e000000000000&Apndice=1000000000000&Expresion=derechos%2520humanos%2520de%2520la%2520victimia&Dominio=Rubro,Texto&TA\\_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=12&Epp=20&Desde=-100&Hasta=00&Index=0&ID=2006183&Hit=2&IDs=2006180,2006183,2005810,2004998,2003918,2002996,2003047,2001626,2001745,2000219,160488,163164&tipoTesis=&Semanario=0&tabla=](http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e2e000000000000&Apndice=1000000000000&Expresion=derechos%2520humanos%2520de%2520la%2520victimia&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=12&Epp=20&Desde=-100&Hasta=00&Index=0&ID=2006183&Hit=2&IDs=2006180,2006183,2005810,2004998,2003918,2002996,2003047,2001626,2001745,2000219,160488,163164&tipoTesis=&Semanario=0&tabla=) (fecha de consulta 15 de Diciembre de 2014).

## **4. Derechos de la Víctima u Ofendido y del Imputado previstos en el CNPP y la LGV**

### **4.1 Derechos de la víctima u ofendido tutelados por el CNPP**

En este ordenamiento se incluyen diversas disposiciones relativas a las víctimas y a los ofendidos, las más importantes deviene de manera directa de los postulados constitucionales contenidos en el artículo 20, derivadas de las reformas constitucionales del 18 de junio de 2008 y 10 de junio de 2011.

A continuación hago notar preceptos del CNPP<sup>202</sup> en donde se contempla la figura de la víctima y ofendido:

Artículo 17. Derecho a una defensa y asesoría jurídica adecuada e inmediata.

Artículo 18. Garantía de ser informado de sus derechos

Artículo 110. Designación de Asesor jurídico

Artículo 111. Restablecimiento de las cosas al estado previo

Artículo 137. Medidas de protección

Artículo 138. Providencias precautorias para la restitución de derechos de la víctima

Artículo 154. Procedencia de medidas cautelares

Artículo 170. Riesgo para la víctima u ofendido, testigos o para la comunidad

A partir del art. 253 al 257 se observa las determinaciones ministeriales diferentes al ejercicio de la acción penal, me refiero a la Facultad de Abstención de Investigar, Archivo Temporal, Criterio de Oportunidad y No ejercicio de la Acción Penal, en dichas determinaciones se obliga que deben ser notificadas personalmente a las víctimas u ofendidos para que en su caso si lo estime conveniente pueda impugnarlas ante el órgano jurisdiccional en un plazo de 10 días.

Después de analizar el CNPP considero que es muy específico en tratándose de Derechos de la víctima y ofendido, amplía el catalogo establecido en el artículo 20 Constitucional, sin embargo, considero que el Estado mexicano debe de prestar apoyo total y protección inmediata a la víctima del delito, que las autoridades en el ámbito de su competencia hagan efectiva la tutela de los derechos humanos de las

---

202 Ibídem, CNPP diversos artículos.

víctimas, invocando los medios de defensa que otorga la constitución federal, es decir, el *principio pro persona*, *principio de interpretación conforme*, *control difuso de convencionalidad* y los *cuatro principio de los derechos humanos universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad*), Con el único objetivo que exista una verdadera justicia para la víctima del delito.

#### **4.2 Derechos del Imputado tutelados por el CNPP**

El imputado tendrá los siguientes derechos:

- I. A ser considerado y tratado como inocente hasta que se demuestre su responsabilidad;
- II. A comunicarse con un familiar y con su Defensor cuando sea detenido, debiendo brindarle el Ministerio Público todas las facilidades para lograrlo;
- III. A declarar o a guardar silencio, en el entendido que su silencio no podrá ser utilizado en su perjuicio;
- IV. A estar asistido de su Defensor al momento de rendir su declaración, así como en cualquier otra actuación y a entrevistarse en privado previamente con él;
- V. A que se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el Ministerio Público o el Juez de control, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten, así como, en su caso, el motivo de la privación de su libertad y el servidor público que la ordenó, exhibiéndosele, según corresponda, la orden emitida en su contra;
- VI. A no ser sometido en ningún momento del procedimiento a técnicas ni métodos que atenten contra su dignidad, induzcan o alteren su libre voluntad;
- VII. A solicitar ante la autoridad judicial la modificación de la medida cautelar que se le haya impuesto, en los casos en que se encuentre en prisión preventiva, en los supuestos señalados por este Código;

- VIII. A tener acceso él y su defensa, salvo las excepciones previstas en la ley, a los registros de la investigación, así como a obtener copia gratuita, registro fotográfico o electrónico de los mismos, en términos de los artículos 218 y 219 de este Código.
- IX. A que se le reciban los medios pertinentes de prueba que ofrezca, concediéndosele el tiempo necesario para tal efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite y que no pueda presentar directamente, en términos de lo establecido por este Código;
- X. A ser juzgado en audiencia por un Tribunal de enjuiciamiento, antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa;
- XI. A tener una defensa adecuada por parte de un licenciado en derecho o abogado titulado, con cédula profesional, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención y, a falta de éste, por el Defensor público que le corresponda, así como a reunirse o entrevistarse con él en estricta confidencialidad;
- XII. A ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete en el caso de que no comprenda o hable el idioma español; cuando el imputado perteneciere a un pueblo o comunidad indígena, el Defensor deberá tener conocimiento de su lengua y cultura y, en caso de que no fuere posible, deberá actuar asistido de un intérprete de la cultura y lengua de que se trate;
- XIII. A ser presentado ante el Ministerio Público o ante el Juez de control, según el caso, inmediatamente después de ser detenido o aprehendido;
- XIV. A no ser expuesto a los medios de comunicación;
- XV. A no ser presentado ante la comunidad como culpable;
- XVI. A solicitar desde el momento de su detención, asistencia social para los menores de edad o personas con discapacidad cuyo cuidado personal tenga a su cargo;
- XVII. A obtener su libertad en el caso de que haya sido detenido, cuando no

se ordene la prisión preventiva, u otra medida cautelar restrictiva de su libertad;

- XVIII. A que se informe a la embajada o consulado que corresponda cuando sea detenido, y se le proporcione asistencia migratoria cuando tenga nacionalidad extranjera, y
- XIX. Los demás que establezca este Código y otras disposiciones aplicables.”<sup>203</sup>

### **4.3 Derechos de las Víctimas tutelados en la Ley General de Víctimas (LGV)**

La LGV menciona de forma enunciativa y no limitativa ciertos derechos que se reconocen a favor de las víctimas u ofendidos de acuerdo a lo previsto en la CPEUM, tratados internacionales y leyes en materia de atención a víctimas, es especial sobre un trato digno, asistencia jurídica, ayuda y protección de sus derechos, acceso a la justicia y reparación integral del daño; por lo que me permito transcribir el artículo 7 de la multicitada ley:

“Artículo 7. Los derechos de las víctimas que prevé la presente Ley son de carácter enunciativo y deberán ser interpretados de conformidad con lo dispuesto en la Constitución, los tratados y las leyes aplicables en materia de atención a víctimas, favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia de sus derechos.

Las víctimas tendrán, entre otros, los siguientes derechos:

- I. A una investigación pronta y eficaz que lleve, en su caso, a la identificación y enjuiciamiento de los responsables de violaciones al Derecho Internacional de los derechos humanos, y a su reparación integral;
- II. A ser reparadas por el Estado de manera integral, adecuada, diferenciada, transformadora y efectiva por el daño o menoscabo que han sufrido en sus derechos como consecuencia de violaciones a derechos humanos y por los daños que esas violaciones les causaron;

---

203 Ibidem, CNPP, Art. 113.

- III. A conocer la verdad de lo ocurrido acerca de los hechos en que le fueron violados sus derechos humanos para lo cual la autoridad deberá informar los resultados de las investigaciones;
- IV. A que se le brinde protección y se salvaguarde su vida y su integridad corporal, en los casos previstos en el artículo 34 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada;
- V. A ser tratadas con humanidad y respeto de su dignidad y sus derechos humanos por parte de los servidores públicos y, en general, por el personal de las instituciones públicas responsables del cumplimiento de esta Ley, así como por parte de los particulares que cuenten con convenios para brindar servicios a las víctimas;
- VI. A solicitar y a recibir ayuda, asistencia y atención en forma oportuna, rápida, equitativa, gratuita y efectiva por personal especializado en atención al daño sufrido desde la comisión del hecho victimizante, con independencia del lugar en donde ella se encuentre, así como a que esa ayuda, asistencia y atención no dé lugar, en ningún caso, a una nueva afectación;
- VII. A la verdad, a la justicia y a la reparación integral a través de recursos y procedimientos accesibles, apropiados, suficientes, rápidos y eficaces;
- VIII. A la protección del Estado, incluido el bienestar físico y psicológico y la seguridad del entorno con respeto a la dignidad y privacidad de la víctima, con independencia de que se encuentren dentro un procedimiento penal o de cualquier otra índole. Lo anterior incluye el derecho a la protección de su intimidad contra injerencias ilegítimas, así como derecho a contar con medidas de protección eficaces cuando su vida o integridad personal o libertad personal sean amenazadas o se hallen en riesgo en razón de su condición de víctima y/o del ejercicio de sus derechos;
- IX. A solicitar y a recibir información clara, precisa y accesible sobre las rutas y los medios de acceso a los procedimientos, mecanismos y medidas que se establecen en la presente Ley;

- X. A solicitar, acceder y recibir, en forma clara y precisa, toda la información oficial necesaria para lograr el pleno ejercicio de cada uno de sus derechos;
- XI. A obtener en forma oportuna, rápida y efectiva todos los documentos que requiera para el ejercicio de sus derechos, entre éstos, los documentos de identificación y las visas;
- XII. A conocer el estado de los procesos judiciales y administrativos en los que tenga un interés como interviniente;
- XIII. A ser efectivamente escuchada por la autoridad respectiva cuando se encuentre presente en la audiencia, diligencia o en cualquier otra actuación y antes de que la autoridad se pronuncie;
- XIV. A ser notificada de las resoluciones relativas a las solicitudes de ingreso al Registro y de medidas de ayuda, de asistencia y reparación integral que se dicten;<sup>204</sup>
- XV. A que el consulado de su país de origen sea inmediatamente notificado conforme a las normas internacionales que protegen el derecho a la asistencia consular, cuando se trate de víctimas extranjeras;
- XVI. A la reunificación familiar cuando por razón del tipo de victimización su núcleo familiar se halla dividido;
- XVII. A retornar a su lugar de origen o a reubicarse en condiciones de voluntariedad, seguridad y dignidad;
- XVIII. A acudir y a participar en escenarios de diálogo institucional;
- XIX. A ser beneficiaria de las acciones afirmativas y programas sociales públicos para proteger y garantizar sus derechos;
- XX. A participar en la formulación, implementación y seguimiento de la política pública de prevención, ayuda, atención, asistencia y reparación integral;
- XXI. A que las políticas públicas que son implementadas con base en la presente Ley tengan un enfoque transversal de género y diferencial, particularmente en atención a la infancia, los adultos mayores, la

población indígena y las personas en situación de desplazamiento interno;

- XXII. A no ser discriminadas ni limitadas en sus derechos;
- XXIII. A recibir tratamiento especializado que le permita su rehabilitación física y psicológica con la finalidad de lograr su reintegración a la sociedad;
- XXIV. A acceder a los mecanismos de justicia disponibles para determinar la responsabilidad en la comisión del delito o de la violación de los derechos humanos;
- XXV. A tomar decisiones informadas sobre las vías de acceso a la justicia o mecanismos alternativos;
- XXVI. A una investigación pronta y efectiva que lleve a la identificación, captura, procesamiento y sanción de manera adecuada de todos los responsables del daño, al esclarecimiento de los hechos y a la reparación del daño;
- XXVII. A participar activamente en la búsqueda de la verdad de los hechos y en los mecanismos de acceso a la justicia que estén a su disposición, conforme a los procedimientos establecidos en la ley de la materia;
- XXVIII. A expresar libremente sus opiniones e intereses ante las autoridades e instancias correspondientes y a que éstas, en su caso, sean consideradas en las decisiones que afecten sus intereses;
- XXIX. Derecho a ejercer los recursos legales en contra de las decisiones que afecten sus intereses y el ejercicio de sus derechos;
- XXX. A que se les otorgue, la ayuda provisional de los Recursos de Ayuda de la Comisión Ejecutiva o de las Comisiones de víctimas en los términos de la presente Ley;
- XXXI. A recibir gratuitamente la asistencia de un intérprete o traductor de su lengua, en caso de que no comprendan el idioma español o tenga discapacidad auditiva, verbal o visual;

- XXXII. A trabajar de forma colectiva con otras víctimas para la defensa de sus derechos, incluida su reincorporación a la sociedad;
- XXXIII. A participar en espacios colectivos donde se proporcione apoyo individual o colectivo que le permita relacionarse con otras víctimas;
- XXXIV. Toda comparecencia ante el órgano investigador, el juez o tribunal, organismo público de protección de los derechos humanos, o ante cualquiera otra autoridad o perito que requiera la presencia de la víctima, se considerará justificada para los efectos laborales y escolares, teniendo ella derecho a gozar del total de los emolumentos a que se refiere la Ley Federal del Trabajo;
- XXXV. La protección de las víctimas del delito de secuestro, desaparición forzada de personas, otras formas de privación de la libertad contrarias a la Ley, trata de personas, tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de los intervinientes o colaboradores en un procedimiento penal, así como de las personas o familiares cercanas a todos ellos, se otorgará además de los dispuesto por esta Ley en términos de la legislación aplicable;
- XXXVI. Tener acceso ágil, eficaz y transparente a los fondos de ayuda federal y estatales en términos de esta Ley, y
- XXXVII. Los demás señalados por la Constitución, los Tratados Internacionales, esta Ley y cualquier otra disposición en la materia o legislación especial.

## 5. Ponderación de derechos de la Víctima frente al imputado

Aunque uno de los principios que rigen el Proceso penal mexicano es el de ***Igualdad procesal***, podemos observar que existe una desigualdad muy notoria, inclinándose en muchas ocasiones a favor del imputado, por ejemplo la *Carga de la prueba*, el *Descubrimiento probatorio*, la *Suplencia de la queja* y *Asesoría Jurídica Pública*.

## 5.1 Carga de la prueba<sup>205</sup>

De acuerdo al artículo 130 del CNPP la carga de la prueba recae a la parte acusadora, por lo que tiene la obligación de demostrar la culpabilidad del imputado, por lo tanto como lo hemos visto en tantos juicios, ni siquiera es necesario que la defensa haga un trabajo activo, es decir, ha bastado con ejercer la llamada defensa pasiva, esperando en muchos casos que el ministerio público cometa algún error, se quede sin pruebas, o hasta la víctima se desespere y ya no quiera continuar con el proceso.

## 5.2 Descubrimiento probatorio<sup>206</sup>

En principio diremos que el descubrimiento probatorio consiste en la obligación de las partes de darse a conocer entre ellas en el proceso, los medios de prueba que pretendan ofrecer en la audiencia de juicio, como lo observamos a continuación:

- Ministerio Público, el descubrimiento comprende el acceso y copia a ***todos los registros de la investigación***, así como a los lugares y objetos relacionados con ella, ***incluso de aquellos elementos que no pretenda ofrecer como medio de prueba en el juicio***, debiendo permitir el acceso del imputado o su Defensor a los nuevos elementos que surjan en el curso de la investigación
- Imputado o el defensor, consiste en entregar materialmente copia de los registros al Ministerio Público a su costa, y acceso a las ***evidencias materiales que ofrecerá*** en la audiencia intermedia.
- La víctima u ofendido o el asesor jurídico deberán descubrir los medios de prueba que pretendan ofrecer en la audiencia del juicio.

Como podemos observar, por cuanto hace a la fiscalía esta tiene la obligación de realizar el descubrimiento probatorio de todo lo investigado incluso de aquello que no vaya a llevar a juicio, sin embargo, el imputado solo está obligado a descubrir aquellas evidencias que ofrecerá ante el juez de control, es decir, puede ocultar lo

205 Ibidem, art. 130 del CNPP.

206 Ibidem, art. 337 del CNPP.

que considere necesario con el objetivo de no perjudicarlo, con lo cual no estoy de acuerdo, aunque ciertos académicos consideran que de no ser así vulnerarían el principio de no auto incriminarse, con lo cual estoy en desacuerdo toda vez que el descubrir no implica el aceptar alguna responsabilidad, al contrario se observaría una pulcritud en las investigaciones penales.

Ahora bien el ultimo parrado del artículo 337 del CNPP muestra nuevamente un privilegio para el imputado pueda gozar de un plazo mayor caso que requiera más tiempo para preparar el descubrimiento o su caso.

### **5.3 Suplencia de la queja<sup>207</sup>**

El artículo 79 de la Ley de Amparo establece que la autoridad que conozca del juicio de amparo deberá suplir la deficiencia de los conceptos de violación o agravios, y en especial precisa que en materia penal opera a favor del inculgado o sentenciado así como en favor del ofendido o víctima en los casos en que tenga el carácter de quejoso o adherente. Por lo tanto de acuerdo a dicha normatividad existe la suplencia tanto para el imputado como para la víctima, lo cual considero que no tiene cabida, es decir, en ciertos casos ambas partes pueden recurrir como quejosos y puede ser que se pueda suplir las deficiencias, en verdad me parece aberrante, por lo que opino que sería adecuado que si persistiera la suplencia pero solo a favor de la victima u ofendido.

### **5.4 Asesoría jurídica pública**

Si bien es cierto, tanto la CPEUM y el CNPP prevén que la víctima u ofendido deben estar asistidos por un asesor jurídico pudiendo elegir un abogado particular o de manera gratuita el Estado deberá proporcionárselos, sin embargo, esto resulta una utopía, en virtud que ninguna entidad federativa han podido cumplir con este derecho, para muestra realizamos una investigación en ciertos estados y hacemos una comparación frente al número de defensores públicos:

---

207 Ley de Amparo, reglamentaria del artículo 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Art. 79.

## Conclusión

Sin duda puedo concluir que con los criterios progresistas emitidos por la corte mexicana, así como los derechos consagrados en la CPEUM y el CNPP en favor de la víctima u ofendido tratan de reivindicar del delito basado en la cultura que proclama el respeto a los derechos humanos, sin embargo, estos deben ser protegidos de forma integral tanto al imputado como a la víctima u ofendido, además se debe legislar para lograr la efectividad de esos derechos, porque no basta con que se fundamente en ordenamientos perfectos, lo verdaderamente necesario es que sean reivindicaciones completamente garantes para la víctima u ofendido, así también estimo necesario que se analice con claridad sobre la desigualdad que existe entre quien es señalado como responsable del delito respecto a quien se le ha causado un daño, por lo tanto me permito proponer lo siguiente: no se debe dejar la carga de la prueba únicamente para quien acusa, sino también debe el imputado realizar una defensa activa, así también, todas las partes deben cumplir con las mismas obligaciones y en su caso prerrogativas tutelando con ellos el principio de igualdad de partes, proponga también que solamente se supla las deficiencias de la queja a la víctima o imputado, por último se debe trabajar para que exista en todo el país una verdadera unidad de asesoría jurídica gratuita, no debe existir mayor protección para el imputado respecto a la víctima.

## Referencias

### Bibliográficas

Henry Pratt Faechild, Diccionario de Sociología, fce, México, 1980, p. 311.

Islas de González, Mariscal, Olga. Los derechos de las víctimas y de los ofendidos por el delito.

Instituto de investigaciones jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2003.

### Hemerográficas

Organización de las Naciones Unidas. Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder. Adoptada por la Asamblea General en su Resolución 40/34, de fecha 29 de noviembre de 1985.

### Normativas

Código Nacional de Procedimientos Penales.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, último párrafo del artículo 20, reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 03 de septiembre de 1993.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, adición del apartado “B” al artículo 20, reforma que entro en vigor el 21 de marzo 2001.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reforma al artículo 20, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, y reforma a la fracción V publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de julio de 2011.

Ley General de Víctimas.

Ley de Amparo reglamentaria del artículo 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.



## PRIMERA INFANCIA, DERECHOS HUMANOS Y RÉGIMEN PENITENCIARIO: LOS NIÑOS Y NIÑAS COMO VÍCTIMAS<sup>208</sup>

*Msc. Alex David Marroquín Martínez<sup>209</sup>*

**Resumen:** El presente artículo pretende visibilizar la problemática que viven los niños y niñas que están en primera infancia, y que viven en prisión junto a sus madres declaradas responsables de un ilícito penal. La idea es presentar esa situación como una clara afectación de sus derechos humanos y como una modalidad de violencia que se ejerce contra estas personas desde la ley, la jurisprudencia y las prácticas institucionales, donde el Estado lejos de garantizar condiciones adecuadas para su desarrollo, los desprotege y favorece su vulneración.

**Palabras clave:** Primera infancia. Interés superior de la niñez. Responsabilidad penal de la madre. Vulneración de derechos. Ley penitenciaria y violencia hacia la niñez. Decisiones judiciales y ponderación de derechos de la niñez. Prisión domiciliar.

**Abstract:** *This article aims to visualize the problems experienced by children who are in early childhood, and who live in prison with their mothers declared responsible for a criminal offense. The idea is to present this situation as a clear affectation of their human rights and as a form of violence that is applied against these people*

---

208 En este trabajo reproduzco algunos argumentos que ya he utilizado en otros trabajos anteriores sobre el tema, denominados “Niñez y Régimen Penitenciario. Una realidad invisibilizada”; y “Violencia estatal desde la ley, la jurisprudencia y las prácticas institucionales: El caso de los niños y niñas que viven en prisión junto a sus madres en El Salvador”.

209 Magistrado de la Cámara Especializada de la Niñez y Adolescencia de El Salvador. Máster en Administración de Justicia con énfasis en relaciones familiares de la Universidad Nacional de Costa Rica, sede Heredia. Capacitador a tiempo parcial de la Escuela de Capacitación Judicial en materia de familia y niñez y adolescencia. Catedrático de la Universidad Gerardo Barrios, San Miguel, El Salvador en materia de familia y niñez y adolescencia.

*from the law, jurisprudence and institutional practices, where the State far from guaranteeing adequate conditions for its development, it unprotects and favors its violation.*

**Key words:** *Early childhood. Higher interest of childhood. Criminal responsibility of the mother. Rights violation. Penitentiary law and violence against children. Judicial decisions and weighting of children's rights. Home Prison.*

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Primera infancia: Concepto y protección normativa. 3. La primera infancia en la visión del Comité de los Derechos del Niño. 4. Primera infancia y derechos. 5. Normativa penitenciaria y derechos de la niñez. 6. La casuística en la jurisprudencia constitucional. 6.1. El caso y la demanda: Argumentos. 6.2. Admisión de la demanda y trámite. 6.3. Diversidad de opiniones: 6.3.1. Asamblea Legislativa. 6.3.2. Presidencia de la República. 6.3.3. Fiscalía General de la República. 6.3.4. La decisión y sus argumentos. 7. Comentarios críticos: 7.1. Modelo tutelar y Estado como vulnerador de derechos; 7.2. Los niños y niñas como víctimas. 8. Alternativas en la jurisprudencia comparada: Argentina. 9. Conclusiones. 10. Bibliografía.

## **1. Introducción**

En el mes de septiembre del año dos mil quince, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador emitió una sentencia en el proceso de Inconstitucionalidad con referencia 128-2012, sobre los Arts. 70 de la Ley Penitenciaria y Arts. 249 y 252 de su reglamento.

En el presente trabajo me propongo hacer un breve análisis de dicha sentencia, teniendo por finalidad demostrar, a partir de un enfoque de derechos humanos, que dicha decisión del máximo tribunal constitucional es en realidad una defensa del modelo tutelar, patriarcal, y consecuentemente se constituye en el favorecimiento de la vulneración de derechos para los niños y niñas de primera infancia.

Para ello el análisis parte de la conceptualización de primera infancia, de sus derechos, de la visión que sobre dicha etapa ha tenido el Comité de los Derechos del Niño; para luego contrastar dicha caracterización con lo resuelto por la Sala de lo Constitucional y las distintas opiniones institucionales que se generaron.

Finalmente planteo una serie de críticas a la decisión que tienen como base la conclusión de que el Estado tolera y promueve la violencia hacia los niños y niñas de primera infancia.

## 2. Primera infancia: Concepto y protección normativa

*“La infancia tiene sus propias maneras de ver, pensar y sentir; nada más insensato que pretender sustituirlas por las nuestras” (Jean Jacques Rousseau).* Con esta frase inicia el capítulo uno de un estudio realizado por UNICEF, Save the Children, Plan y FIECA, denominado *“Primera Infancia en El Salvador: estado actual y perspectivas”*<sup>210</sup>. La frase es más que reveladora pues nos ubica en el escenario de abandono del modelo tutelar y la acogida del modelo de la protección integral: El paso del niño y niña como objeto, dependiente de decisiones adultas al niño y niña como sujeto pleno de derechos, donde todo gira alrededor del respeto y la satisfacción de los derechos de dichas personas.

Dentro del universo de la niñez se puede identificar el grupo etario ubicado en lo que se llama primera infancia, que, de acuerdo a los especialistas puede ubicarse en los primeros ocho años de vida de un niño o niña. Por primera infancia se ha entendido que *“constituye el período que transcurre desde el nacimiento, el primer año de vida, el período preescolar hasta la transición hacia el período escolar (...) La primera infancia se corresponde con el período evolutivo de la vida en el que los niños y las niñas experimentan cambios madurativos muy acelerados y procesos de interacción social muy significativos. Durante este período, los niños son especialmente frágiles, vulnerables y dependientes. Pero al mismo tiempo atraviesan una etapa en la que el potencial de crecimiento y desarrollo individual es muy importante”*<sup>211</sup>

En la misma línea de análisis se sostiene, asimismo, que *“El desarrollo del niño es un proceso dinámico en que resulta sumamente difícil separar los factores físicos y los psicosociales, salvo en términos conceptuales. En estas condiciones, el*

---

210 Publicación *“Primera Infancia en El Salvador: estado actual y perspectivas”* auspiciada por UNICEF, Save the Children, Plan y FIECA, disponible en versión digital en la siguiente dirección: [https://www.unicef.org/elsalvador/Estudio\\_Primer\\_Infancia\\_estado\\_actual\\_y\\_perspectivas.pdf](https://www.unicef.org/elsalvador/Estudio_Primer_Infancia_estado_actual_y_perspectivas.pdf)

211 OEI y otros. SISTEMA DE INFORMACIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO EN LA PRIMERA INFANCIA EN LOS PAÍSES DE AMÉRICA LATINA. Marco teórico y metodológico, 2010. PP. 13. Disponible en: [http://www.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/siteal\\_libros\\_digitales\\_01\\_0.pdf](http://www.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/siteal_libros_digitales_01_0.pdf)

*desarrollo psicosocial consiste en el desarrollo cognoscitivo, social y emocional del ni no pequeño como resultado de la interacción continua entre el niño que crece y el medio que cambia (...) las diferencias del medio ecológico y cultural afectan profundamente al desarrollo tanto físico como mental. La acción recíproca con el medio define el carácter de las aptitudes y conocimientos adquiridos y la forma en que se los valora;*<sup>212</sup>.

También se ha dicho que *“La primera infancia es el período que se extiende desde el desarrollo prenatal hasta los ocho años de edad. Es el período más intenso de desarrollo cerebral de todo el ciclo de vida, y por tanto la etapa más crítica del desarrollo humano. Lo que ocurre antes del nacimiento y en los primeros años de vida tiene una influencia vital en la salud y en los resultados sociales. Aunque los factores genéticos inciden en el desarrollo del niño, las pruebas indican que el ambiente tiene una gran influencia en la primera infancia.”*<sup>213</sup>

Lo anterior destaca la importancia fundamental que tiene garantizar los derechos de la niñez y adolescencia que se ubica en los primeros seis años de vida. La atención adecuada en ese periodo de tiempo de los niños y niñas favorece, en el futuro, condiciones normales de desarrollo a todos los niveles, y, consecuentemente, augura un proceso de adaptación social adecuado que permita a los niños y niñas el desarrollo de sus facultades.

En esa tarea, por vigencia del principio de corresponsabilidad, le corresponde al padre, a la madre, a sus familia ampliada, a los responsables, a las instituciones públicas y privadas, y en general, a la sociedad, el generar las condiciones propicias que permitan la concreción de esa máxima del modelo de la protección integral de considerar a la niñez y adolescencia sujetos plenos de derechos y, a partir de ahí, cumplir con la obligación de reconocer, respetar y promover sus derechos como persona, en las condiciones particulares que se encuentran de acuerdo con su edad y madurez.

212 UNICEF. Desarrollo del niño en la primera infancia Dos documentos sobre la política y la programación del UNICEF. Programa de cooperación UNESCO-UNICEF, Pág. 1. Disponible en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0006/000695/069549so.pdf>

213 UNICEF/OMS: El Desarrollo del Niño en la Primera Infancia y la Discapacidad. Un documento de debate, 2013. PP.11. Disponible en [https://www.unicef.org/earlychildhood/files/ECDD\\_SPANISH-FINAL\\_\(low\\_res\).pdf](https://www.unicef.org/earlychildhood/files/ECDD_SPANISH-FINAL_(low_res).pdf)

En la normativa internacional relativa a niñez y adolescencia encontramos algunas referencias específicas a la primera infancia. Por ejemplo:

1. La Declaración de los Derechos del Niño, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959. En el principio 6, establece que *“salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre”*.

2. El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como “El Protocolo de San Salvador” adoptado por El Salvador el 17 de noviembre de 1988. En su Art. 17 indica que *“...salvo en circunstancias excepcionales reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre”*.

3. Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, adoptada por el primer Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, el 31 de julio de 1957, en su regla 23.2, establece que *“...Cuando se permita a las madres reclusas conservar su niño, deberán tomarse disposiciones para organizar una guardería infantil, con personal calificado, donde estarán los niños cuando no se hallen atendidos por sus madres”*.

Un primer análisis que debe hacerse es sostener que los instrumentos internacionales descritos son anteriores a la Convención sobre los derechos del Niño (en adelante CSDN). Esto es importante destacarlo por cuanto lo que describen dichas normas internacionales es una visión de la niñez muy apegada a la presencia de la madre, de manera muy exclusiva. Esta visión debe entenderse en el marco del progresivo proceso de reconocimiento y desarrollo de los derechos de los niños y niñas en el entorno internacional, donde se fue avanzando, de manera paulatina, y se fue consolidando un marco regulatorio general más adecuado a la realidad de este sector de población.

En sus inicios es claro que la reglamentación internacional si bien se iba apartando de la idea del niño como objeto de protección, susceptible de estar vinculado a las decisiones adultas en todos los ámbitos de su vida, sin participación, sin opinión, sin reconocimiento pleno de todos los derechos que se reconocen a toda persona, es obvio que aún mantenía algunos rasgos que vinculaban a la niñez a un escenario

de dependencia basada en el rango edad y en la idea de una función parental sustitutiva de la voluntad, y no tomando en cuenta sus condiciones de madurez.

El tiempo en que fueron adoptados tales instrumentos refuerzan esta idea. En efecto, en los años 1957, 1959 y 1988 aun no contábamos con la CSDN, la cual estaba en proceso de diseño, de reflexión, de análisis; lo que equivale a decir que no contábamos con una visión de los derechos de la niñez acabada, que tomara en cuenta el desarrollo de las ciencias de la conducta, de la psicología, de la sociología, para entender mejor todo lo concerniente al desarrollo evolutivo de un niño o niña, de los elementos o condiciones que intervienen, de la constancia histórica de la forma en que se les había visibilizado antes.

Al aprobarse la CSDN, se produce un rompimiento pleno sobre las visiones de la niñez que hasta la época se habían sustentado. El nuevo instrumento internacional se erige como el régimen jurídico aplicable a la niñez en el mundo y, precisamente, su contenido gira en torno al abandono del niño como objeto al niño como sujeto de derechos, destacando el interés superior como principio fundamental y la obligación corresponsable de familia, Estado y sociedad en la dinámica de garantizar los derechos de la niñez.

La CSDN no tiene una norma específica para referirse a la primera infancia, y tampoco contempla en su texto lo que los instrumentos internacionales que he reseñado antes regulaban sobre la situación de esos niños y niñas respecto de la madre (Declaración de los Derechos del Niño, del año 1959, El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como *“El Protocolo de San Salvador”* de 1988, y Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de 1957).

Lo que puedo concluir es que la CSDN no podía reproducir esos mismos conceptos por cuanto esas ideas se alejaban o eran discordantes con la condición del niño como sujeto de derechos, en que se destaca su individualidad y sus derechos y se diferencia claramente del resto de miembros del grupo familiar.

Entonces, al no desarrollarse esos contenidos debe concluirse, desde mi punto de vista, que al día de hoy no es admisible la idea que el niño o niña a corta edad

debe, prioritaria y exclusivamente, estar al lado de la madre con exclusión del padre, responsable o cualquier otro miembro de la familia.

Dos razones, me parece, sostendrían esta postura en el texto de la CSDN. Por un lado, lo que se señala en el Art. 7 de su texto, sobre el derecho del niño o niña de conocer a su padre y a su madre si ello fuera posible; y, por otro lado, la idea de familia diversa que se reconoce en su texto, a partir de la lectura de los arts. 5, 9.3, 14.2, 16.1, 18.2 y 27.4

Se trata de construir la idea que el niño en su individualidad y derechos es autónomo respecto de un padre, una madre, o en general de una familia; es decir, la garantía en el reconocimiento y defensa de sus derechos no puede estar supeditada a la figura de un padre o una madre. En esa misma línea, el concepto de familia diversa, pluralista, ampliada que se hace en la CSDN nos reconduce a nueva visión de lo que eso significa familia, alejada de la visión clásica que la restringía a tener un padre y una madre, o lo que se conoce como familia nuclear.

En conclusión, del texto de la CSDN podemos afirmar que el niño o niña tiene derecho a ser parte de una familia; esa familia puede tener una estructura organizativa diversa, alejada de los patrones clásicos de organización, y que dentro de la dinámica familiar es autónomo como persona y su individualidad debe respetarse en cuanto al reconocimiento y promoción de sus derechos. Esas ideas son incompatibles ahora con lo que se regulaba en los instrumentos internacionales anteriores a la CSDN.

### **3. La primera infancia en la visión del Comité de los Derechos del Niño**

El Comité de los Derechos del Niño (en adelante el Comité) ha evidenciado la importancia de la primera infancia, como etapa del desarrollo de los niños y las niñas. En el mes de noviembre de 2005 publicó su séptima observación general, la cual denominó *“Realización de los derechos del niño en la primera infancia”*<sup>214</sup>. En ella el Comité caracteriza a la primera infancia como el periodo comprendido desde el nacimiento hasta los ocho años de edad y en esa lógica incita a los Estados parte a reconsiderar sus obligaciones respecto de los niños y niñas pequeños.

---

214 Comité de los Derechos del Niño. 40º periodo de sesiones, Ginebra, 12 a 30 de septiembre de 2005; publicada el 14 de noviembre de ese mismo año

No es el objeto de este trabajo hacer un examen exhaustivo de la observación general número siete del Comité, sino desvelar los aspectos esenciales que nos conectan con el tema central del mismo: La situación de la niñez que vive en prisión junto a sus madres.

En ese sentido, el Comité destaca que hasta la existencia de la observación, los Estados definían la primera infancia a partir de la mortalidad infantil, del derecho a la identidad y de derecho a la salud. Pareciera ser que en esa etapa de la vida la concepción dominante había sido que sólo algunos de los derechos contenidos en la CSDN eran aplicables a la primera infancia.

Por eso el Comité quiere poner mucha relevancia a la idea que los niños y niñas pequeñas son portadores de todos los derechos reconocidos en la CSDN, y que el periodo de desarrollo evolutivo en que se encuentran es esencial para la realización de sus derechos. Por ello, dentro de sus objetivos se plantea la necesidad de reconocer que los niños y niñas pequeños tienen intereses propios, tienen todos los mismos derechos que reconoce la CSDN, tienen capacidades particulares, y sobre todo, que es necesario visualizar que también están en una situación de vulnerabilidad particular que requiere una atención especial del Estado, la familia y la sociedad.

El Comité, que recibe la información de todos los Estados sobre la situación de la niñez, se muestra preocupado porque éstos no hayan prestado la debida atención a la condición de los niños y niñas pequeñas como portadores de derechos, y que por ello las leyes, políticas y programas necesarios no hayan sido diseñados a partir de esa característica esencial.

Me parece importante destacar, a efectos de este trabajo, cuatro de las características que el Comité identifica en la primera infancia. Estas son las siguientes<sup>215</sup>:

- b) *Los niños pequeños crean vinculaciones emocionales fuertes con sus padres u otros cuidadores, de los que buscan y necesitan cuidado, atención, orientación y protección, que se ofrezcan de formas que sean respetuosas con su individualidad y con sus capacidades cada vez mayores***

- d) *Los niños pequeños captan activamente las dimensiones físicas, sociales y culturales del mundo en que viven, aprendiendo progresivamente de sus actividades y de sus interacciones con otras personas, ya sean niños o adultos.*
- e) *Los primeros años de los niños pequeños son la base de su salud física y mental, de su seguridad emocional, de su identidad cultural y personal y del desarrollo de sus competencias.*
- g) *Las experiencias de los niños pequeños en materia de crecimiento y desarrollo están poderosamente influidas por creencias culturales sobre lo que son sus necesidades y trato idóneo, y en relación con la función activa que desempeñan en la familia y la comunidad.*

El Comité cuando se refiere a la función parental siempre lo hace en términos plurales, “padres”, con lo que quiere resaltar la idea que tanto el padre como la madre tienen responsabilidad en la crianza y desarrollo de sus hijos menores de edad. Es decir, la regla general es que la función parental es conjunta como se reconoce en la mayoría de legislaciones familiares y aparece siempre en esa terminología a lo largo del texto de la CSDN.

En el ejercicio de dicha función son elementales la función de cuidado y la de protección con respeto de la individualidad del niño o niña. Nótese que el elemento “*respeto a la individualidad*” es fundamental para entender que tales funciones deben verse desde la perspectiva del niño o niña, de su interés superior, y no del interés o necesidad del padre o de la madre. Esto es un refuerzo a la idea que planteaba antes sobre la no aplicabilidad de las ideas insertas en los instrumentos internacionales anteriores a la CSDN sobre primera infancia.

Otro aspecto importante es la idea que los niños y niñas captan activamente todos los elementos presentes en su entorno físico, familiar, de interacción social. Es decir, se ven claramente influenciados por esos elementos que, definitivamente, los condicionan en su proceso de desarrollo y aprendizaje. Diría, los niños y niñas, normalmente, aprenden lo que ven, lo que experimentan, y en ello es importante el papel del padre y de la madre en la orientación y dirección apropiada para que ese aprendizaje se convierta en un aspecto esencial para su desarrollo futuro.

Es realmente importante lo que se dice de la primera infancia respecto de la salud física y mental, de la identidad y del desarrollo de sus competencias. Lo podemos traducir en la idea que ese periodo de desarrollo (cero a ocho años, en la visión del Comité) es esencial, pues los fundamentos de su salud, de su identidad y del desarrollo de sus competencias se cimientan en esa etapa del desarrollo y son fundamentales para la determinación del futuro de ese niño y niña. Es decir, si no se garantizan sus derechos en esa etapa de su evolución no podría afirmarse que tendrá un desarrollo adecuado en el futuro, lo cual pone al niño o niña en una clara desventaja en el constructo socio familiar.

Finalmente, el Comité destaca la enorme influencia que en el proceso evolutivo de los niños y niñas, en su primera infancia, tienen las creencias culturales sobre lo que ellos necesitan y sobre la forma en que debe concretarse la relación o interacción con el resto de miembros de la familia. Por eso es esencial entender lo que la CSDN plantea en su Art. 5, al plantear que los parámetros fundamentales que deben guiar a la función parental son la dirección y orientación apropiadas. No se trata de cualquier ejercicio parental, de lo que se le ocurra al padre o a la madre, de lo que culturalmente se haya aceptado y aprendido sobre tal función, sino que la función parental debe garantizar el interés superior de la niñez.

#### **4. Primera infancia y derechos**

Como afirmé antes, la CSDN no se refiere expresamente a la primera infancia, ni tampoco, por ende, se refiere a que haya derechos específicos aplicables a la niñez en esa condición. La razón es obvia: La CSDN considera al niño y a la niña sujeto titular de derechos y por tanto los visualiza como portadores de todos los derechos que relata en su texto.

Sin embargo, siguiendo la línea del Comité en su observación general número siete, podemos concluir que si bien todos los derechos están en el marco de la titularidad de los niños y niñas, es preciso destacar algunos dada su relevancia en el proceso de desarrollo que estas personas se encuentran.

Así, todos los derechos vinculados a la vida, supervivencia y desarrollo, el derecho a la salud, a la educación, a la recreación, juego y sano esparcimiento, a la integridad

física y psíquica, a la seguridad social y a crecer y desarrollarse en el seno de una familia, son derechos que deben tener una especial atención en la primera infancia, pues como afirma el Comité al caracterizar este periodo de desarrollo de la niñez, es lo que servirá de fundamento o base para su futuro proceso evolutivo.

## **5. Normativa penitenciaria y derechos de la niñez**

La Ley Penitenciaria fue aprobada por Decreto Legislativo número 1027, de fecha 24/04/1997, publicada en el Diario Oficial número 85, Tomo 335, de fecha 13/05/1997. Dicha ley, en su Art. 70 establece:

*“Las mujeres serán ubicadas en centros adecuados a su condición personal, siempre separadas de los hombres.*

*Los centros deberán contar con dependencias especiales para atención de las internas embarazadas y de las que han dado a luz. Se procurará que el parto se realice en un establecimiento asistencial ajeno al Centro, y si el niño naciera en el establecimiento penal, no deberá constar esta circunstancia en su partida de nacimiento.*

*Las mujeres podrán tener en su compañía a sus hijos menores de cinco años. A tal efecto, en los centros de mujeres se organizará un local destinado a guardería infantil.”*

Para la concreción de lo dispuesto en dicha norma, se creó el Reglamento de la Ley Penitenciaria, el cual fue aprobado por Decreto Legislativo número 95, de fecha 14/11/2000, publicado en el Diario Oficial número 215, Tomo 349, de fecha 16/11/2000. Tal reglamento en sus Arts. 156 al 164 y 249 y 250, regula la forma específica en que se concretará la estancia de los niños y niñas junto a sus madres. Señala que es posible el ingreso de niños y niñas, menores de cinco años de edad, en dos modalidades: La primera, cuando la mujer estando embarazada ingresa al sistema penitenciario y da a luz en sus recintos, y la segunda, cuando la mujer entra al sistema, pero tiene hijos menores de cinco años, ésta puede solicitar traer consigo a su hija o hijo.

Parece ser que la lógica de dichas normas se inscribe en la tradición de identificar para los niños y niñas de primera infancia una titularidad de derechos restringida:

Derecho a la salud y derecho a la educación. Tal como lo ha afirmado el Comité esta idea debe desecharse por cuanto los niños y niñas de primera infancia son portadores de todos los derechos reconocidos a la niñez con independencia de la etapa evolutiva en que se encuentren.

También es importante señalar que estas normas permiten que el nacimiento de un niño o niña se produzca en las instalaciones de un centro penitenciario y que el tratamiento médico por emergencia o enfermedad esté sujeto a autorización de otros entes ajenos a la madre. Esto vulnera lo establecido en el Art. 24, letra d) CSDN que exige el aseguramiento de la atención sanitaria pre natal y pos natal, así como condiciona el ejercicio de la función parental en materia de protección pues la decisión sobre la atención de una emergencia o tratamiento médico está sujeta a una autorización previa.

Se genera, asimismo, una vulneración del principio de no discriminación que tanto la CSDN como el Comité han resaltado. En la observación general número siete, el Comité señala que hay discriminación cuando las leyes no pueden ofrecer igual protección para todos los niños, incluidos los de primera infancia. Este es el caso que se materializa en el reglamento de la Ley Penitenciaria, el cual en su Art. 248 establece que *“En ningún caso o circunstancia se ingresarán menores de edad en los Centros destinados a adultos”*.

Es decir, dicho contiene una diferenciación irrazonable que genera discriminación, pues por un lado, permite que los niños y niñas menores de cinco años vivan en un centro penitenciario; y, por otro lado, no permite que niños y niñas de mayor edad puedan ingresar temporalmente a un centro penitenciario, en este último caso por considerar que esos centros no son adecuados para su desarrollo.

Tanto la Ley Penitenciaria como su reglamento son de 1997, casi ocho años después de que la CSDN se haya constituido en ley de la república con un carácter jerárquico superior a las mismas, de acuerdo con el Art. 144 de nuestra Constitución. Lo esperado era que dicha normativa guardara coherencia con los postulados de la CSDN y que no permitiera la estancia de niños o niñas en establecimientos penitenciarios, sobre todo si se trataba de niños y niñas de primera infancia.

Pero no sólo la CSDN resultaba incumplida, sino también la misma Constitución de la República. El Art. 34 de la misma prevé la obligación del Estado de generar condiciones familiares y ambientales adecuadas para la niñez. Por ello es preciso afirmar que no sólo hay una protección convencional para la niñez sino, además, una clara protección constitucional que exige un protagonismo activo del Estado para favorecer que los niños y niñas vivan en ambientes familiares y ambientales adecuados, que favorezcan su desarrollo.

Hay que destacar que la Constitución salvadoreña, en sus Arts. 32, 33, 34 y 35, distingue la individualidad y autonomía del niño y niña respecto de su familia y demás miembros integrantes. No los vincula como objetos de propiedad del padre y de la madre, sino que, claramente, les dota de un régimen de protección propio por encima de la familia; lo cual quiere decir que el Estado la familia y la sociedad deben garantizar la protección de la niñez y el reconocimiento, promoción y disfrute de sus derechos. El parámetro es el interés superior de la niñez.

Ahora bien, ¿constituyen los centros penitenciarios un ambiente adecuado que garantice los derechos de la niñez que vive junto a sus madres en prisión?

Distintos entes han realizado sendos estudios sobre la situación de las cárceles en El Salvador. De 2009 a 2015 ha habido algunos que demuestran la gravedad de las condiciones del sistema penitenciario y cuya credibilidad está legitimada dada la función que los entes que los han realizado desempeñan en la sociedad salvadoreña. Se trata de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos (PDDH) y el Instituto Universitario de Opinión Pública de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas (UCA).

En el estudio denominado “El Sistema penitenciario salvadoreño y sus prisiones” se estableció lo siguiente: *“De acuerdo a las fuentes consultadas, todos los penales de El Salvador exhiben deplorables condiciones de habitabilidad para los internos. No obstante, existen algunos en los que las condiciones son aún más graves, como en los penales de Cojutepeque, Quezaltepeque, San Miguel y Ciudad Barrios. Las precarias condiciones bajo las cuales sobreviven estos conglomerados humanos, debido a la falta de servicios básicos como agua, luz, deficiente alimentación, elevado hacinamiento, profundo deterioro de la infraestructura básica, se convierten en elementos adversos a la finalidad de la pena, que es la rehabilitación. Un*

*experto consultado describe las condiciones de estos penales como “catastróficas y desastrosas”, ya que además de ser instalaciones inapropiadas para funcionar como prisiones, cuentan con un alto nivel de hacinamiento, y con condiciones de insalubridad”<sup>216</sup>.*

También la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, en el informe denominado *“Informe sobre la situación de los derechos humanos de las mujeres privadas de libertad y las niñas y niños que viven con sus madres en los centros penales de El Salvador”* expresó que *“Debido a que la cantidad de internas, niños y niñas ubicados en este sector sobrepasa su capacidad de albergue, se observa hacinamiento y condiciones no favorables para su desarrollo adecuado, ya que en su mayoría duermen en el mismo camarote que sus madres y no hay espacio para ubicar cunas.*

*La parte del camarote que es asignado a una interna y su hijo o hija sirve, además, para guardar sus pertenencias y las de los niños y niñas, algunas mujeres han instalado hamacas artesanales en el mismo espacio. Sin embargo, otras literas son utilizadas como cama en la parte baja, mientras la parte alta es utilizada para almacenar ropa, alimentos y objetos de uso personal, porque ni internas con hijos/as recién nacidos/as, ni embarazadas pueden dormir en estos espacios debido al riesgo que representa la altura.*

*Pese a que hay ventiladores instalados en el dormitorio principal no todos funcionan, por lo que al momento del encierro el calor es sofocante, particularmente para las niñas y niños, en razón del hacinamiento ya descrito, aunque los dormitorios tienen ventanas y puertas que permiten la ventilación.”<sup>217</sup>*

La misma institución, en un periodo diferente, presentó un informe de labores en el cual expresó que *“Según verificaciones realizadas por personal de esta Procuraduría en los distintos centros penitenciarios, se han constatado deficientes condiciones de salubridad e higiene en las celdas casi en la mayoría de centros*

216 Andrade, Laura y Carrillo, Adilio. Instituto Universitario de Opinión Pública (Iudop). El sistema penitenciario salvadoreño y sus prisiones [et al.].--1ª ed. -- San Salvador, El Salvador, 2015, PP. 77.

217 Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos. Informe sobre la situación de los derechos humanos de las mujeres privadas de libertad y las niñas y niños que viven con sus madres en los centros penales de El Salvador. 1ª. Ed. San Salvador, El Salvador, 2009.

*penales, y un restringido acceso al derecho a recibir atención médica especializada oportuna, ya que hay muchos casos de enfermedades crónicas como insuficiencia renal, cáncer, hipertensión, diabetes, entre otras, que requieren de citas periódicas en las que se les presentan dificultades para asistir, como por ejemplo la falta de transporte. Además, existe carencia de medicación especializada en los casos de personas internas portadoras de VIH/SIDA, ya que existen 238 internos portadores en los diferentes centros penales del país.”<sup>218</sup>*

*De la misma forma se verificó la condición de los menores de edad, hijos e hijas de internas en el Sector Materno del Centro de Readaptación de Mujeres de Ilopango, en la que es evidente el hacinamiento, la ventilación es insuficiente y la respiración se dificulta; debido a que la cantidad de internas y niños y niñas ubicados en este sector sobrepasa su capacidad de albergue, se observa aglomeración y las condiciones no son favorables el desarrollo adecuado para los niños y las niñas”<sup>219</sup>.*

La respuesta a la pregunta es necesariamente negativa. Los centros penitenciarios en El Salvador no son ambientes adecuados ni siquiera para los internos adultos, mucho menos para los niños y niñas que viven junto a sus madres en dichos lugares. Las condiciones que presentan y que se muestran invariables en el devenir histórico se constituyen más bien en mecanismos de vulneración de derechos.

## **6. La casuística en la jurisprudencia constitucional**

La normativa penitenciaria reseñada fue sometida a control de constitucionalidad. Un grupo de estudiantes de la Universidad Nacional de El Salvador planteó la inconstitucionalidad de los Arts. 70 de la Ley Penitenciaria, y 153 al 164 y 249 y 250 de su reglamento. A continuación haré un breve repaso de todas las incidencias que se suscitaron en la tramitación del proceso y de su decisión.

### **6.1. El Caso y la demanda: Argumentos**

En El Salvador hay un poco más de 133 niños y niñas viven en centros penitenciarios junto a sus madres, las que han sido declaradas responsables penalmente, de manera previa. La normativa penitenciaria está vigente desde hace veinte años y

218 PDDH (Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos). Informe de Labores (Junio de 2011 – Mayo 2012), Editorial e Impresora Panamericana, San Salvador, julio de 2012, pp. 232.

219 Ibid.

no había habido en ese periodo ninguna iniciativa institucional, ni pública ni privada que buscara eliminar la posibilidad de que los niños y niñas en primera infancia pudieran estar internos junto a sus madres. Fue hasta en octubre de dos mil doce que un grupo de estudiantes planteó una demanda de inconstitucionalidad contra las normas del régimen penitenciario que permitían dicha estancia.

Se alegaba la inconstitucionalidad del Art. 70, inciso tercero de la Ley Penitenciaria y de los Arts. 156 y 249 del Reglamento de dicha ley por vicios de forma. Tal vicio, según los demandantes se da por la permisón que la ley prevé en cuanto al ingreso de los menores de cinco años al centro penitenciario, y que la única permisón que el precepto debe contener tiene que estar orientada a los niños recién nacidos hasta los menores de dos años, por el tema de lactancia materna.

Como parámetro de control se alegaba la no concordancia de los artículos reseñados de la ley y su reglamento con el Art. 34 inc. 1º de la Constitución que dice: *“Todo menor tiene derecho a vivir en condiciones familiares y ambientales que le permitan su desarrollo integral, para lo cual tendrá la protección del Estado.”*; y con el Art. 35 inc. 1º que establece que: *“El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores, y garantizará el derecho de éstos a la educación y a la asistencia.”*

En primer lugar, debo decir que la Sala de lo Constitucional admitió la demanda contrariando su propia jurisprudencia, en la que ha establecido que la demanda debe indicar si lo que se alega es un vicio de forma o un vicio de contenido de las normas impugnadas. La Sala resolvió conocer de la demanda planteada por vicios de fondo, y no por vicios de forma tal cual le fue planteada. En la sentencia del caso recordó esa parte del trámite afirmando que: *“Mediante el Auto de 8-V-2013, esta Sala inició el trámite del presente proceso, admitiendo la demanda en relación con la impugnación del inc. 3º del art. 70 LP, así como de los arts. 156 y 249 RGLP, con el fin de determinar si tales preceptos constituyen una supuesta vulneración a los derechos de los niños y niñas a vivir en condiciones familiares y ambientales que les permitan su desarrollo integral, así como la protección de su salud física y mental.”*

La Sala en sus diversos pronunciamientos ha establecido el alcance y contenido de lo que son los vicios de forma y los vicios de contenido en una demanda de inconstitucionalidad. Sobre la inconstitucionalidad por vicio de forma ha dicho:

*“El vicio de inconstitucionalidad por vicio de forma se refiere a la violación del procedimiento general que la constitución establece para la promulgación de una disposición jurídica, es decir a la vulneración del proceso jurídico-constitucional para su validez”. (Inconstitucionalidad con referencia 30-2001, sentencia de las doce horas de día dieciséis de julio de dos mil cuatro).*

Sobre la inconstitucionalidad por vicio en su contenido ha expresado que: *“el objeto del proceso de inconstitucionalidad consiste en la confrontación de la normativa impugnada con el texto constitucional a fin de invalidar la disposición que se estima incompatible con la Constitución cuando la misma contenga un mandato opuesto a la disposición constitucional propuesta como parámetro de control” (Inconstitucionalidad con referencia 24-97, sentencia del veintiséis de septiembre de dos mil).*”

A fin de entender de manera adecuada el reclamo de los demandantes, la Sala debió hacer una prevención a los demandantes para que aclararan su planteamiento ya que expresamente pedían una inconstitucionalidad por vicios de forma pero en realidad su argumentación iba dirigida a vicios de contenido, tomando en cuenta que los presupuestos de uno y otro caso son totalmente distintos.

No obstante ello, reitero, la Sala decidió admitir la demanda por vicio de contenido proponiéndose analizar el contraste entre las normas impugnadas y los Arts. 34 y 35 de la Constitución.

### **6.3. Diversidad de opiniones:**

En el trámite del proceso se recogieron las opiniones de la Asamblea Legislativa, del Presidente de la República y del Fiscal General de la República. A continuación sintetizo las ideas centrales de las mismas.

#### **6.3.1. Asamblea Legislativa**

Destacaba, en su opinión, que los infantes eran vulnerables en esa etapa, y que por ello, buscando minimizar esa situación, se buscaba el contacto con la madre y que ello lograba alcanzar una finalidad doble: Por un lado, que se cumpliera la pena privativa de libertad, y, por otro, que se asegurara la protección y cuidado necesarios que los padres deben dar a sus hijos e hijas.

Se fundamentó en la teoría del apego, según la cual la primera relación del infante con su madre no se orienta sólo a la satisfacción de necesidades biológicas y alimenticias, sino que le permite el acceso al mundo mediante una relación incondicional de cariño, protección y afecto. Separarlos de su madre generará sentimientos dolor, indefensión, sufrimiento y desarraigo que generarán déficit de atención, trastornos y problemas psicológicos graves.

### **6.3.2. Presidencia de la República**

El presidente manifestó que el acto de incorporar a los niños y niñas con su madre, en un centro penitenciario, no era un acto que dependía de ella, ni mucho menos irreflexivo, pues había un procedimiento ante el equipo técnico criminológico que analizaba la personalidad de la madre, su ambiente familiar, y que una vez se aprobaba el ingreso de sus hijos e hijas, lo examinaba un pediatra, y se le ubicaba en el sector materno infantil de la cárcel. Se potenciaba, a su juicio, un derecho supra-fundamental que era para el niño y la niña convivir con la madre.

### **6.3.3. Fiscalía General de la República**

El Fiscal recordó la importancia de la CSDN en el reconocimiento de derechos para los niños y las niñas, así como el interés superior, que debe ser entendido *“como un término relacional o comunicacional”* que significa que ante conflicto de derechos de igual rango primarán los derechos de los niños y niñas afectados.

A partir de ello, agregó que la administración penitenciaria debía procurar el contacto permanente del interno o la interna y su grupo familiar, y con mayor razón cuando se trate de infantes, por lo cual era necesario preservar la unidad familiar que permita por una parte el desarrollo de los niños y niñas así como la readaptación de la interna. Concluyó que la regulación contenida en la Ley Penitenciaria y su reglamento constituían una concreción de ese deber estatal del respeto a los derechos del niño, que busca preservar el vínculo afectivo esencial en esos primeros años de vida, lo que permite brindarle a la madre lactancia y atención al menor, sin afectar los fines resocializadores que se persiguen con su estancia en prisión.

#### 6.3.4. La decisión y sus argumentos

Tres son los argumentos que se evidencian en la decisión de la Sala de lo Constitucional. El primero de ellos está referido a la función resocializadora del tratamiento y el régimen penitenciario. La idea es que se procure superar las situaciones carenciales, económicas, laborales, educativas, que han tenido incidencia en el delito. No obstante ello, es consiente el tribunal constitucional de lo que se denomina sub cultura carcelaria y que las cárceles se terminan constituyendo en instituciones totales, que impone una lógica distinta al ideal resocializador y con ello más bien desocializa al que la sufre.

Agregaba que la población carcelaria sufre el progresivo distanciamiento de su núcleo familiar, además de que el sistema carcelario privilegia una visión androcéntrica, ignorante de las diversas carencias afectivas, emocionales y sociales de las mujeres. Ese desplazamiento familiar y las condiciones de encierro provocan en ellas sentimientos encontrados de angustia, desorientación y otros trastornos afectivos que a la larga afectan su salud mental. Por eso la reintegración social implica necesariamente un proceso de comunicación e interacción entre la cárcel y la sociedad, y es importante, en ese sentido, que la administración penitenciaria solvete esas necesidades de la maternidad.

El segundo argumento está orientado al interés superior de los niños y las niñas. La Sala entiende, recordando el Art. 3.1 de la CSDN, que es un criterio interpretativo decisivo en lo que concierne a las decisiones estatales, particularmente restrictivas, en el ejercicio de los derechos fundamentales de estas personas. Este interés debe observarse en el diseño y ejecución de políticas públicas orientadas a dicho sector de población.

Expresa la Sala que el Art. 12 LEPINA (Ley de Protección Integral para la Niñez y Adolescencia) es un principio jurídico de aplicación preferente en todas aquellas decisiones que pretendan limitar o incidir en el ejercicio efectivo de los derechos de niños y niñas, y que es un principio ponderativo que permite tomar decisiones ante la existencia de colisiones de derechos, y que en dichos escenarios es preciso hacer un análisis integral de los derechos en juego, y de los que podrían resultar afectados, debiéndose optar por aquella medida que satisfaga o genere la máxima satisfacción de derechos, debiendo atender a la importancia de la situación del niño o niña.

El tercer argumento de la Sala gira alrededor del desarraigo familiar que produce la estancia en prisión, así como al hecho de que las relaciones que se producen entre la mujer que vive en prisión con su núcleo familiar no se brindan en entorno óptimamente normalizado. Debido a esa necesidad de evitar el deterioro afectivo, emocional, de la privada de libertad, considera la Sala que el legislador previó, en la Ley Penitenciaria y su reglamento, la posibilidad de que los hijos e hijas de las internas menores de cinco años, pudieran estar en su compañía en la cárcel, siempre y cuando se cumplan los requisitos legales que garanticen que ese entorno penitenciario es adecuado para estas personas.

El Estado salvadoreño ha optado por hacer prevalecer la relación madre hijo y adecuar las condiciones de su estancia en la prisión, hasta donde sea posible, a un ambiente semejante a las que corresponde a una vida fuera de la cárcel. Dijo la Sala que no había intereses contrapuestos o colisión de derechos, en este caso, sino más bien había complementariedad desde la óptica de la salvaguarda del vínculo familiar, y donde la madre tiene un rol protagónico en cuanto a la crianza y cuidado del niño.

La única excepción para que esto no se dé, es cuando la permanencia del referido vínculo se presenta nocivo para el normal desarrollo del niño o representa un peligro para su integridad personal, como sucede en los casos de maltrato. Termina la Sala recordando el contenido del principio X de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, que establece que *“(...) En los establecimientos de privación de libertad para mujeres y niñas deberán existir instalaciones especiales, así como personal y recursos apropiados para el tratamiento de las mujeres y niñas embarazadas y de las que acaban de dar a luz”*.

A raíz de todo ese análisis, muy coincidente con lo afirmado por el Presidente de la República, el Fiscal General y la Asamblea Legislativa, la Sala de lo Constitucional determinó que no existía inconstitucionalidad en las normas de la Ley Penitenciaria y su reglamento cuestionadas.

## **7. Comentarios críticos:**

### **7.1. Modelo tutelar y Estado como vulnerador de derechos**

Todos los argumentos esgrimidos en apoyo de la decisión tienen un marcado acento adultocéntrico y básicamente condicionan al niño o niña a estar con la madre, con independencia de las condiciones, favorables o no, en que ésta se pueda encontrar en un recinto penitenciario.

Toda esa justificación, en apariencia, está pensada en la persona del niño o niña. Hablar de interés superior, de apego y creación y fortalecimiento de vínculos como elemento dinamizador del desarrollo y cumplimiento de derechos, pareciera indicar que, en efecto, son los niños y niñas los principales beneficiados de dichas decisiones.

Sin embargo, basta revisar las investigaciones recientes sobre la situación lamentable de los centros penales para caer en la cuenta que son entornos donde es imposible la función de resocialización que manda la constitución, y más bien, se constituyen en la principal amenaza para las personas privadas de libertad, y más aun de los niños y niñas que viven ahí.

Al Estado se le plantea la disyuntiva de elegir entre el interés y los derechos de la mujer madre versus los derechos e intereses de los niños y niñas menores de cinco años, en un escenario de prisionalización por responsabilidad penal de esa madre. Normalmente la decisión es optar por el interés y derechos de la madre, pensando en su bienestar, en su resocialización, y el niño o niña menor de cinco años es un mecanismo que le ayuda en ese proceso. Se sacrifica el interés superior y los derechos de esos niños y niñas y se les conminan a vivir en condiciones ambientales totalmente adversas.

El Estado está obligado a crear ambientes adecuados para que la niñez pueda desarrollarse, que garanticen que sus derechos en todas las etapas de su evolución, de acuerdo al texto de los Arts. 34 y 35 de la Constitución, se cumplan. A pesar de ello, la realidad demuestra que esa obligación estatal está muy lejos de cumplirse. El carácter reciente de los estudios e investigaciones realizadas sobre las cárceles de nuestro país denota que el Estado salvadoreño no garantiza la función

resocializadora de las prisiones, incumple la Constitución y violenta los derechos de las personas privadas de libertad, y en ese escenario invisibiliza a la niñez que vive en la cárcel junto a sus madres.

El Estado instrumentaliza a los niños y niñas, pues antepone la función resocializadora de la madre responsable desde el punto de vista penal a los derechos de los niños y niñas, de su interés superior. Los utiliza como un instrumento para que la madre se resocialice, olvidando que los niños y niñas tienen autonomía, individualidad y que su condición de sujetos de derechos les ubica como personas independientes.

El eje fundamental de la función parental es la dirección y orientación apropiada de acuerdo con la CSDN. Sin embargo en la legislación penitenciaria dictada por el Estado y en la defensa que se hace de la misma por los distintos entes estatales hay claramente una visión tutelar, una visión en que el niño o niña no es autónomo, independiente, sino más bien objeto, dependiente, sujeto a la voluntariedad adulta que define su futuro, su agenda de vida.

La lectura del apego, de la necesidad de evitar el desarraigo familiar del niño o niña con su madre privada de libertad es contraria al interés superior. Se hace a partir de la realidad de la mujer, de sus necesidades e intereses. El hijo o hija menor de edad se utiliza para aminorar la dureza y rigidez de la pena, pues al final la presencia de los niños en la prisión no elimina el carácter de régimen penitenciario al que debe estar sujeta la madre.

El Estado promueve la discriminación de la niñez que vive en la prisión, Al crear la normativa penitenciaria parece entender que la cárcel no es un ambiente adecuado, y por ello prohíbe la presencia de menores de edad en el diseño de la visita familiar a las personas internas, así lo indica expresamente el Art. 249 del reglamento de la Ley penitenciaria. Contradictoriamente, en los artículos precedentes permite que niños y niñas en primera infancia no visiten la cárcel, sino que vivan en ella ese periodo importante de sus vidas.

## **7.2. Los niños y niñas como víctimas**

Al tolerarse la presencia de los niños y niñas de primera infancia en prisión junto a sus madres, desde la ley, la jurisprudencia y las prácticas institucionales se está generando violencia hacia ellos y ellas. Es un claro ejemplo de abandono

institucional, conminándolos a un ambiente de hacinamiento, de falta de condiciones, de un régimen estricto que, por naturaleza, implica restricción de derechos, que no permite a los niños y niñas, en ese periodo fundamental de sus vidas, desarrollarse y crear las condiciones para su desempeño futuro.

Esta situación se ve agravada con la implementación de las llamadas medidas extraordinarias en los centros penales, con motivo del incremento de la situación de violencia en el país y la búsqueda de mecanismos institucionales tendentes a reducir esos índices de violencia. Esto ha implicado una mayor restricción de las condiciones de las cárceles, de por sí ya caracterizadas por la falta de condiciones mínimas para la estancia de personas adultas en sus instalaciones, y mucho menos para niños y niñas.

En efecto, Mediante Decreto Legislativo N° 321, de fecha 1 de abril de 2016, publicado en el Diario Oficial N° 59, Tomo N° 411, de esa misma fecha, se decretaron las Disposiciones Especiales Transitorias y Extraordinarias en los Centros Penitenciarios, Granjas Penitenciarias, Centros Intermedios y Centros Temporales de Reclusión. Esto ha implicado una reducción importante de derechos, como el desplazamiento dentro de los centros penitenciarios, y ha favorecido el encierro permanente; asimismo, una reducción, en tiempo y número de visitas familiares, imposibilidad de comunicación dentro de otras medidas.

Uno de los centros penales afectados es la granja penitenciaria de Izalco, departamento de Sonsonate, que fue lanzada como modelo penitenciario y en donde han sido trasladados las mujeres con sus hijos e hijas menores de cinco años. Dicho de manera sencilla y gráfica, el centro penal donde se encuentran los niños y niñas ha sido afectado por las medidas extraordinarias de reclusión, y por tanto ellos y ellas también han resultado afectados. Las medidas aludidas, a la fecha de este artículo, siguen vigentes pues fueron prorrogadas un año más por Decreto Legislativo número 602, de fecha nueve de febrero de dos mil diecisiete, publicado en el Diario Oficial número 33, tomo 414, del dieciséis de febrero del mismo año.

Si nos atenemos a la denominación de la violencia psicológica y emocional que nos da el Art. 9. Letra d) de la Ley Especial Integral para una vida libre de violencia para las mujeres, y la definición de violencia intrafamiliar que nos da la Ley Contra la Violencia Intrafamiliar en su art. 3, fácilmente podemos concluir que la estancia de niños y niñas en primera infancia en centros de reclusión junto a sus madres,

por las consecuencias que se generan y las condiciones en que viven constituyen un acto de violencia.

Esto que parece muy fácil de concluir, en realidad no parece formar parte del análisis generalizado que sobre el tema se ha hecho. Ni el Estado, ni las ONG's que trabajan con la infancia, ni los entes del sistema nacional de protección llamados a proteger la infancia hacen nada para revertir esta situación, y más bien hay mucha tolerancia por su vigencia y hasta sustentos teóricos para sostener que es lo mejor para esos niños y niñas. Es una violencia hacia dichas personas tolerada, asumida como inevitable, bajo el argumento trivial que es lo mejor para su interés superior.

## **8. Alternativas en la jurisprudencia comparada: Argentina**

La mayoría de legislaciones latinoamericanas coinciden en la idea de permitir la vivencia de niños y niñas en primera infancia en la cárcel, junto a sus madres declaradas responsables penalmente. A pesar de que los Estados latinoamericanos son suscriptores y ratificadores de la CSDN, es evidente que en este punto no son coherentes con el texto de la misma, pues disponen por ley desproteger y abandonar a la niñez de primera infancia, con lo que generan una modalidad de violencia hacia ellas.

Sin embargo, comienzan a perfilarse avances al nivel legislativo y jurisprudencial que son importantes en la búsqueda de alternativas para superar esta lamentable situación de prisionalización de los niños y niñas sin proceso, sin cometimiento de delitos y en franca violación de sus derechos fundamentales.

Tenemos como ejemplo la Ley 26472 de Argentina, que expresamente ha incluido la posibilidad de prisión domiciliar en los casos que la condenada sea una mujer embarazada o madre de hijos o hijas menores de cinco años. Dicho cuerpo normativo regula lo siguiente:

*“El Juez de ejecución, o juez competente, podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliar: e) A la mujer embarazada; f) A la madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad, a su cargo.”*

De igual manera, al nivel jurisprudencial, el Tribunal Oral Federal de Comodoro Rivadavia, ha resuelto aplicar dicha alternativa, manifestando lo siguiente:

*“En este sentido se ha dicho que “Si los hijos de una mujer privada de su libertad se encuentran en una situación de extrema vulnerabilidad, la decisión relativa a la concesión de la prisión domiciliaria deberá tener en cuenta sus derechos, según las reglas contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño y, en especial, tomando en consideración, como norma rectora, el “interés superior del niño”*

*No hay que olvidar que la C.A.D.H. en su art. 5.36 declara que: “La pena no puede trascender de la persona del delincuente” lo que significa que sólo él debe sufrirla aunque en los hechos, al imponerse una pena privativa de libertad, puede decirse que es evidente que la pena afecta a terceros cercanos en las relaciones intra e interfamiliares aunque se puedan limitar sus alcances con el derecho a visita, incluso la íntima, el de comunicarse con sus afectos, etc., con lo “que se trata de reducirla al mínimo posible”<sup>220</sup>*

Asimismo, el mismo tribunal en un incidente diferente ha agregado que *“Y por último que “Frente al interés estatal de garantizar el normal desarrollo del proceso y realizar su eventual pretensión punitiva, se encuentra el interés superior de la menor a permanecer junto a su madre en una espacio de contención familiar, ello, considerando que “para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”<sup>221</sup>*

Nótese como este tribunal superior pondera adecuadamente el interés superior de la niñez en primera infancia respecto del interés estatal de garantizar la finalidad punitiva de la prisión. Prevalece, por supuesto, el interés superior de los niños y niñas, dadas sus condiciones de vulnerabilidad y la obligación del Estado de garantizarles un ambiente adecuado para su desarrollo.

También es relevante la invocación del Art. 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos recordando que *“La pena no puede trascender de la persona del delincuente”*. Esto es fundamental, pues en efecto, la responsabilidad penal recae en una persona a partir de su involucramiento libre y voluntario en la comisión de delitos, y en principio no hay razón para hacer trascender los efectos de la pena y prisión aplicables a otras personas.

220 (TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE COMODORO RIVADAVIA. Incidente de Prisión Domiciliaria N° FCR 91001074/2010/TO1/2/1)”

221 (TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE COMODORO RIVADAVIA FCR 91001173/2011/TO1/3)”

Sin embargo, es cierto que no se puede obviar la realidad familiar de estas personas y la afectación ineludible de sus vínculos. Por ello es que, para disminuir un poco esos efectos, se dispone de la posibilidad del contacto, vía visitas familiares, de los miembros de su grupo familiar. Pero en el caso de los niños y niñas en primera infancia esa consecuencia de la prisión y la pena se trata de disminuir con la posibilidad de la prisión domiciliaria, aunque sea un tiempo determinado.

Definitivamente, la apuesta argentina, en legislación y jurisprudencia, es una buena alternativa para resolver el problema de la niñez en primera infancia y su estancia en las prisiones junto a sus madres. Sin embargo, en países como El Salvador, en donde el carácter punitivista de la acción estatal es la regla general, parece difícil pensar a corto plazo en la materialización de esta modalidad alternativa para el cumplimiento de una pena, en el caso de las madres que tienen a sus hijos menores de cinco años a su lado en las prisiones.

## **9. Conclusiones**

Los centros penitenciarios en El Salvador se caracterizan por un significativo y progresivo hacinamiento y falta de condiciones mínimas en salud, educación, infraestructura y mecanismos que favorezcan la resocialización como mandato constitucional. Esto ha sido históricamente reflejado en una diversidad de estudios e investigaciones recientes que dan cuenta del carácter deplorable de las cárceles y de la amenaza que representan para la población carcelaria.

En ese escenario de carencias y dificultades, el Estado, a través de la Ley Penitenciaria y su reglamento, ha permitido la estancia de niños y niñas de primera infancia, interpretando el interés superior en sentido inverso al propuesto desde la óptica de los derechos humanos, para favorecer los intereses y derechos de la mujer adulta que ha sido declarada responsable penalmente.

El Estado a través de la ley, la jurisprudencia y las prácticas institucionales ha generado violencia hacia los niños y niñas de primera infancia, al desprotegerlos y conminarlos a vivir en un ambiente inadecuado que restringe irrazonablemente sus derechos, y que no les permite, en esa etapa importante de su desarrollo, crear las bases de su evolución y desempeño futuro.

Hay sin embargo importantes avances en materia de legislación y jurisprudencia comparada para buscar alternativas diferentes que tengan por finalidad erradicar la estancia de niños y niñas en prisión. En esa lógica, se ha ponderado adecuadamente el interés superior desde la situación e individualidad concreta de los niños y niñas, disponiendo que el arresto domiciliario para las madres es una alternativa viable que minimiza los efectos nocivos que genera la responsabilidad penal de ésta y la necesidad mantener los vínculos de afecto parento filiales.

## 10. Bibliografía.

1. UNICEF/SAVE THE CHILDREN y Otros : *"Primera Infancia en El Salvador: estado actual y perspectivas"* disponible en versión digital en la siguiente dirección:  
[https://www.unicef.org/elsalvador/Estudio\\_Primer\\_a\\_Infancia\\_estado\\_actual\\_y\\_perspectivas.pdf](https://www.unicef.org/elsalvador/Estudio_Primer_a_Infancia_estado_actual_y_perspectivas.pdf)
2. OEI y otros. : SISTEMA DE INFORMACIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO EN LA PRIMERA INFANCIA EN LOS PAÍSES DE AMÉRICA LATINA. Marco teórico y metodológico, 2010. Disponible en:  
[http://www.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/siteal\\_libros\\_digitales\\_01\\_0.pdf](http://www.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/siteal_libros_digitales_01_0.pdf)
3. UNICEF : Desarrollo del niño en la primera infancia Dos documentos sobre la política y la programación del UNICEF. Programa de cooperación UNESCO-UNICEF, Pág. 1. Disponible en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0006/000695/069549so.pdf>
4. UNICEF/OMS : El Desarrollo del Niño en la Primera Infancia y la Discapacidad. Un documento de debate, 2013. PP.11. Disponible en [https://www.unicef.org/earlychildhood/files/ECDD\\_SPANISH-FINAL\\_\(low\\_res\).pdf](https://www.unicef.org/earlychildhood/files/ECDD_SPANISH-FINAL_(low_res).pdf)
5. Comité de los Derechos del Niño : Realización de los derechos del niño en primera infancia. 40° periodo de sesiones, Ginebra, 12 a 30 de septiembre de 2005; publicada el 14 de noviembre de ese mismo año. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8019.pdf?view=1>
6. Andrade, Laura y Carrillo, Adilio : Instituto Universitario de Opinión Pública (Iudop). El sistema penitenciario salvadoreño y sus prisiones [et al.]--1ª ed. -- San Salvador, El Salvador, 2015, PP. 77.

7. Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador : Informe sobre la situación de los derechos humanos de las mujeres privadas de libertad y las niñas y niños que viven con sus madres en los centros penales de El Salvador. 1ª. Ed. San Salvador, El Salvador, 2009.
8. Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador : Informe de Labores (Junio de 2011 – Mayo 2012), Editorial e Impresora Panamericana, San Salvador, julio de 2012
9. TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE C O M O D O R O RIVADAVIA (Argentina) : I  
ncidente de Prisión Domiciliaria N° FCR 91001074/2010/TO1/2/1 y FCR 91001173/2011/TO1/3
10. Sala de lo Constitucional. Corte Suprema de Justicia de El Salvador : Sentencia de Inconstitucionalidad con referencia 128-2012, de las quince horas y cuarenta y cinco minutos del día veintiocho de septiembre de dos mil quince.
11. Ley Penitenciaria : Aprobada por Decreto Legislativo número 1027, de fecha 24/04/1997, publicada en el Diario Oficial número 85, Tomo 335, de fecha 13/05/1997.
12. Reglamento de la Ley Penitenciaria. aprobado : Aprobada por Decreto Legislativo número 95, de fecha 14/11/2000, publicado en el Diario Oficial número 215, Tomo 349, de fecha 16/11/2000.

## VÍCTIMAS MÁS VULNERABLES FRENTE A LOS DERECHOS HUMANOS Y LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE LAS FAMILIAS.

Guillermo Rodríguez Gutiérrez<sup>222</sup>

### Resumen:

El trabajo aborda en general el Derecho de las Familias tanto a lo interno de las naciones como en la internacionalización de sus instituciones, con su vertiginosa evolución en el mundo que demanda formas novedosas de resolución con apoyo en los derechos humanos. Destaca la necesidad de una protección más inclusiva, eficaz y humana hacia los más vulnerables y el alcance de la tutela judicial efectiva a las víctimas de la discordia familiar con referencia a aspectos históricos, demográficos y legislativos. Se parte de la experiencia de Cuba y su concepción actual especialmente en la región latinoamericana.

**Palabras Claves:** Derechos humanos, niño, niña, adolescente, mujer, discapacidad, abordaje integral, interés superior del niño, tratados internacionales, tutela judicial efectiva, Convención de los Derechos del Niño, migración, envejecimiento.

**Abstract:** *This article generally addresses Family Law, both within nations and in relation to its internationalization through institutions, which rapid evolution demands novel resolution approaches grounded in human rights. Departing from the experience of Cuba and its insertion in Latin America, the need for more*

---

222 Profesor a tiempo parcial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Matanzas, Cuba, Licenciado en Derecho y Máster en Derecho de Familia por la Universidad de La Habana, Diplomado en Derecho Internacional, Conferencista y Autor de diversos artículos y ponencias presentados en eventos nacionales e internacionales sobre Derecho Familiar, Abogado litigante, Cuba, e-mail: guillermorodriguez@lha.onbc.cu

*inclusive, efficient and humane protection towards those most vulnerable, and the reach of effective judicial protection of the victims of family discord, with reference to historical, demographic and legislative aspects, is highlighted.*

**Key Words:** *Human rights, child, adolescent, woman, disability, integrative approach, supreme interest of the child, international treaties, Convention of the Rights of the Child, migration, aging.*

## **SUMARIO:**

I. Introducción. II. Antecedentes Históricos del Derecho de las Familias en Cuba. II.1 Una mirada hacia nuestra América. III. Protección integral a víctimas más vulnerables. III. 1 Protección a niños/niñas y adolescentes de cara a los derechos humanos y la internacionalización de las familias. III. 2 Protección a las mujeres, la ancianidad y la discapacidad. IV. Conclusiones.

## **I. Introducción**

Ninguna sociedad, ningún Estado, ningún país, puede alcanzar las más altas metas en su desarrollo humano, sólo con la potencialidad de sus recursos económicos, sino también con la participación armónica y responsable de todos sus integrantes. Un entorno familiar adecuado, de respeto y solidaridad entre sus miembros es indispensable para que el individuo desarrolle a plenitud todas sus potencialidades.

La protección y defensa de los intereses y los derechos de las niñas, niños, adolescentes, de nuestros ancianos, de la mujer, de los discapacitados, y otros sectores que clasifican como más vulnerables en el plano familiar y social, sin descuidar la protección integral a todos los seres humanos en todo su ciclo de vida, descansa en la teoría general de los derechos humanos y en el derecho constitucional, como señala la catedrática argentina Aida Kemelmajer de Carlucci.<sup>223</sup>

Vulnerabilidad significa: debilidad, indefensión, estar en desventaja, y por tanto en desigualdad, y ello obliga a trazar una interconexión entre derechos humanos y el conceptualizado Derecho de las Familias donde ambos propenden al respaldo

---

223 Véase Kemelmajer de Carlucci, Aida y Herrera, Marisa, *Matrimonio, orientación sexual y familiar. Un aporte colaborativo desde la dogmática jurídica*, Revista La Ley, Buenos Aires, Argentina, 4 de junio de 2010, p. 1.

de toda la diversidad presente y futura de la humanidad en ese campo, ajenos a coyunturas y espacios territoriales, es decir son transfronterizos por naturaleza.

Esta influencia del reconocimiento global de los derechos humanos en diversas áreas del tratamiento de la familia, definitivamente vino a darle una visión distinta y progresista a esta materia, por tratarse de un derecho de tipo social, cambiante, que requiere un control constante de los Estados. En esta interrelación armónica y necesaria se enriquecieron ambas ramas deviniendo indisolubles.

Por todo ello, los temas jurídico familiares alcanzan resonancia en todos los foros dedicados al Derecho, y también llaman la atención de parlamentarios y legisladores en todo el orbe al instrumentarse o proponerse eventuales modificaciones en esta materia dentro de sus naciones, y esto no es casual, pues forman parte de un conjunto de factores sociales, económicos, demográficos entre otros, que han incidido en la familia a nivel global, y la han convertido en una de las ramas del saber jurídico más dinámicas de las últimas décadas.

En el escenario actual y futuro del mundo de hoy, emergen nuevos dilemas derivados de la transexualidad, las familias homoafectivas, la adopción en parejas del mismo sexo, el uso cada vez más extendido de las técnicas de reproducción asistida, como fenómenos impensables hace solo unas décadas atrás, a lo que se unen factores como el envejecimiento de la población, el desempleo, la discriminación en todas sus formas y manifestaciones, la pobreza, la desigualdad, la violencia, las drogas, el drama descarnado de la emigración, entre otros que repercuten de forma directa en el Derecho de las Familias y ponen a prueba además la instrumentación y aplicación de los derechos humanos, lo que lleva una respuesta normativa material y procedimental con mayor flexibilidad, acomodamiento a las nuevas realidades, de ahí la importancia de tener proyecciones regulatorias que se ajusten a esos trepidantes contextos.

Todos estos nuevos fenómenos subsisten a contracorriente de los conceptos e imágenes tradicionales de la familia nuclear e incluso de la visualización de las llamadas familias ensambladas, extendidas, o de acogida, adquiriendo tal grado de complejidad que parece una carrera maratónica y sorprendente con dosis de suspenso e interrogantes de hasta dónde podrían avanzar los nuevos modelos. Esta realidad invade nuestras sociedades, excede el ostracismo de la intimidad

hogareña y se proyecta en los escenarios públicos con sustento además en el poder mediático y las redes sociales.<sup>224</sup>

“La familia es para siempre” así rezó el lema lanzado por México en el 2014 en el XVIII Congreso Internacional de Derecho Familiar en Durango, y su sencilla pero profunda formulación nos impresionó a todos, porque responde a la más elemental realidad: la familia nos acompaña toda nuestra existencia, y rige como ninguna otra nuestro actuar desde que nacemos, hasta que dejamos de existir físicamente. Igual acontece con los derechos humanos de los cuales forma parte la justicia familiar,<sup>225</sup> y que tienen en común los conocidos principios devenidos en universales, irrenunciables, integrales, interdependientes e indivisibles así como jurídicamente exigibles.

En este orden la cooperación entre gobiernos es esencial para garantizar el reconocimiento y resguardo de los derechos y los deberes de los vulnerables y las víctimas en general cuando traspasan las fronteras nacionales.

Es tan amplio el diapasón de los derechos humanos y de su fusión con los derechos de los más vulnerables en el plano familiar, que requeriría de varias obras dedicadas al tema solo para buscar una aproximación a su esencia y obvio que esos propósitos escapan a las posibilidades y los objetivos del presente trabajo, que solo pretende un somero acercamiento de forma general a algunas de las aristas de estos asuntos desde la experiencia fomentada en el contexto cubano y su interacción con la región.

En el escenario latinoamericano, Cuba figura como caso singular donde no se dan situaciones extremas de victimización como feminicidios, tráfico internacional de órganos, niños abandonados en tanto fenómeno social, ni la mutilación genital que sufren niñas y mujeres siguiendo pautas de otras culturas donde están integradas, incluso términos como los de “secuestro familiar”, “detención ilegal”, “traslado

---

224 Véase Oliva Gómez, Eduardo, “La implementación de la familia de acogida en el sistema jurídico mexicano: Retos y compromisos a cumplir” en Serie *Temas Selectos 4 Hacia el ámbito del Derecho Familiar*, Oliva Gómez, Eduardo, Tapia Vega, Ricardo, Jiménez Muñoz Francisco Javier, Hernández Castelo y Erika Nayeli, (coords.), Ediciones Eternos Malabares, Universidad Nacional de Educación a distancia, Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México, 2017 p. 56: “La acelerada y constante transformación que vive la familia, impone a su concepto necesariamente su neodimensión o reconceptualización, tanto desde el enfoque sociológico como desde el jurídico y más aun, desde el enfoque humano”

225 Mesa Castillo, Olga, “*Derecho de Familia*”, Editorial Félix Varela, La Habana, 2010, p. 25.

ilícito”, “secuestro intraparental”, son poco usuales en Cuba, pero ello no significa que esté ajena a problemáticas en el orden familiar que se entrelacen con los derechos humanos donde incide fundamentalmente el acelerado envejecimiento de su población, el incremento de la migración, y con ello la internacionalización de las relaciones familiares y el efecto a veces traumático en los niños, niñas y adolescentes, y en la relación paterno filial.

Estos datos que exponemos a continuación selectivamente y en pura síntesis nos darán una instantánea del escenario cubano actual que sirve de sustento al contenido de muchas reflexiones contenidas a lo largo del trabajo: <sup>226</sup>

Proyección de Hogares según edad del jefe y tamaño del hogar: Cuba 2015-2030.

- Apenas en uno de cada 3 hogares hay un niño/a menor de 15 años.
- Los adolescentes aportan alrededor del 14% de los nacimientos y las mujeres jóvenes son las protagonistas del 90% de éstos.
- En 4 de cada 10 hogares cubanos vive al menos un adulto/a mayor.
- El 50.5 % de los niños/as, y adolescentes y jóvenes cubanos menores de 17 años no reside con ambos padres, por lo que forman parte de familias monoparentales o reconstituidas. En el 2016 solo el 41 % de las parejas que se divorciaron habían arribado a los 10 años de relación matrimonial.
- El 17.7 % de los hogares tiene un jefe mayor de 70 años. Esta proporción crecerá a un 25.5 % para el 2030, y las casas a cargo de personas entre 15 y 54 años disminuirán.
- El 26.3 % de los hogares están integrados por dos miembros, un 25.5 % tienen 3, los unipersonales ascienden a 18.8 % y los

---

226 Datos tomados directamente por el autor, de la Oficina Nacional de Estadísticas de la República de Cuba. Anuario estadístico del 2016, con cierre de emisión marzo de 2017.

de 4 miembros reúnen el 17.5 %. En resumen, el 88.1 % de los hogares en Cuba tiene de 1 a 4 miembros.

- La combinación de las variables de nacimiento, defunción y migración dan un ligero y paulatino decrecimiento de la población residente.
- Son minoritarias las viviendas con núcleos entre 5 y 7 personas.
- Entre enero de 2013 y noviembre de 2014, la mayor cantidad de personas que salieron del país estuvo entre 40 y 39 años (35%), los jóvenes entre 19 y 39 años (31.5) ocuparon el segundo lugar. Del total, el 53 % fueron mujeres en edad de reproducción.<sup>227</sup>

## **II. Antecedentes históricos del derecho de las familias en Cuba**

### **II.1 Una mirada hacia nuestra América**

Es imposible analizar con objetividad y proyección hacia el futuro, lo que en esta materia sucede en la mayor isla del Caribe, sin remitirnos primeramente a una apretada síntesis de su historia vinculada a la temática que se aborda:

En 1492, Cuba fue de las primeras tierras alcanzadas por los españoles en su primer viaje al llamado Nuevo Mundo, antes de comenzar el largo camino de la conquista, y fue la última en liberarse del dominio de España, cuando ya hacía décadas que las demás naciones hermanas del continente lo habían logrado, por tanto fue la de mayor tiempo de colonización en América Latina, además de no contar con pueblos originarios al ser exterminados al inicio mismo de este proceso. Todo eso condicionó muchas de las características de su historiografía y de sucesos que matizaron su formación como nación.

En el caso cubano, las instituciones de forma muy incipiente comienzan a manifestarse a partir de 1512 cuando se implantaron los organismos coloniales de

---

<sup>227</sup> A partir del año 2013 se implementaron en Cuba nuevas regulaciones migratorias que entre otros aspectos, contemplan que los residentes permanentes en el país pueden permanecer hasta dos años consecutivos en el exterior sin perder esta condición, además se flexibilizaron los procesos de repatriación.

gobierno. La actividad jurisdiccional se repartió entre diversos niveles que tenían en el Gobernador General de la Isla su máximo representante, con posibilidades de apelación reservada para asuntos muy especiales ante la Real Audiencia de Santo Domingo que fue establecida en el año 1524 hasta que debido a los sucesos libertarios de la vecina Haití, se traslada para Puerto Príncipe (actual Camagüey) en 1799, y se crea la de La Habana en 1838, cuyos Autos complementaban las normas españolas a la realidad de la isla a partir de lo cual se producen modificaciones paulatinas en la vida jurídica del país.

Los cambios esenciales en el enjuiciamiento cubano se produjeron durante el siglo XIX bajo el dominio colonial ibérico. En esa etapa surgen las principales reformas en lo civil y lo penal, que culminaron con el proceso codificador de todo el derecho peninsular justo en las postrimerías de ese siglo. Es de destacar entre otras, la extensión a Cuba en 1889 del Código Civil español que aun con sus modificaciones posteriores estuvo vigente casi 100 años.

El primero de enero de 1899 con la ocupación norteamericana, se ratifica la vigencia de la legislación española precedente, pero fue revisada y se le introdujeron algunos cambios a través de órdenes militares.

La proclamación formal de independencia el 20 de mayo de 1902, acelera los aires de modernidad introduciéndose progresivamente nuevos derechos considerados en algunos casos irreverentes para la época. Veamos una síntesis evolutiva desde el Derecho sustantivo de familia que normativamente formaba parte del Código Civil:

1900: Se deroga el impedimento dirimente de incapacidad para contraer matrimonio a los adúlteros entre sí.

1917: La mujer casada adquiere la libre administración de sus bienes propios, sin que fuere necesaria la licencia del marido para tales actos y la madre viuda –vuelta a casar- no pierde la patria Potestad sobre los hijos del anterior matrimonio.

1918: Se institucionaliza el divorcio con disolución del vínculo. El adulterio se enuncia como causal de divorcio tanto para el hombre como para la mujer. La mujer divorciada no culpable tiene derecho a percibir una pensión alimenticia. Se establece el procedimiento especial para el divorcio por mutuo disenso.

1925: Se regulan las demandas de la mujer trabajadora en cuanto a las labores que podrían y debían ser realizadas por mujeres, contar con servicios sanitarios propios, y tiempo para alimentar al hijo.

1929: La mujer cubana que se casare con un extranjero no pierde su nacionalidad por razón de matrimonio.

1930: Se derogan del Código Penal los delitos de adulterio de la mujer y amancebamiento del marido.

1934: La Constitución de ese año concede a la mujer el derecho al Voto.

1938: Considerados también hijos legítimos a los habidos fuera del matrimonio de padres que en el momento de la concepción estuvieran o no, en aptitud de contraer matrimonio siempre que en cualquier tiempo posterior celebraren matrimonio legal.

1940: Entra en vigor una nueva Constitución, considerada una de las más avanzadas para la época en la que se establece la igualdad de derechos para ambos cónyuges, se institucionaliza por primera vez el concubinato, el que puede equipararse por razones de equidad al matrimonio civil, siempre que los concubinos tuvieren capacidad legal para contraer matrimonio civil, y existiera estabilidad y singularidad en su unión. Se admite la investigación de la paternidad y queda abolida toda calificación sobre la naturaleza de la filiación. Se establece la igualdad de derechos de los hijos matrimoniales y extra- matrimoniales, salvo los correspondientes a la herencia de sus progenitores.

1950: Ambos progenitores ejercen la patria potestad sobre sus hijos. La mujer puede formar parte del Consejo de familia. Ambos cónyuges son los administradores de la sociedad de gananciales. La mujer casada podía ejercer libremente el comercio sin necesidad de licencia marital. Dispone la derogación de toda limitación en cuanto a capacidad de la mujer que merme la igualdad de los sexos.

A partir de la década de los 70 del pasado siglo, arranca un periodo de institucionalización del país (en el cual se promulgaron normas esenciales como la Constitución de la República de 1976, Código Penal y leyes de procedimiento en distintas materias).

Al arribar al año 1975, Cuba se convierte en uno de los primeros países de Iberoamérica en promulgar un Código de Familia<sup>228</sup>; independiente del Código Civil, con lo cual siguió de una parte la codificación desarrollada por los entonces países socialistas europeos, así como en el caso de nuestro continente asimilando el camino abierto por Bolivia y Costa Rica en 1972 y 1973 respectivamente. En la actualidad, la nación antillana vuelve nuevamente su mirada hacia el continente americano, como en aquellos años de reforma sustancial de la normativa familiar, pero esta vez para inspirarse en los nuevos aires de renovación en esta materia, que nos permitan nutrirnos de experiencias e intercambios para regular los cambios sustantivos e instrumentar un auténtico proceso familiar para enfrentar con mayor éxito los conflictos que se generan en el seno de la familia.<sup>229</sup>

Para ello se comenzó en fecha tan temprana como la década del 80 del siglo XX a trabajar afanosamente con distintos anteproyectos para la modificación legislativa de ese Código, urgido de asimilar los nuevos paradigmas de la justicia familiar en la región.

La visión del carácter netamente nacional, interno, del Derecho, cada vez queda más atrás, pues a diferencia de las ciencias naturales, biológicas, médicas y otras; parte de un componente de ejercicio de la soberanía de los Estados para su aplicación específica en su territorio; sin embargo, los problemas humanos no por ello dejan de ser universales incluyendo los conflictos jurídicos. El abordaje de éstos es lo que varía de una nación a otra, pero en este mundo globalizado se avanza ya en una integración consensuada y similar en cada país partiendo del entramado de instrumentos internacionales, dada la internacionalización de las relaciones y los conflictos que nos aquejan.

La vida como sabia fuente de la que se nutre el ordenamiento jurídico, demuestra la necesidad de que se tenga una especial deferencia en la solución a las discordias familiares por la impronta que significa en el desarrollo psicosocial de las nuevas generaciones, de nuestras niñas y niños, de los adolescentes, de la protección de

228 cfr. Código de Familia, Ley 1289 de 14 de febrero de 1975 publicada en la edición ordinaria número 6 de la Gaceta Oficial de la República de Cuba.

229 Rivero Hernández, Francisco, *Régimen sustantivo y procesal del Derecho de Familia en España*, en Kielmanovich, Jorge L y Benavides Santos, Diego (comps.), *Derecho Procesal de Familia. Tras las premisas de su teoría general*, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, 2008 p.92.

la ancianidad, la discapacidad, y en general de todas las personas que conforman el entorno familiar y la sociedad en su conjunto.<sup>230</sup>

Para estos conflictos, acorde con la experiencia práctica del autor, no cabe en rigor formalismos vacíos que alimenten la discrepancia, sino que debe valorarse un proceso distinto que aporte soluciones beneficiosas para el núcleo familiar en su proyección futura, que contribuya a preservar valores, en suma, como han reconocido estudiosos del tema: una justicia conciliatoria o de acompañamiento.

Esto ha sido un largo batallar donde se han conjugado de una parte en el plano foráneo, los ecos provenientes de la imperiosidad a nivel internacional de proporcionar un salto en la atención a la familia por su impacto visible en los valores de la sociedad, la urgencia acumulada de una mejor protección para los más vulnerables, como parte de los principios universales de los derechos humanos, lo que desembocó en importantes Convenciones devenidas en una revolución para los principios de protección integral.

Cuba, con una superficie de 110,860 kilómetros cuadrados, una densidad poblacional de 101,3 habitantes y con sus actuales 11 millones 239 224 habitantes, según lo más actualizado del censo,<sup>231</sup> pasó por dos momentos demográficos con vinculación entre sí a lo largo del tiempo, primero el *boom* de nacimientos que se produjo en las décadas del 60 y 70 del pasado siglo, y la otra es la que hemos comenzado a enfrentar ahora con la reducción de la natalidad a partir de los años 80, 90 y hasta el presente, donde no se ha podido llegar a cubrir el índice de reemplazo, es decir que al menos una mujer en edad fértil dé a luz una hembra, que son las que garantizan la reproducción y la continuidad de la especie. Esto hace que los índices de envejecimiento sean alarmantes y haya urgencia de proyectarse a nivel social en la protección a ese sector poblacional.

---

230 Mesa Castillo Olga, *La jurisdicción especial para los asuntos del Derecho de Familia. La experiencia de las Salas de Justicia Familiar en Cuba*, Rodríguez Fernández, Yumil (coord.), *Los Tribunales en Cuba, Pasado y Actualidad*, La Habana, Ediciones ONBC, 2013, p. 492.: "...el interés fundamental protegido es el de la familia concebida como institución social, célula elemental de la sociedad, el de los menores e incapacitados en calidad de sujetos más necesitados dentro de ella. Se establece entonces este Derecho en una ideología y una ética determinada, su naturaleza jurídica correspondería realmente a un Derecho Político o Social"

231 Datos tomados de la Oficina Nacional de Estadísticas de la República de Cuba. Anuario estadístico del 2016 y que se ajusta a la tipología elaborada por el Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía-División de Población de CEPAL.

La isla caribeña tiene su propia y peculiar historia en los procesos familiares, a pesar de la corta data en cuanto a la creación de fueros especializados en esta materia, si se compara con el resto de la región, pero signada por la experiencia no solo interna sino también de lo que se debate en doctrina y se aplica en la práctica judicial de nuestras naciones de América, que puede exhibir en la actualidad en muchos de sus países, los códigos y los proyectos más modernos del mundo en el ámbito de lo familiar.

### **III. Protección integral a víctimas más vulnerables**

#### **III.1 Protección a niños/niñas y adolescentes de cara a los derechos humanos y la internacionalización de las familias**

Siglos atrás los niños y las niñas estaban invisibilizados, humana, cultural y jurídicamente. En la antigüedad coincidiendo con la llamada Ley de las doce tablas, (año 451 antes de nuestra era) se ordenaba al padre matar al hijo que naciese muy deformado.

Originalmente las facultades del pater-familia eran amplias, absolutas y rigurosas respecto a su descendencia, tenía sobre ella el derecho de vida y muerte, venderla y abandonarla, incluso el Derecho Romano no consideraba al feto un bien jurídico digno por sí mismo de ser protegido.

El bien jurídico que merecía protección era el derecho del padre, porque igualmente las madres estaban invisibilizadas y sometidas al varón.

La infancia y la adolescencia no tenían personalidad propia distinta de la de los adultos. De origen, la infancia está asociada con la idea de la incompetencia, la debilidad, la subordinación y la rígida obediencia. El descubrimiento de la infancia como categoría social no comienza a elaborarse sino a mediados del siglo XVII, pues con anterioridad los niños figuraban en el fondo mismo de la escala social.<sup>232</sup>

La industrialización y las secuelas de las guerras después impusieron atender la protección de la infancia huérfana, y abandonada. Surgieron entonces una serie de instrumentos internacionales para dar respuesta a esta situación conmovedora.

---

232 Mesa Castillo, Olga, *Conferencia dictada en Homenaje a los doctores Ivette Coll Pestaña y Luis Diez Picazo y Ponce de León*, La Habana, 2016.

Se crea la Declaración de los Derechos del niño de Ginebra de 1924 a la que le sucede la Declaración Universal de los Derechos del Niño Resolución 1386 de la XIV Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1959.

Pero todos esos instrumentos, entre otros, se limitaban a incidir en la infancia en situación de riesgos o de situación irregular. Fue entonces que dado el desarrollo alcanzado por la civilización, se dieron las condiciones para que en el año 1989 se pudiera dar un salto hacia adelante y aprobar la Convención de los Derechos del Niño, que incluye la niñez propiamente dicha y la adolescencia bajo una doctrina de protección integral, devenido en el primer instrumento jurídico de carácter vinculante y núcleo medular en materia de protección de los derechos de los infantes, que concibió al niño como sujeto de derecho y coloca su interés superior como esencia de todo el modelo de protección, así como enfatiza la responsabilidad pública de los Estados Partes en cuanto al respeto y realización de los derechos proclamados.

Las premisas citadas se convierten en principios generales del Derecho Internacional Privado y del Derecho sustantivo y procesal de Familia. A ellas contribuyeron también múltiples normas dictadas tanto a nivel de Naciones Unidas como en el marco interamericano, que se aborda en disímiles trabajos, conferencias y textos de lo cual en esta ocasión, se sustrae intencionalmente el presente trabajo, en aras del espacio y de los objetivos generales del mismo.

En una sintética agrupación de los llamados derechos humanos, algunos teóricos constitucionalistas, los han dividido de forma genérica, en derechos humanos de primera generación referidos a los derechos civiles y políticos, los que se refieren a las conocidas libertades y garantías individuales; de segunda generación, que se refieren a los llamados derechos colectivos, culturales, económicos y sociales y aún se proyectan los derechos de tercera generación, que son los que se refieren a los derechos ciudadanos de acceder al desarrollo social y político, a la paz y a la existencia de un mundo ecológicamente habitable.

Los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes se enuncian en el plano jurídico en los diferentes países, ante todo, en el texto constitucional y después en los diversos instrumentos jurídicos especialmente promulgados para la protección de ese sector poblacional de la sociedad, que se ha considerado

con mucha fuerza en los últimos años, siguiendo los dictados de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, como el más importante y necesitado de especial protección.

La Convención y su paradigma central de la doctrina de la protección integral, posibilitó repensar profundamente el sentido de las legislaciones para la infancia, convirtiéndolas en instrumentos eficaces de defensa y promoción de los derechos humanos específicos de todos los menores. Un sector amplio en la doctrina en materia de Derecho Civil y de Familia categoriza los derechos sancionados en ella como derechos fundamentales en virtud de la especial protección que ha de brindársele al niño, tendencia fuertemente acogida por las constituciones políticas y la mayoría de las legislaciones especiales latinoamericanas.<sup>233</sup>

Los derechos familiares en su enlace con los derechos humanos, no pueden estar sometidos a condición o a término, admitiendo más que ningún otro derecho, el abordaje interdisciplinario. Por último y no por ello lo menos importante es el sentido predominantemente ético y moral, con una proyección educativa que lo caracteriza<sup>234</sup>.

En una sociedad globalizada y con marcado carácter multicultural, el instrumento más eficaz para la solución de estos conflictos a nivel global vienen a ser los instrumentos internacionales a través de los cuales se puede diseñar una plataforma de cooperación entre los Estados para dar respuesta a disímiles situaciones en las que se ven involucrados los niños y adolescentes.<sup>235</sup>

Para la reclamación de los derechos subjetivos reconocidos, la regla general en los ordenamientos jurídicos de distintas latitudes pero fundamentalmente en Latinoamérica es que rige el principio dispositivo para el inicio del proceso, pero

---

233 véase Oliva Gómez, Eduardo, op.cit., p.55 “Reconocida con tal caracterización la familia, ciertamente, a lo largo de la historia de la humanidad-vivir en familia- es un derecho humano de niñas, niños y adolescentes y el Estado, sociedad y familia, deben buscar los medios para garantizar este fundamental derecho.”

234 véase Martínez Ortiz, José H. *Lecciones de apoyo a un curso de ética jurídica* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Juárez, Estado de Durango, Artes Gráficas La impresora, Durango, México, 2006, pp. 42 - 55.

235 Alvarez Torres, Osvaldo M., Conferencia *Aspectos de la violencia doméstica en mujeres, niños y adolescentes* Primer Congreso Centroamericano de Derecho de Familia, San José, 2014: “Una de las formas de expresión de la violencia familiar que más repudio concita es el maltrato infantil, que se conceptualiza en cuatro formas o tipos básicos no excluyentes entre sí: el abuso físico, el abandono de niñas y niños, el abuso emocional y el abuso sexual. Puede sumarse a todo ello la execrable explotación económica de los menores de edad”

luego no pueden disponer de sus derechos cuando fueren irrenunciables, coexiste en la mayoría de los casos la intervención del Ministerio Público y predomina la aplicación del principio inquisitivo una vez incoado el proceso.

Se incrementen los poderes del juzgador quien tendría la iniciativa de practicar pruebas de oficio, la ineficacia de la confesión cuando afecta intereses de tutela jurídica superior, la flexibilidad de la cosa juzgada, y la relatividad de la preclusión entre otros aspectos procesales que los distinguen.<sup>236</sup>

Como peculiaridad, el Código de Familia cubano de 1975 aún vigente, establece un concepto de arbitrio judicial denominado “*en beneficio de los intereses de los menores*”, adelantándose en cierta medida al concepto del interés superior del niño de la Convención de 1989.<sup>237</sup>

El denominador común de los menores en circunstancias especialmente difíciles es la pobreza, tal y como lo destaca la propia Convención sobre los Derechos del Niño:<sup>238</sup>

Según informe del Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) un millón de niños menores de cinco años muere cada año en América Latina y el Caribe, la mayoría por causas evitables. En la actualidad, además 263 millones de niños no asisten a la escuela, admitió la Organización de Naciones Unidas mediante la Relatora Especial para el derecho a la educación lo cual es una evidencia palpable de violación de sus derechos humanos.<sup>239</sup>

Además de los casos extremos de pobreza infantil, no menos desprotegidos quedan aquellos a los que los limitados recursos de sus padres les alejan del impacto de

236 Díaz Tenreiro, Carlos Manuel, y Alfaro Guillén, Yanet, *Bases Generales para la reforma del proceso civil en Cuba*, Revista Justicia y Derecho número 24, año 13, Junio de 2015, Publicación Semestral del Tribunal Supremo Popular, p. 18: “El proceso civil cubano requiere ser modificado para alinearlo con las características de la conflictividad actual y con los patrones del debido proceso”

237 véase: Velazco Mugarra, Miriam, *La jurisdicción en armonía con los principios doctrinales indeclinables del Derecho de Familia en Cuba*, Revista Cubana de Derecho, Cuba, año 2011, número 38, Julio-Diciembre 2011, p.22

238 Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989.

239 Acosta Tíeles, Néstor, *Maltrato Infantil*, Segunda Edición, Editorial Científico Técnica, La Habana, 2002: “Millones de niños y adolescentes entre 8 y 17 años viven marginados en las calles de las ciudades principales del continente. Se estima que más de 50 millones están en estas condiciones y un número superior espera para incorporarse a esta forma de abandono”, p. 35.

las nuevas tecnologías de la información y la comunicación a la que están ausentes muchos de los sectores más vulnerables y por tanto aumenta la invisibilización de su problemática al estar limitados en sus espacios de interacción.

Mención aparte para el caso de los niños discapacitados, además de la protección general de sus derechos personalísimos, se refuerza para ellos la protección especial establece la Convención destinada a atender determinadas situaciones de vulnerabilidad que les competen por su condición de discapaces. Analizaremos la situación de algunos de estos rubros de derechos humanos de la niñez en la Cuba de hoy.

La Constitución de la República de Cuba reconoce en su artículo 40 que la niñez y la juventud disfrutan de particular protección por parte del Estado y la sociedad. Aunque su formulación es parca, los logros fundamentales alcanzados se palpan esencialmente desde las políticas públicas, debiendo reforzarse más la normativa como especial garantía que la sustente.

Los bajos índices de mortalidad infantil combinado con los altos índices de escolarización reconocidos mundialmente para la isla, son una de las tantas muestras de dicha dedicación lo que no enerva la necesidad de avanzar en mejores proyectos regulatorios para este sector vital en el futuro de cualquier país.

El derecho a la identidad, se inscribe en la dogmática doctrinal de los llamados derechos inherentes a la personalidad que se consideran como derechos humanos, naturales, innatos, inalienables, imprescriptibles, personalísimos, extra-patrimoniales.

En Cuba la casi totalidad de los partos se producen en centros asistenciales de salud de donde sale el recién nacido ya inscripto en el registro público, pues una representación de esa institución se basifica en los hospitales maternos y otros centros similares para practicar el acto de la inscripción, y proceder a darle cumplimiento a la Ley especial que regula este accionar.

Caso de ser madre unida en matrimonio formalizado su declaración respecto a la filiación surte efecto para ambos progenitores, y en el supuesto que no sea así el padre deberá concurrir al centro donde se halle la madre en el momento

del nacimiento o posteriormente ante el Registrador a dar su consentimiento y formalizar la inscripción por la línea paterna.

El derecho fundamental del niño a la biparentabilidad (a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos) es principio recogido en la Convención, que tiene su quebradero en ocasiones cuando erróneamente al interpretar el ejercicio de la maternidad, la recién parida no proporciona el nombre del padre biológico por desavenencias y separación anteriores al parto, a veces con la anuencia del omitido, lo que provoca con el transcurso de los años no pocos entuertos en las relaciones familiares sobre todo si la relación marital tiene una ruptura.

Una vez nacido, los principales litigios que aparecen en Cuba como principal y más reciente novedad en el ejercicio de la patria potestad, y vinculados a la proyección internacional de éstos, se centran en el dilema migratorio cuando uno de los padres o el hijo o hija residen fuera del país temporal o permanentemente, o por la concesión o negativa de autorización para viajar el menor cuando uno de los padres se opone a la forma de concebirse el régimen de visitas fuera del territorio de residencia habitual del infante, por el temor a un posible acto de retención del niño en el otro Estado, o en general a perder el control de las actividades a que sea llevado, que tienen como base la lógica desconfianza mutua que surge y se consolida como parte del conflicto entre los progenitores.

En consecuencia, a esta nueva plataforma de mayor circulación de los cubanos hacia el exterior por factores económicos, de reunificación familiar, se une la proliferación cada vez más de progenitores con residencia en el exterior permanente o temporal por el cumplimiento de largas misiones de trabajo o estudio o simplemente por asuntos personales en otros países, en tanto su descendencia continua domiciliada en el territorio nacional.

A la par concurre también la repatriación de otros que eran emigrados, a tono como se matiza en buena parte de los movimientos transfronterizos, siendo todos esos factores, rasgos sociodemográficas de buena parte de la familia cubana actual.

La ley procesal vigente<sup>240</sup> permite dilucidar estos conflictos con la autoridad judicial mediante procesos sumarios, o incluso dentro del mismo divorcio, cuando entran en conflicto en el ejercicio de la autoridad parental, para lo cual se atiende a la aplicación del interés superior del menor refrendado en la Convención y que se construye en cada caso concreto sometido al contradictorio oído siempre la posición del Fiscal que es parte en este asunto y de los equipos multidisciplinares.

No obstante se requirió ante los nuevos retos de la justicia familiar frente a la inamovilidad de ciertas normas procesales y sustantivas en vigor, la aprobación de la Instrucción 216/2012 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba,<sup>241</sup> que sin invadir la actividad legislativa, abrió el cauce para introducir reformas en el proceso en beneficio de la familia.<sup>242</sup>

y ello ha traído como corolario en el plano jurídico, conflictos derivados del ejercicio conjunto de la patria potestad que refrenda la legislación familiar, y En ese propio sentido además se incrementan las controversias por el incumplimiento de la obligación alimentaria, uno de los supuestos más frecuentes y de difícil control donde juegan su rol los juristas y gobiernos involucrados con incidencia de las reglas de competencia judicial internacional, y el reconocimiento recíproco a la ejecución de las sentencias y demás resoluciones entre países.

México transmitió a Cuba a través del Doctor Eduardo Oliva de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, la experiencia del llamado Registro de deudores morosos que se aplica en el Estado de la ciudad de México, con la consecuente restricción para los culpables, en las emisión de pasaportes por ejemplo, y que también se instrumenta en otras naciones, lo que demuestra las distintas iniciativas que los gobiernos y la judicatura adoptan en función de protección para las víctimas que sufren los impagos en los conflictos familiares.

---

240 cfr. *Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico*, publicado en la edición ordinaria número 34 de 20 de agosto de 1977 de la Gaceta Oficial de la República de Cuba, y *Decreto Ley 241 de 26 de septiembre de 2006*, publicado en la edición ordinaria de la Gaceta Oficial de la República de Cuba de 27 de septiembre de 2006, p. 335.

241 cfr. *Instrucción 216 de 17 de mayo de 2012 del Tribunal Supremo Popular*, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Cuba en la Edición Ordinaria número 21 del viernes 22 de junio de 2012 p. 681-683.

242 Mendoza Díaz, Juan, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2001, p. 15: "...a partir de esta formulación la Ley de Procedimiento hizo que adquirieran carácter vinculante, parejamente a la norma positiva, los criterios interpretativos del Consejo de Estado y las decisiones de los órganos gubernativos del nivel superior de la judicatura".

A nivel internacional la gran mayoría de los estados adoptan como medida de protección frente a los traslados ilícitos de los niños, el requerimiento de la autorización conjunta de los progenitores para la obtención de pasaporte y salidas al exterior. Este es uno de los aspectos más polémicos que se vincula con el efectivo ejercicio del derecho de visita cuando el padre no titular de la guarda y cuidado reside en Estado diferente y el otro progenitor se opone a conceder la autorización para viajar por lo que la discrepancia se resuelve por los tribunales.

Si alguna conclusión útil se puede sacar de forma preliminar ante la problemática de la niñez que se complejiza cada vez más, es que no basta con la reforma a las normas sustantivas y procesales dentro de cada Estado, lo que puede garantizar una protección integral de los derechos de los niños, en medio de un mundo transnacional y globalizado no solo en su economía sino también como derivación de ésta, en las relaciones personales. Se requiere un abordaje profundo de los poderes públicos, privados y la concientización y cooperación de toda la sociedad dentro y hacia la región, a la vez que se promueva la firma a los instrumentos internacionales y se norme su cumplimiento estricto con aplicación consecuente de sus efectos legales.

### III.2 Protección a las mujeres, la ancianidad y la discapacidad

La historia de las mujeres y su status, es como transitar por la propia evolución de la sociedad al ser ellas parte indispensable en su desarrollo, además de tener el privilegio de ser las que garantizan la continuidad de la especie. Solo por ese dictado de la naturaleza vale la pena rendirles un honor perenne con una actitud de reverencia, respeto y consideración.

Sin embargo, a “*contrario sensu*”, la historiografía recoge una discriminación inusitada hacia la mujer en muchas etapas del desarrollo de la civilización, tanto o más quizás que la propia infancia.<sup>243</sup>

Se trata de un grupo vulnerable muy peculiar que arremetió con fuerza la búsqueda incesante de sus derechos para equipararlos a los de sus compañeros.

---

243 Cfr. Pereira Retana, Sandra, *Modelo de Abordaje Integral en Violencia Doméstica*, Editorial Juricentro, S.A., San José, Costa Rica, 2014, p. 21: “La violencia contra las mujeres, es un dispositivo de poder para mantener el orden patriarcal”.

En Cuba, las mujeres siempre desarrollaron un espíritu de rebeldía y de lucha con una mentalidad y toma de conciencia que impulsó avances, algunos atrevidos para la época. Prontamente incorporaron la perspectiva de género a raíz del surgimiento de las corrientes feministas de la década del 70 del pasado siglo.

Si el derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación constituyen los principios que sustentan todos los derechos humanos, si éstos a su vez son atributos de la persona humana por el mero hecho de serlo, a partir de ahí no habría por qué diferenciar entre los derechos de mujeres y de hombres. Sin embargo, es la especificidad de las violaciones de derechos humanos que sufren las mujeres en especial la violencia tanto física como psicológica –en función de su género, de los roles y estereotipos que la sociedad históricamente les ha atribuido– la que marca la necesidad de conferir un carácter también específico al reconocimiento y sobre todo, a la protección de sus derechos.

Es aceptado que el género y la perspectiva de género informan, de manera progresiva y creciente, la protección nacional e internacional de los derechos humanos. Tanto los diferentes sistemas constitucionales y legislativos nacionales, como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario entre otros, integran progresivamente en su seno esta nueva mirada que posibilita una protección más eficaz de los derechos.

La aplicación de una perspectiva de género permitió el reconocimiento internacional acerca de la discriminación que enfrenta la mayoría de ellas en el mundo y las limitaciones que les afectan en el goce y ejercicio pleno de sus derechos humanos y les impide mejorar las condiciones en que viven. Es por ello que existen instrumentos internacionales de derechos humanos que toman como punto de partida esa desigualdad histórica, reconociendo y protegiendo específicamente los derechos de las féminas; estos se suman a los instrumentos jurídicos internacionales que conforman el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Destacan la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (conocida por sus siglas en inglés: CEDAW) y su Protocolo Facultativo<sup>244</sup>, así como el Sistema Interamericano adopta en 1994 la

---

244 La Convención CEDAW fue aprobada por la Organización de Naciones Unidas (ONU) en diciembre de 1979 y cuenta con ratificaciones de la abrumadora mayoría de los Estados. El Protocolo Facultativo de la Convención fue aprobado por la ONU en diciembre de 1999.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (también conocida como Convención de Belem do Pará)<sup>245</sup> por solo citar de las más relevantes.

La Constitución cubana refrenda que la mujer y el hombre gozan de iguales derechos en lo económico, político, cultural, social y familiar, y proscribire todo tipo de discriminación por motivos de sexo, raza, color de la piel, origen nacional, creencias religiosas y cualquier otra distinción lesiva a la dignidad humana y a los principios de igualdad, para ello en ocasiones ante ancestrales lastres de desigualdad histórica, es preciso aplicar la regla de a situaciones desiguales, insuflarles beneficios u oportunidades que los equipare socialmente.

Se trata de una fórmula similar a la que recogen muchas constituciones en el mundo que además en el caso cubano en lo legislativo, marca pautas el Acuerdo del Consejo de Estado de 7 de abril de 1997 con fuerza de ley que aprobó un acápite relativo al Derecho de Familia dentro del Plan de Acción Nacional de seguimiento a la IV Conferencia de las Naciones Unidas sobre la mujer<sup>246</sup>, con independencia de los protocolos que le siguieron, siendo el instrumento jurídico donde el Gobierno de la República hace suyos con medidas concretas la voluntad de impulsar las políticas de beneficio para las cubanas con el mismo espíritu del sentir universal compartiendo con la comunidad internacional los compromisos que los Estados asumen en relación con los derechos de las mujeres.

Los cambios en la condición y posición de la mujer en gran parte de las familias, el ganar independencia económica, elevar su nivel cultural y ampliar su participación social produjo cambios en las relaciones de poder, caracterizadas por una menor subordinación y sumisión con respecto al hombre y un mayor respeto a su individualidad.

Actualmente se despliegan nuevos programas con ánimos de empoderamiento de las féminas, con énfasis en su cultura general integral como una herramienta importante para afrontar los nuevos retos, hay un desarrollo de programas

---

245 Adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período de sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA). Entró en vigor el 5 marzo de 1995 y cuenta actualmente con un alto número de ratificaciones.

246 *Plan de Acción Nacional de seguimiento a la Conferencia de Beijing*, República de Cuba, publicado por Editorial de la Mujer, 1999 y Reimpresión 2008 por la Oficina de la Coordinadora Residente de las Naciones Unidas en Cuba.

comunitarios dirigidos a ella y su familia a través de las llamadas Casas de Orientación ubicadas en todos los municipios del país, con ofrecimientos de asesoría jurídica, psicológica y pedagógica gratuita.<sup>247</sup>

La Carta de Naciones Unidas proclama en su preámbulo la igualdad de derechos de hombres y mujeres. También la Declaración Universal, los Pactos Internacionales y otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos, consagran los principios de igualdad y no discriminación con carácter general; y reconocen algunas situaciones específicas que de protección especial como la maternidad o el matrimonio.

En cuanto a la maternidad, tema polémico pero interesante para la mujer y su futura descendencia lo constituye la interrupción del embarazo, algo que en la región genera según cada país, fuertes discrepancias por su relación directa con el derecho a la vida.

En la mayor de las Antillas, el aborto es lícito si se decide voluntariamente por la mujer (aún sin el consentimiento de su pareja) y se realiza dentro de instituciones oficiales de salud y con las regulaciones asépticas indicadas para efectuarlo. La Ley de Salud Pública y su Reglamento no establece ni edad mínima de la mujer ni tiempo límite de gestación, para la interrupción del embarazo no deseado y la realización de esta práctica y sus riesgos, se valora por el personal médico facultado para ello. Tanto desde el punto de vista de las regulaciones de la salud, como en la esfera del Derecho Penal, el bien jurídicamente tutelado es la salud de la grávida, prioritariamente respecto a los derechos expectantes del feto, pues al considerarse el aborto lícito un derecho de la mujer a decidir y controlar su fecundidad, surge para ella el llamado derecho reproductivo.<sup>248</sup>

En esa línea, la mujer cubana puede decidir el número y espaciamiento de sus hijos, lo que le ha permitido una mayor incorporación al empleo, a la superación cultural y técnica y a la vida social en general.

---

247 Según la Oficina Nacional de Estadísticas. Anuario Demográfico de Cuba, marzo de 2017, son mujeres el 65.6% de los profesionales y técnicos del país, el 48.9 son miembros del Parlamento, el 51.6% de los investigadores, el 73% de los fiscales, el 71.3% de los jueces profesionales y el 60.5% de los graduados universitarios

248 véase *Ley número 41 de Salud Pública de la República de Cuba* de 13 de julio de 1983, [www.cubanel.org/htdocs/ref/dis/41\\_salud\\_publica.htm](http://www.cubanel.org/htdocs/ref/dis/41_salud_publica.htm)

Cuba comparte con América Latina algunos de los cambios en cuanto a estructura y funcionamiento familiar, entre ellas: el aumento del número de hogares en que ambos cónyuges trabajan, la inestabilidad que se refleja en las tasas de divorcio y separación, el incremento de las uniones consensuales, de las familias reconstruidas y de otros arreglos familiares, el aumento de la jefatura de hogar femenina y la adopción de diversas estrategias para enfrentar la crisis económica.

Ya vimos que con la situación actual la mujer alcanzó niveles elevados de participación en el orden público en ocasiones por encima de los hombres y se sumaron a ello a pasos agigantados derivados de la migración, la conformación de matrimonios de nacionales con extranjeros como parte de la internacionalización de las relaciones familiares y de la aplicación de los derechos humanos.

Respecto al otro segmento de la población que de forma somera pretendemos tratar, se halla el de la ancianidad. A contrapelo de las tradiciones ancestrales de ciertas culturas donde al anciano es venerado; la modernidad de muchas de nuestras sociedades les ha vuelto la espalda a esos depositarios de la historia y la experiencia de los pueblos.

Las últimas proyecciones demográficas sugieren que en unos 15 años el 31% de la población cubana tendrá 60 o más años. Para que se tenga una idea, hace 100 años en 1917, el por ciento de personas cubanas con 60 o más años de edad era de apenas 4.8, de su población y en el 2017 es del 20 %, en tanto para el 2035 ese grupo representará casi el 34% de la totalidad de habitantes del archipiélago por lo que se vaticina de acuerdo a estimaciones de la División de Población de las Naciones Unidas, que Barbados y Cuba serán los países más envejecidos de América Latina y el Caribe en la perspectiva inmediata<sup>249</sup>.

El aumento de las personas de la tercera edad es el principal reto demográfico nacional y plantea nuevos problemas a la política social, entre ellos, el incremento de los gastos de la seguridad social, la garantía de un mayor número de pensiones por jubilación, el desarrollo de instalaciones adecuadas para la atención al anciano y de las especialidades geriátricas y gerontológicas; en resumen, el aseguramiento del acceso de los ancianos a servicios y a recursos materiales; pero también, una exigencia esencialmente social, la integración del anciano a la comunidad y la elevación de su papel activo en la familia.

249 Datos captados del Informe Anual de población de la Oficina Nacional de Estadísticas de la República de Cuba.

Esto se corresponde con los criterios científicos de los estudiosos del tema sobre la evidente prolongación de la perspectiva de vida y de la población de la llamada tercera edad. Se pronostica que sea éste, el único grupo etario con tendencia al aumento lo cual implica además una notable carga para la el sistema de salud y la disponibilidad de fuerza de trabajo.<sup>250</sup>

Precisamente, la entrada en vigor de una nueva Ley de Seguridad Social se fundamentó en la alarma ante el proceso de envejecimiento resultado de la baja natalidad combinado con la esperanza de vida al nacer lo que influye directamente en la disminución de los arribantes a la edad laboral y en un creciente impacto en la disponibilidad de los recursos humanos.<sup>251</sup>A su vez, el Ministerio de Trabajo y puso en vigor la Resolución número 22 del 30 de junio del 2004, que dispone el Reglamento de las Relaciones Laborales de las Personas con Discapacidad; aplicable a aquellos que manifiesten voluntariamente interés de incorporarse al empleo o se encuentren laborando, la que no pone límites en cuanto a la edad de estas personas para su incorporación al trabajo.<sup>252</sup>

A la par, el Sistema Nacional de Salud en coordinación con instituciones estatales y no gubernamentales, organizaciones sociales y la comunidad, contribuye a disminuir la morbilidad, prolongar la vida de la población, mediante el tratamiento médico preventivo-curativo a través del Programa de Atención Integral al Adulto Mayor; además de brindar atención a los ancianos mediante acciones preventivas, curativas y de rehabilitación de índole bio-psico-social; tendentes a lograr una vida activa y creativa en este grupo de edades.

En el sector educacional se implementó la creación del Grupo Nacional de Cátedras Universitarias de Adultos Mayores<sup>253</sup>, que se desarrolla a través de las cátedras y filiales universitarias en cada municipio del país, con un curso básico de un año escolar y otros cursos de continuidad. Dicho programa tiene un marcado carácter innovador por su extensión nacional, tanto urbano como rural, cuyo objetivo

---

250 Peláez,Orfilio, “*Proyecciones vaticinan continuidad de envejecimiento poblacional*”; artículo contenido en el Periódico Granma, 9 de septiembre del 2011,p. 2.

251 Ley No. 105 de 27 de diciembre del 2008, de Seguridad Social, publicada en la Gaceta Oficial No.004 Extraordinaria, de 22 de enero del 2009, Asamblea Nacional del Poder Popular, Sitio Web: <http://www.gacetaoficial.cu/>

252 Resolución No. 22 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de 30 de junio del 2004, Capítulo I. Gaceta Oficial de la República de Cuba. Edición Ordinaria, 22 de septiembre del 2004 Sitio Web: <http://www.gacetaoficial.cu.>

253 Programa Nacional del Ministerio de Educación Superior; <http://www.mes.gob.cu/es/programas-nacionales.>

consiste en la superación cultural y la actualización científico técnica de las adultos mayores. Paralelamente se creó el Programa Nacional de Círculos de Abuelos y el de Cultura Comunitaria, para estimular la socialización de las personas mayores a través del ejercicio físico matutino y el disfrute de la cultura en sus diferentes manifestaciones.

A pesar de lo expuesto, el envejecimiento es una de las asignaturas pendientes que no está completamente regulada en el Código de Familia, como tampoco se recoge específicamente en un capítulo la protección integral a los ancianos, ni se ha promulgado una legislación especial de protección frente a la violencia de género o violencia doméstica, como exhiben otras naciones, y que a pesar de la existencia de beneficiosas políticas públicas, ello no basta y se demanda de un abordaje que establezca el debido respaldo legal, y no se vulneran derechos, ni garantías inherentes al ser humano.

Por lo común, la figura del abuelo provee sosiego, solaz, protección y cuidado sobre todo para sus nietos, pero no siempre las políticas ni la legislación lo contemplan más allá de una protección a la relación abuelo-nieto en función de éste último, que se promulgue con igual de beneficio hacia el adulto mayor, los que al estar por ley de la naturaleza más cercanos al ocaso de la vida, son indiscriminadamente utilizados en función del resto de la familia en tareas menores, y en no pocas ocasiones como tendencia renuncian a beneficios, ceden espacio, tiempo, y condiciones para el bien de sus descendientes.

Factores naturales que inciden en la ancianidad pueden provocar, en ocasiones, disminución de facultades de la persona, las que suelen convertirse en causas que originan discapacidad del individuo e incluso la incapacidad, y ésta última, declarada judicialmente, será el requisito previo para la protección jurídica y social que trae aparejada la institución tutelar con respecto a los mayores de edad, en el ordenamiento positivo cubano.

El concepto de discapacidad sin embargo no tiene que estar obligatoriamente asociado a la vejez, pues incluye a cualquier persona que presente déficits, limitaciones en la actividad y restricciones en la participación, que acarrea incapacidad o no, y en ello inciden millones de personas debido a secuelas sufridas como consecuencia de los conflictos bélicos, los fenómenos naturales, la nutrición deficiente, las enfermedades, la contaminación ambiental, los accidentes, entre otras causas, y también por la exclusión y la extrema pobreza que los coloque en

restricción o ausencia de la capacidad dentro del margen que se considera normal para un ser humano.

El Derecho romano diferenciaba los trastornos de la salud corporal de los defectos físicos duraderos o permanentes como el ciego, el sordo, el mudo, el sordomudo, y de los trastornos mentales como la locura o demencia que originaba en general incapacidades, liberación de obligaciones y causa de protección.<sup>254</sup>

Este sentimiento de exclusión se mezcló en el devenir histórico, con otros, sustentados en la lástima, la burla, la descalificación o la ignorancia: Los bufones de la corte, fueron por regla, enanos deformes, que hacían reír desde su grotesca anatomía y no se consideraban personas con sentimiento y raciocinio. A las personas con alguna discapacidad se les ha denominado de múltiples formas: impedidos, retardados, imbéciles, disminuidos, inválidos, minusválidos, mutilados, anormales, entre otros epítetos discriminatorios y de rechazo.

En Cuba, los orígenes de la protección a los ancianos y discapacitados comenzó en la etapa colonial con la Beneficencia, con la contribución esencial de la Iglesia Católica, auspiciada por órdenes religiosas, quienes tuvieron a su cargo la preocupación y atención a los hospitales destinados a dicho fin.

Ya en el pasado siglo XX se funda el Ministerio de Bienestar Social, cuyo propósito fue el de agrupar a las instituciones de tipo asistencial, lo que comprendía: hogares de niños, asilos de ancianos, establecimientos para impedidos físicos, entre otras. Tendría este ente estatal la misión de supervisar el rol de las instituciones privadas, estatales, así como las de procedencia religiosa hasta que en 1976 se dispuso que el Ministerio de Salud Pública organizar los servicios de asistencia social para los ancianos y los inválidos, así como para los impedidos física o mentalmente, a lo que se unieron los efectos de la Seguridad Social que proporcionan asistencia a los ancianos y personas no aptas para el trabajo, y otros necesitados de especial protección<sup>255</sup>.

En el plano internacional, la obra jurídica actual de mayor trascendencia lo constituye la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006 aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas

---

254 véase, Clemente DíAaz, Tirso, *Derecho Civil, Parte General* tomo I, Primera Parte, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 1983, pp. 331, 446.

255 Cfr. Ley No. 105/08 de Seguridad Social, ob. cit., p.15.

que reafirma la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales así como la necesidad de garantizar que las personas con discapacidad los ejerzan plenamente y sin discriminación, que al igual que la convención de los derechos del niño, va mucho más allá que un fin protector, sino de valorización de la persona con discapacidad y por tanto los considera sujetos con plenitud de derechos para insertarse en la sociedad.

Como parte de la interconexión en la protección integral de los derechos humanos, la Convención tiene especiales regulaciones para la mujer y los niños discapacitados que se suman a las que por sus respectivas convenciones se establecen.

Para el logro de estos objetivos se ordena a los Estados Partes a promover el intercambio de información adecuada a escala internacional en la esfera de la atención sanitaria preventiva y del tratamiento médico, psicológico y funcional, así como sobre los métodos de rehabilitación y los servicios de enseñanza y formación profesional. Además de estas específicas normas de la Convención se dirigen otras a los niños discapacitados, con fuerza vinculante para los Estados que la suscribieron y ratificaron.

En esencia estos principios son asumidos por el estado cubano con alto nivel de responsabilidad, no obstante, la vulnerabilidad de algunas familias constituye un aspecto a considerar en la sociedad cubana actual, teniendo en cuenta la heterogeneidad en las condiciones de vida de la población surgidas en las últimas décadas.

#### **IV. Conclusiones**

El Derecho sustantivo y adjetivo de Familia (ahora con un llamado a re conceptualizarse como Derecho de las Familias) está llamado a desempeñar un rol trascendental que irradie y se tome de referencia en el futuro para el logro de una tutela judicial efectiva en el reconocimiento del conjunto de derechos y obligaciones de todas los seres humanos cualquiera que sea la materia de que se trate, dentro de los proyectos sociales de nuestras naciones, pero con particular énfasis en los más vulnerables.

El Derecho no es la única herramienta para esos fines ni puede actuar aisladamente, de ahí la importancia de las políticas públicas y del abordaje multidisciplinario tan necesario para la mayor eficacia de la justicia familiar.

La naturaleza indisponible de gran parte de la normativa jurídico familiar, la hace equipararse a los derechos humanos, con ello se potencia la tutela efectiva hacia la familia, hacia los nuevos modelos convivenciales y su trascendencia para el rescate y reafirmación de los mejores valores de la especie humana por encima de coyunturas políticas. Dado lo vasto del tema, solo nos propusimos un acercamiento epidérmico a algunas de las realidades presentes en las víctimas de la discordia familiar pero desde la realidad cubana y sobre ella trazar una conexión con el escenario regional.

Las respuestas a estos conflictos, requiere frecuentemente una mirada transfronteriza a los derechos humanos de las víctimas, aun cuando nos puede colocar de frente al conflicto de leyes o la también llamada convergencia de normativa, pero que con el apoyo en los instrumentos internacionales y la cooperación entre gobiernos nos debe llevar a la búsqueda de soluciones efectivas para todos los involucrados y con una visión tutelar para la protección de los más vulnerables, incrementando el empoderamiento de éstos y la capacidad familiar para solucionar por sí muchos de los problemas que enfrenta.

Demostremos por encima de las fronteras, que podemos irradiar un modelo eficaz de justicia particularmente para los históricamente más relegados en la sociedad, y situarlos en la cúspide de la pirámide de sus derechos con sensibilidad en la ley y en la vocación humanista indispensable para abordar integralmente la familia; ese es un buen legado de trabajo para las futuras generaciones de juristas, parlamentarios, especialistas y directivos que sustituirán a las actuales en este perenne bregar por el mejoramiento humano al que apostó el más universal de los cubanos: José Martí.<sup>256</sup>

Apuntar con certeza en esa senda, nos llevaría a un plano superior, a nuevas metas no sólo en el Derecho de las Familias, que es decir en los derechos humanos, sino igual en el ordenamiento jurídico en general, aportando mejores garantías normativas a la reserva potencial más valiosa de la nación que son sus niñas y

256 Héroe Nacional de Cuba.

niños, a los depositarios de la historia y la experiencia que son nuestros ancianos, y a los adolescentes, jóvenes y adultos en general que sostienen en el presente el desarrollo de nuestros países. Invertir en todos ellos no sólo materialmente, sino también jurídicamente, es lo que demanda la región y el mundo.

## Referencias

### Bibliográficas:

Acosta Tiele, Néstor, *Maltrato Infantil, Segunda Edición, Editorial Científico Técnica, La Habana, 2002.*

Álvarez Torres, Osvaldo M., Conferencia “Aspectos de la violencia doméstica en mujeres, niños y adolescentes” 1er. Congreso Centroamericano de Derecho de Familia, San José, 2014.

Clemente Díaz, Tirso, *Derecho Civil, Parte General*, tomo I, Primera Parte, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 1983.

Díaz Tenreiro, Carlos Manuel, y Alfaro Guillén, Yanet, Bases Generales para la reforma del proceso civil en Cuba”, Revista Justicia y Derecho número 24, año 13, Junio de 2015, Publicación Semestral del Tribunal Supremo Popular.

Kemelmajer de Carlucci, Aida y Herrera, Marisa, *Matrimonio, orientación sexual y familiar. Un aporte colaborativo desde la dogmática jurídica*, en Revista *La Ley*, Buenos Aires, Argentina, 4 de junio de 2010.

Martínez Ortiz, José H. *Lecciones de apoyo a un curso de ética jurídica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Juárez, Estado de Durango, Artes Gráficas La impresora, Durango, México, 2006.

Mendoza Díaz, Juan, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2001.

MESA CASTILLO, Olga, “*Derecho de Familia*”, Editorial Félix Varela, La Habana, 2010.

Rodríguez Fernández, Yumil (coord.), *La jurisdicción especial para los asuntos del Derecho de Familia. La experiencia de las Salas de Justicia Familiar en Cuba, Los Tribunales en Cuba, Pasado y Actualidad*, La Habana, Ediciones ONBC Colectivo de autores, 2013.

Oliva Gómez, Eduardo, *La implementación de la familia de acogida en el sistema jurídico mexicano: Retos y compromisos a cumplir* en Serie *Temas Selectos 4 Hacia el ámbito del Derecho Familiar* Oliva Gómez, Eduardo, Tapia Vega, Ricardo (coords.), Ediciones Eternos Malabares Universidad Nacional de Educación a distancia, Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México, 2017.

Pereira Retana, Sandra, *Modelo de Abordaje Integral en Violencia Doméstica*, Editorial Juricentro, S.A, San José, Costa Rica, 2014.

Rivero Hernández, Francisco, *Régimen sustantivo y procesal del Derecho de Familia en España*, en Kielmanovich, Jorge L y Benavides Santos, Diego (comps.), *Derecho Procesal de Familia. Tras las premisas de su teoría general*, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, 2008.

Velazco mugarra, Miriam, *La jurisdicción en armonía con los principios doctrinales indeclinables del Derecho de Familia en Cuba*, Revista Cubana de Derecho, Cuba, año 2011, número 38, Julio-Diciembre 2011.

**Normativas:**

Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989.

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW).

Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer (Belém do Pará).

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

Constitución de la República de Cuba de 1976.

Código de Familia de la República de Cuba de 1975.

Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico de la República de Cuba de 17 de agosto de 1977 tal y como quedó modificado por el Decreto Ley 241 de 26 de septiembre de 2006 del Consejo de Estado.

Instrucción 216 de 17 de mayo de 2012 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba.

Acuerdo del Consejo de Estado de la República de Cuba de 7 de abril de 1997 con el Plan de Acción Nacional de seguimiento a la Conferencia de Beijing.

Ley número 41 de Salud Pública de la República de Cuba de 13 de julio de 1983.

Ley 105 de 2008 de Seguridad Social.

**Electrónicas y Otras:**

Programa Nacional del Ministerio de Educación Superior; <http://www.mes.gob.cu/es/programas-nacionales>.

Anuario estadístico del 2016 de la Oficina Nacional de Estadísticas de Cuba, con cierre de emisión marzo de 2017, [www.one.cu](http://www.one.cu). pdf.

## TUTELA PENOLÓGICA Y PROCESAL PENAL PARA LA FAMILIA: UN RETO DEL DERECHO EN LA ACTUALIDAD

*Oswaldo Manuel Álvarez Torres<sup>257</sup>*

«...la violencia intrafamiliar aparece como delito, entre nosotros, como consecuencia de uno de los temas incorporados a la agenda de la comunidad internacional; ingenuamente se pretende “resolver” con la ley penal un problema de raíces culturales y sociales, sin remover ninguna de ellas (...) No hay nada que pueda atentar más gravemente contra la familia que suponer que sus problemas son delitos. Si realmente nos interesa resolver este problema, pensemos no en un mejor Derecho Penal, sino en algo mejor que el Derecho Penal.....»Julio

GONZÁLEZ ZAPATA, Colombia.

Dedicado a la Dra. C. Olga Mesa Castillo,  
Precursora de los debates de  
Derecho Penal de Familia en Cuba.

---

257 Master en Filosofía del Derecho. Diploma de Estudios Avanzados, Universitat de Girona, Cataluña, España. Especialista en Derecho Penal, Civil y Patrimonial de Familia. Profesor principal de Derecho Procesal y de Filosofía del Derecho. Universidad de Matanzas, REPÚBLICA DE CUBA. Registrador de la Propiedad y Mercantil habilitado. Dirección mail: [dongaspar1955@gmail.com](mailto:dongaspar1955@gmail.com)

## Resumen

A la materialización del Derecho de Familia y del Derecho Penal sustantivo, en aras de una tutela penológica de la familia, se suma, por su carácter instrumental, el Derecho Procesal y el Procedimiento penal en función de lo familiar.

La violencia familiar, por su amplísimo espectro, deriva muchas de las veces en la irrupción, en el espacio del Derecho de Familia, de las normas del Derecho Penal para contener y/o sancionar conductas comisoras de delitos.

La violencia en sus diferentes facetas, causante de muerte, lesiones y otros daños o pérdidas, condiciona inseguridad para el ser humano. Esa inseguridad se ha generalizado a tal extremo en el mundo, que la Organización de Naciones Unidas en el avance sobre el Informe del Desarrollo Humano en 1994, expresó que es el máximo reto con que la humanidad entraría, y entró, ya no hay duda de ello, en el siglo XXI.

### Palabras clave:

Tutela, penológica, familiar.

**Abstract:** *The materialization of Family Law and Substantive Criminal Law, for the sake of a penological protection of the family, adds, due to its instrumental nature, Procedural Law and Criminal Procedure according to the family.*

*Family violence, for its very broad spectrum, often results in the emergence, in the space of Family Law, of the rules of criminal law to contain and / or punish behavior comisoras crimes.*

*Violence in its different facets, causing death, injury and other damages or losses, conditions insecurity for the human being. That insecurity has become so widespread in the world, that the United Nations in advancing the Human Development Report in 1994 said that it is the greatest challenge that humanity would enter, and entered, there is no doubt this, in the 21st century.*

**Key Words:** *Family, penological, protection*

## Breve Introito

Existen criterios que relacionan al Derecho Penal con el Derecho Familiar, aunque lo denominen Derecho Civil, en el sentido de que el Derecho Penal, al tutelar algunos bienes conectados directamente con el Derecho Civil, estrecha sus relaciones con éste. Los Códigos Penales sancionan las alteraciones del estado civil, el abandono de personas, la bigamia y otros delitos más, que tutelan derechos y bienes, de ahí se afirma que entre ambas ramas del Derecho surgen estrechos y necesarios lazos.<sup>258</sup>

Lo que se persigue con el Derecho penal familiar es establecer, como objetivos principales, el estudio de los ilícitos penales cometidos en el seno familiar por sus miembros unidos por vínculos de parentesco consanguíneo, afín y civil.

El Derecho Penal de Familia es el conjunto de instituciones y normas jurídicas que protegen esencialmente a la familia, cuando en su seno se realizan actividades ilícitas punibles por parte de sus miembros, o cuando los propios miembros de la familia atacan a miembros de esa familia y por tanto alteran los vínculos familiares, al poner en riesgo o dañar la célula básica social que por excelencia es la familia.

La familia es la base, la célula primigenia de la sociedad, que debe observar principios que regulan la conducta y la personalidad de los seres humanos, que vienen dados porque en su seno están contenidos valores morales y de trato social, para que la vida se desarrolle en armonía, para lograr el bienestar social.

El Derecho penal sustantivo, como se conoce, contiene normas prohibitivas, en las que se previene a los individuos que de violentarlas, serán destinatarios de una sanción previamente establecida, en esas mismas normas. No obstante si el sujeto comisor o transgresor de la norma es miembro de la familia o está vinculado a ésta, la sanción a imponer va desde la sanción principal de tipo penal, hasta la imposición de sanciones accesorias que, en determinadas circunstancias, implicará la pérdida o suspensión de determinados derechos de familia.

---

258 Güitrón Fuentevilla, Julián, *Memorias del Congreso Mundial Sobre Derecho Familiar y Derecho Civil*, Tema: Proposición de una nueva sistemática para la enseñanza del derecho familiar, en las escuelas y facultades de derecho de la República Mexicana. et. Atl, México, UNAM, 1978, p. 3693.

De ahí que los Códigos Penales contengan una gama de disposiciones que se refieren a la familia, por consiguiente, esta relación del Derecho Familiar con el Derecho Penal, entraña la formación de un binomio que regula las conductas de la familia, con trascendencia al ámbito del derecho punible. A la materialización de estas ramas de derecho en aras de una tutela penológica de la familia, se suma, por su carácter instrumental, el Derecho Procesal y el Procedimiento penal en función de lo familiar.

La violencia familiar, por su amplísimo espectro, deriva muchas de las veces en la irrupción, en el espacio del Derecho de Familia, de las normas del Derecho Penal para contener y/o sancionar conductas comisoras de delitos.

La violencia en sus diferentes facetas, causante de muerte, lesiones y otros daños o pérdidas, condiciona inseguridad para el ser humano. Esa inseguridad se ha generalizado a tal extremo en el mundo, que la Organización de Naciones Unidas en el avance sobre el Informe del Desarrollo Humano en 1994, expresó que es el máximo reto con que la humanidad entraría, y entró, ya no hay duda de ello, en el siglo XXI.

La vida moderna origina tensiones que necesariamente se reflejan en la vida de las personas. El desarrollo de los hijos como personas plétóricas, felices, no podrá lograrse en un ambiente de irritabilidad, de capricho, de falta de afecto intergeneracional.

Por ello es de justicia citar aquella frase, más que frase, sentencia<sup>259</sup>, cuando al escribir en el libro homenaje a la memoria del excelso Maestro mexicano Cipriano GÓMEZ LARA, se expresaba: “...en la familia descansa la estabilidad del estado y por tanto, este derecho es de orden público”.

---

259 Güitrón Fuentevilla, Julián, *Nueva sistemática del Derecho Procesal*, Libro Homenaje al Maestro Cipriano Gómez Lara, editorial Porrúa, Facultad de Derecho, México, UNAM, 2007, p. 324.

## I.- Un acercamiento al Derecho penal familiar desde el ordenamiento jurídico cubano

### 1.1-Reflexiones sobre el denominado Derecho penal de familia

Los inicios del siglo XX marcaron un momento crucial en la comprensión del Derecho familiar, por cuanto importantes estudiosos, dentro de los que se destacó Antonio Cicu, comenzaron a cuestionar su naturaleza *iusprivatista*; y fue justamente esa línea de pensamiento revolucionario la que marcó el rumbo de la moderna concepción que defiende que el Derecho de Familia es una rama singular dentro del ordenamiento jurídico –entendido como un *nuevo género* que protege a la célula básica de la sociedad<sup>260</sup> compuesta por un conjunto de normas jurídicas reguladoras de las relaciones entre los miembros de una familia entre sí, y los que se establecen con otros núcleos familiares, con la sociedad y con el Estado<sup>261</sup>; cuya naturaleza de corte social se halla altamente influida por intereses de orden público que predominan sobre aquellos aspectos puramente privados que se asocian, por regla general, a la faz patrimonialista que posee esta rama del orden jurídico, todo lo que comporta que el juego de la autonomía de la voluntad sufra sensibles restricciones en sede familiar.

Al profundizar en la obra escrita por autores cubanos del siglo XX, se advierte que Le Riverend refiere en su obra, conceptos que actualmente han sido llevados a la jurisdicción y al proceso de familia, al identificar a la justicia progresiva, llamada a compensar desigualdades en el sentido de que el pobre debe encontrar en los tribunales mayor amparo que el rico, el niño que el adulto, la mujer que el hombre, el abandonado de la suerte que el personaje influyente, de manera que introduce la concepción de “razón gobernada por el corazón”.<sup>262</sup>

---

260 Fue Cicu quien, finalizando la primera mitad del siglo XX, propuso la idea de considerar al Derecho de Familia como un “tercer género”, que no forma parte ni del Derecho Privado ni del Derecho Público, sino que goza de autonomía e independencia frente a estos. Cfr. CICU, Antonio; *Derecho de Familia* –Traducción de Santiago Sentís Melendo y Víctor Neppi–, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1947, pp. 40-41.

261 Cfr. Mesa Castillo, Olga, *Derecho de Familia*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2012, p. 22; Güitrón Fuentes, Julián; *Derecho Familiar*, 2ª ed., Editorial Universidad Autónoma de Chiapas, Chiapas, 1998, p. 229. Sobre el rol específico que juega el Derecho de Familia en nuestro modelo socialista, se pronuncia la profesora Mesa Castillo poniendo de relieve la incidencia en él de aspectos ajenos a lo estrictamente jurídico, lo que provoca que este derecho se muestre alejado de los intereses meramente patrimoniales y esté permeado por el propósito de absoluta igualdad jurídica entre el hombre y la mujer, y entre todos los hijos cualquiera que sea el estado civil de sus padres. Vid. Mesa Castillo, Olga; *Derecho de Familia*...cit., p. 25.

262 Le Riverend Brusone, Eduardo, *El matrimonio anómalo (por equiparación), treinta años después (1940-1970)*, En: Revista de la Facultad de Derecho de México. UNAM, 1971 Número 81-82 Enero-Junio, pp. 177-178.

En consonancia con el interés social en la protección de los valores e instituciones que componen el Derecho de Familia, se ha ido desarrollando hace algunos años, desde las postrimerías de la década de los años ochenta del siglo XX, una posición científica –especialmente en el área latinoamericana– que ha centrado su atención en la tutela del Derecho penal sobre las relaciones familiares, con el objetivo de evaluar la interrelación de estas ramas jurídicas desde aristas distintas a las puramente punitivas que definen la actuación clásica de este instrumento sancionador, lo que ha originado la aparición en el escenario científico del denominado Derecho Penal de Familia o Derecho Familiar Penal, definido por el profesor mexicano Güitrón Fuentesvilla como el conjunto de normas jurídicas que protegen y tutelan a la familia, cuando por medio de actividades ilícitas realizadas por sus miembros o en contra de su familia, se alteran las relaciones familiares, poniendo en peligro o dañando a la célula básica por excelencia.<sup>263</sup>

Valga aclarar, sin embargo, que el denominado Derecho penal de familia no constituye una disciplina autónoma –al menos desde el punto de vista de este Autor– por cuanto su contenido se limita a analizar la tutela penal de la familia que ha sido una tarea tradicionalmente atribuida a la Parte Especial del Derecho Penal.

Su especificidad viene determinada, eso sí, por el enfoque y los criterios a seguir para lograr una adecuada y merecida protección de las relaciones familiares, que deben atender no sólo a las directrices propias de la intervención penal sino que deben incorporar puntos de vista multidisciplinarios; todo lo cual influiría en que las interpretaciones sobre la aplicación de las normas penales en conflictos familiares, e incluso en aquellos que tiene lugar al margen de la familia pero con efectos directos hacia la célula básica, se dirijan a alcanzar en primer orden y por encima de la represión, siempre que resulte posible, otros fines más humanistas vinculados a la resolución efectiva del conflicto cuidando de que no produzcan afectaciones añadidas a las provocadas por el acto delictivo.

---

263 Güitrón Fuentesvilla, Julián, *Derecho Penal Familiar*, Ponencia presentada en el Segundo Simposium Nacional de Derecho Penal celebrado en 1992 en Guadalajara, México. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/187/dtr/dtr4.pdf>. [Consultada: 15/11/12 8:46 p.m.]. En este propio sentido se pronuncia Elías Polanco Braga, para quien el Derecho Familiar Penal se compone por el conjunto de normas jurídicas que protegen a la familia cuando el hecho ilícito trasciende en ella, o alteran los vínculos familiares, lo que a la vez produce efectos para eximir de penalidad, aumentarla, disminuirla, al ser sujeto activo o pasivo del delito un miembro de la familia. *Vid.* Polanco Braga, Elías; “Delitos y Derecho Familiar Penal”, disponible en: <http://www.pjbc.gob.mx> [Consulta: 17/11/12 10:22 p.m.].

Por estas razones, y sin que ello merezca marcar el inicio de las siempre confusas disquisiciones teóricas, parece más adecuada la denominación de Derecho familiar penal.

## **1.2. Legitimación del Derecho penal para solucionar conflictos familiares**

La Ciencia se construye desde la interrelación. Al presente se debe hacer Ciencia desde la diversidad, desde la inclusión, desde la integración, ¡pero Ciencia de verdad! Muchas acciones, pocos discursos, ¡es lo que se necesita en esta hora!

¿Se ha perdido la juridicidad en el Derecho? ¿Ha envejecido el Derecho, se ha quedado atrás el Derecho, en relación con otras ciencias sociales?

La juridicidad, como tendencia al predominio del derecho en los asuntos políticos y sociales, posee una historia de vida que ya se hace de larga data, surgida como concepto en los años cincuenta del siglo XX. La juridicidad es un concepto que se relaciona con los distintos niveles del devenir social, por lo que es obligado cambiar el matiz en su interacción con ellos.

Ello sucede en cualquier época, pero hay diferencias sustanciales cuando una sociedad se encuentra en la plenitud de su madurez y cuando empieza, o cuando cambia una sociedad de un estadio a otro, o en la fase en que es la propia sociedad la que se transforma, pero la cuestión más difícil es concebir la juridicidad en etapas transicionales de las sociedades, como las que se viven en el mundo actual, sobre todo en las regiones geográficas y en los entornos políticos donde viven los llamados pueblos del Sur.

El respeto irrestricto a las normas y disposiciones jurídicas del Derecho familiar penal y del procedimiento penal familiar, parte de la tutela constitucional de estas disciplinas sustantivo-procesales a través de los principios constitucionales y el hacer cumplir sus dictados desde las Constituciones Políticas de los Estados. Solo así podrá hablarse de tutela efectiva, de defensa de los derechos humanos de la familia, en centro de tutela penológica para su salvaguarda.

En los actuales momentos se pone en duda la eficacia del Derecho penal para la solución de los conflictos sociales<sup>264</sup>; y cuando estos diferendos se manifiestan en el ámbito familiar, mayores son las razones para cuestionar la idoneidad de este instrumento para mitigarlos. Sin embargo, no parece adecuado asumir en este sentido posturas radicales, ni para apoyar en todos casos la intervención penal ni para excluirla. Se imponen necesarias matizaciones que, en el caso del ordenamiento jurídico cubano, deben atender a las particularidades del derecho familiar del país, cuyos contornos y caracteres se traslucen del planteamiento contenido en el Por Cuanto Tercero del Código de Familia de Cuba.

Dada la importancia que reviste la familia en la sociedad, y particularmente en la realidad cubana en la que además juega un rol trascendental en el mantenimiento y desarrollo de un modelo económico y social para la etapa transicional que vive Cuba, resulta incuestionable que las relaciones familiares de mayor relevancia merecen ser tuteladas por las máximas instancias del control social, por lo que alcanzan la categoría de bien jurídico penal.

Los argumentos sostenidos antiguamente<sup>265</sup> respecto a la necesidad de mantener la intimidad familiar excluida de la intervención del Derecho Penal van quedando a la zaga, toda vez que la experiencia histórica ha demostrado que tales concepciones se erigen en causas favorecedoras, cuando no generadoras, de la aparición de fenómenos nefastos como la violencia intrafamiliar, frente a lo cual debe tomar partido el intervencionismo estatal.

264 Según Julio González Zapata, la crisis del Derecho penal radica en su gran incapacidad para dar respuesta a los problemas de una sociedad cada vez más compleja, más fragmentada y más violenta. *Vid.* González Zapata, Julio, *¿Se puede proteger la familia con el Derecho penal?*, disponible en: [http://www.derecho.udea.edu.co/descargas/Flia1/8\\_julio\\_gonzalez.pdf](http://www.derecho.udea.edu.co/descargas/Flia1/8_julio_gonzalez.pdf) [Consulta: 17/11/12 9:16 p.m.]. Sobre la crisis como noción inherente al Derecho Penal contemporáneo, *Vid.* Silva Sánchez, Jesús María; *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, J. M. Bosch Editor S.A., Barcelona, 1992, pp. 13 y ss.

265 Explica Ferrer Samá que tradicionalmente se hubo de entender que la efectividad de los derechos y deberes de índole familiar podían ser exigidos conforme a los principios de la legislación civil, sin que en modo alguno debiera el Estado considerar como delito la violación de los mismos por cuanto la imposición de una pena, lejos de enmendar el orden familiar, añadiría funestas consecuencias. Pero aclara el profesor español, en contra de aquella postura, que “el buen orden dentro de la familia exige que las personas llamadas a regirla cumplan fielmente las obligaciones que derivan inmediatamente de su estado. Y como quiera que ese orden familiar afecta de manera directa no ya a los intereses privados de las personas que integran la familia, sino al bienestar general, el Poder público no puede permanecer inactivo viendo cómo se desmorona la primera célula del Estado”. *Cfr.* Ferrer Samá, Antonio, *El delito de abandono de familia*, Murcia, 1946, p. 10.

### **1.3 El maltrato infantil como forma de violencia familiar**

Una de las formas de expresión de la violencia familiar que más repudio concita es el maltrato infantil, que se conceptualiza en cuatro formas o tipos básicos no excluyentes entre sí: el abuso físico, el abandono de niñas y niños, el abuso emocional y el abuso sexual. Puede sumarse a todo ello la execrable explotación económica de los menores de edad.

En cuanto a extensión geográfica se calcula que hasta en países de supuesto gran desarrollo económico, como los E.U., el maltrato a niños ha sido endémico por generaciones, afectándolos no sólo a ellos como grupo poblacional, sino a la familia en su conjunto y en general a la sociedad.

En 1992 la American Medical Association comprobó que en el citado país eran seriamente maltratados unos dos millones de niños anualmente, por lo que se le consideró entonces como un fenómeno de trascendencia “ecológica”, que sobrepasaba en ocasiones el entorno inmediato al niño para manifestarse en formas netamente sociales, como la explotación laboral de menores, cuestión que está latente al presente, vinculada, entre otros factores, al fenómeno de la migración.

Más allá de la noción y detalles iniciales del “Síndrome del Niño Maltratado”, el análisis del maltrato infantil abarca estudios socioeconómicos, de intervención y prevención, hasta los de interés diagnóstico, técnicas y descripción de signos. Un asunto que en décadas atrás concernía especialmente al aparato judicial, se difunde ahora a múltiples áreas de la actividad y el conocimiento de la sociedad, con verdadera acción en este fenómeno de la interdisciplina.

El amplio interés de las distintas ramas de la medicina respecto al maltrato a niños, niñas y adolescentes se debe también a la imposición legal de obligatoriedad de reportar los casos que se conozcan, que lleva el asunto al campo del análisis ético con determinado nivel de opciones para personas de ciertos perfiles ocupacionales que se relacionan con el niño, niña o adolescente supuestamente maltratado. Ejemplo de la obligatoriedad de denunciar casos de ese nivel de riesgo está claramente impuesta por el Código Penal cubano, que contiene especificaciones

aplicables en ese orden a los médicos que conocen de una manifestación delictiva de tal tipo (artículos 161 y 162).

El hecho de que las relaciones humanas se hayan concebido en términos de la reproducción y subsistencia de la especie humana, es lo que ciñe a la mujer en el ámbito doméstico, de la vida privada, de su función de madre, de ama de casa, sin embargo al hombre le queda la esfera pública y la de la manutención del hogar y así ha justificado históricamente la división de tareas.

Esta desigualdad familiar de corte patriarcal, permite constatar que las mujeres de todas las clases sociales sufren múltiples formas de opresión y de violencia en el quehacer diario, laboral y familiar.

Los menores de edad, al igual que sus madres, sufren las consecuencias de vivir en este ambiente agresor, dado porque si no se les golpea de cualquier modo, les afecta sobremanera ver a su madre golpeada, maltratada, vejada, patrón de vida que habrán de seguir cuando sean adultos, porque le fue inculcado, de ahí que tratarán de la misma forma a sus esposas e hijos, convirtiéndose el problema de la violencia en una cadena interminable, a perpetuidad.

La familia, que ha sido la institución más estable en toda la historia de la humanidad, tiene varias funciones: la biológica (reproductora), la económica, que garantiza la supervivencia y el desarrollo del género humano, la educativa y formativa de valores, que es esencial y para el correcto cumplimiento de los deberes-derechos familiares, de lo que es preciso que la familia misma tome conciencia en punto a que tiene un rol insustituible en ello y que es preciso prepararse para acometerlo.

No todas las familias son iguales, porque cada una tiene sus peculiaridades, entre otras razones, por el número de miembros (familias pequeñas o numerosas), la manera de comunicación familiar y las relaciones entre sus miembros (respeto, agresividad, afecto), el nivel económico, social, cultural y la forma en que participa la familia como núcleo esencial, en la vida de la comunidad.

Estos aspectos imbricados, conforman el modo específico de vida de cada familia. Por tanto, que de la manera en que se concierten, proveerán a sus miembros satisfacción y felicidad. La vida moderna origina tensiones que necesariamente

se reflejan en la vida de las personas. El desarrollo de los hijos como personas plétóricas, felices, no podrá lograrse en un ambiente de irritabilidad, de capricho, de falta de afecto inter- generacional.

Los padres, los abuelos, los cabeza de familia, tienen la responsabilidad de controlar las manifestaciones negativas en la familia hasta eliminarlas por el irreversible daño que causan en la educación y formación de los valores y la personalidad de sus hijos, de sus nietos, pues estas expresiones perjudiciales, provocan en las nuevas generaciones una conducta agresiva, caracterizada por la disposición a atacar, a dar el frente, a usar en todo momento la violencia contra todos y contra todos, hasta contra el medio ambiente.

Por lo expresado es importante delimitar cuáles son, entre principales o fundamentales, los factores de riesgo de índole social, que van a influir en que exista violencia en la familia, por y para la familia y por consiguiente en los menores de edad:

- padres alcohólicos,
- padres psiquiátricos,
- padres reclusos o ex reclusos,
- familias con conductas morales inadecuadas(madres y padres promiscuos),
- economía precaria,
- métodos educativos inadecuados,
- desatención familiar.

Amén de otros factores de riesgo que están presentes en la comunidad donde se desenvuelve la familia, entre ellos resaltan:

- focos delictivos,
- comercio ilícito o irregular,

- alcoholismo,
- desigualdades en que se fundan las relaciones interpersonales,
- ambiente político- moral inadecuado,
- carencia de opciones recreativas.

A todo esto se suman generadores que ocasionan inseguridad y que conciernen a las familias propiamente:

- ambiente emocional inadecuado,
- desatención a todos o determinados miembros del núcleo familiar,
- incomprensión, sobre todo de personas de la tercera edad y niños,
- carencia afectiva,
- divorcio, utilizado como sanción y no como remedio, entre los ex cónyuges,
- malos hábitos higiénicos,
- abandono a miembros del núcleo familiar,
- sobreprotección,
- violencia.

#### **1.4 Aspectos básicos de la violencia familiar**

El fenómeno de la violencia familiar es multicausal y de muy diverso tipo. De ahí que a la disímil gama de delitos y formas de violencia, pueden asociarse múltiples explicaciones que van desde las biológicas, psicogenéticas, psicológicas, sociales, culturales, y políticas.

Igualmente se coligan como causas elementos estructurales, entre ellos la desigualdad del ingreso, distorsión de los valores sociales y factores de riesgo,

como la portación de armas, consumo habitual de alcohol, drogas, ejercicio de la prostitución, entre otros.

Resulta dable señalar que dadas las múltiples causas de la violencia, se precisan variadas acciones de respuesta, que implican, a su vez, acciones inmediatas para controlar, y en caso necesario reprimir, la violencia, sin preterir acciones de mediano y largo plazo, encaminadas a conocer la raíz de los problemas. El problema requiere el accionar de conjunto, a los diferentes niveles del Estado y sus instituciones y de la sociedad civil como plataforma idónea para desplegar estas acciones.

Entre las medidas requeridas en todos los ámbitos de la sociedad están las organizativas o de control, dadas, en muchas oportunidades, por el mantenimiento del orden público social, de la paz y tranquilidad ciudadanas, que requieren de la colaboración eficiente de la sociedad civil, citándose como ejemplos las medidas de la policía con la presencia de estas fuerzas del orden y su patrullaje en comunidades, especialmente en las de mayores índices de criminalidad y violencia, el debido control de la portación de armas y de los horarios de expendio de alcohol.

Las medidas represivas pueden lograrse eficazmente mediante normativas adecuadas que requieren de una acción directa de los Órganos Legislativos y la adecuada aplicación de estas normas por parte de los Sistemas Judiciales.

En ese mismo orden, son importantes las acciones policiales, especialmente cuando se trata de la persecución del delito y el crimen, principalmente del crimen llamado organizado.

Las denominadas medidas de prevención requieren de plazos mayores para implementarse, pero son más eficientes por cuanto atacan la raíz del problema<sup>266</sup> y evitan el llamado “fenómeno resorte”<sup>267</sup> Entre estas se encuentran el fortalecimiento de los valores familiares, cívicos y morales para los cuales las familias, las iglesias, los centros de educación, las instituciones sociales y organizaciones sociales y de

---

266 Estudios en los países industrializados señalan que por cada dólar invertido en prevención, se ahorran entre 6 y 7 dólares en control.

267 El fenómeno de resorte ocurre cuando al eliminar las medidas de control y represión (medidas de corto plazo) la violencia se dispara, si no están acompañadas de medidas de prevención que inciden en la base del problema.

masas, son los medios más efectivos, pero con la preponderancia que significa la familia con la educación que desde su seno, proveen a sus miembros.

Visto este contexto, las acciones son más efectivas cuando se aplican a nivel de municipios, de localidades, donde se conocen de manera más exacta los tipos de problemas que se afrontan. Además, son muy eficientes cuando se logra una coordinación con las organizaciones comunales, los empresarios, las asociaciones de vecinos, las ONGs, componentes todos de la sociedad civil a la que se asocia la familia y que constituyen foros interactivos desde donde se plantean los problemas y se ayuda a que las medidas que se tomen tengan mayor sostenibilidad y funcionalidad.

### **1.5 Formas de violencia intrafamiliar**

Las principales formas de violencia familiar que se constatan son la violencia física, que comprende todo acto de fuerza que cause daño, dolor o sufrimiento físico en las personas agredidas, cualquiera que sea el medio empleado y sus consecuencias, sin considerarse el tiempo que se necesite para su reparación, la violencia psicológica, caracterizada como toda acción u omisión que cause daño, dolor, perturbación emocional, alteración psicológica o disminución de la autoestima del miembro de la familia agredido.

Alcanza del mismo modo a la intimidación o amenaza mediante la utilización del apremio o acoso moral sobre otro miembro de la familia, a quien se le infunde miedo o temor a sufrir un mal grave o inminente en su persona o en la de sus descendientes o afines. Y la violencia sexual, que sin perjuicio de los casos de delitos de violación y otros delitos contra la libertad sexual, se considera todo maltrato que constituya imposición en el ejercicio de la sexualidad de una persona, que la constriña a tener relaciones u otras prácticas sexuales con el agresor o con terceros, mediante el uso de la fuerza física, amenazas, intimidación o cualquier otro medio coercitivo.

### **1.6 Violencia domestica: mujeres maltratadas**

Si bien es cierto que por violencia se considera la transgresión de normas, valores y pautas de conductas, de comportamientos, predeterminados a nivel social, ya

sea por una aceptación de consenso mayoritario, o por la imposición de una clase social muy fuerte socio económicamente, no es menos indubitable que la violencia se produce en situaciones conflictivas cuando el individuo, grupo o conjunto grupal entra en contradicción con esas normas, valores y pautas, o no encuentra la vía para solucionarlos<sup>268</sup>.

De tal manera, para Fresno Chávez, existen diversas argumentaciones acerca de la violencia, que en el caso de la mujer en el hogar, se manifiesta que afecta a millones de estas, considerado anteriormente como un asunto privado, pero que ahora se ve como tragedia pública, pues no conoce barreras culturales, ni religiosas, e impide que la mujer ejerza su derecho a participar plenamente en la sociedad<sup>269</sup>.

Lo argumentado establece cómo la violencia contra la mujer se manifiesta desde el propio aborto, al conocerse que espera una niña en lugar del deseado varón, pues en algunas sociedades las niñas son sometidas a prácticas tradicionales como la circuncisión que las deja mutiladas o traumatizadas. Las mujeres también son víctimas del incesto, las violaciones, o son obligadas a contraer matrimonio a temprana edad, antes de haber alcanzado la madurez física, mental y emocional, lo cual ocasiona en muchos casos hasta la muerte<sup>270</sup>.

Esta violencia contra la mujer, también llamada violencia de género, se reitera casi a diario, a partir de un mismo patrón que la caracteriza: pareja divorciada o en proceso de separación por malos tratos, denuncias varias de la mujer, falta o insuficiente forma de respuesta por parte del sistema que debe actuar, muerte de la mujer y entrega del victimario a las autoridades.

Por tanto, los hijos aparecen como testigos y víctimas a su vez de este proceso, ya que rara vez se sabe de ellos, de su sufrimiento, de los efectos de haber presenciado tanta violencia y de quiénes se encargarán de su recuperación.

En estos momentos no puede hablarse de un perfil típico de víctimas ni de agentes perpetradores de la violencia doméstica, pues la combinación de los factores

268 Revista Cubana de Medicina General Integral No-. 4/2002.

269 Fresno Chávez, C., *La mujer y la violencia*, La Habana. Centro Nacional de Información de Ciencias Médicas, 1996.

270 Op. Cit. Fresno Chávez.

causales que la provocan, permite una distribución amplia en cuanto a tipos de personalidad, estratos socio-económico y nivel educativo.

Todo ello debe tenerse en cuenta, para no caer en la simplificación de delinear una caricatura del hombre violento, de la mujer golpeada o de los niños maltratados, porque todos ellos pueden ser iguales a cualquiera de nosotros.

Algo que es sabido: la mayoría de los hombres que son violentos dentro de su hogar, revisten características de personas socialmente agradables, correctos en su trabajo y simpáticos en su comunidad. La mayoría de las mujeres sometidas a maltrato sufren silenciosamente, tratan de disimular, por pena o por temor, o para evitar comentarios de sus vecinos o de sus compañeros de trabajo, su drama frente a los demás.

Los niños, niñas y adolescentes, víctimas de maltrato, evitan demostrarlo, por temor a mayores castigos, bien en represalia o por burlas de sus condiscípulos en la escuela o en sus relaciones sociales. Así se configura una gruesa cortina detrás de la que se desarrolla el drama de la violencia doméstica.

Hay factores de riesgo, conocidos, que influyen para aumentar el peligro que de por sí presenta la violencia doméstica, aunque no sean determinantes, entre los que se encuentran: la crisis económica, el desempleo, el alcoholismo, las situaciones de pérdida, los embarazos no deseados, el aislamiento social, la inestabilidad y acoso laboral o mobbing, la drogadicción, entre otros.

No es menos cierto que se han buscado soluciones para contrarrestar la violencia de género, o contra la mujer, que no están siendo efectivas, debido a que se actúa generalmente sobre los efectos, sobre el incendio, sobre las consecuencias y no sobre las causas del problema.

Las políticas públicas sociales tanto de salud como de educación, en un mundo globalizado, no contemplan en sus diseños campañas de prevención de la violencia, lo suficientemente ilustrativas que frenen el fenómeno. Súmese a ello que la generalidad de los medios masivos de difusión, muestran a la violencia como una bandera para conseguir más audiencia, sin cuantificar las consecuencias de este actuar, que son impredecibles.

Hasta el momento actual, la medida más eficaz para prevenir cualquier mal que afecte la salud física o mental, o la integridad de las personas ha sido la información y el conocimiento, no solo de los derechos sino de las responsabilidades frente a la familia y la sociedad en su conjunto. Por lo que es posible pensar, en una sociedad moderna, en crear centros de prevención de la violencia familiar.

Se instruye que, como miembros de una comunidad hay que acercarse a las organizaciones sociales, de masas, integrantes todas de la sociedad civil, con actores civiles y familiares que surgen desde las familias, para dirigir peticiones a las autoridades, para lograr la elaboración de programas, aplicables, pragmáticos, de prevención contra la violencia doméstica que no por doméstica es menos grave.

De lo que se trata, al decir de Gorveín<sup>271</sup>, es de actuar antes del incendio y no recoger cenizas, porque resulta fundamental que la sociedad vaya poco a poco modificando sus pautas culturales, se den espacios en donde poder trabajar estos temas, todo esto en pro de una sociedad donde no sea necesario desarrollar ayudas para la protección de un colectivo específico, en este caso el de las mujeres, una sociedad que entienda que la igualdad no es una igualdad de sexo, sino de derechos y es más bien una equidad la que debe ofrecer a sus ciudadanos.

Por tal razón hay que trabajar en la prevención de la violencia, los prejuicios, los estereotipos, los mitos, tanto con los adolescentes como con las personas adultas resulta fundamental, en un caso, por el futuro que están proyectando y en otro por ser responsables de la educación de niños/as en las escuelas, de sus propios hijos/as, mostrando modelos de relación en diferentes ámbitos de actuación<sup>272</sup>.

---

271 Gorveín, Nilda Susana.; *Violencia de Género: Experiencia de una Asociación de mujeres del País Vasco*, ponencia, Encuentro Internacional Mujer, Género y Derecho. La Habana, Cuba, 25 al 27 de mayo de 2006.

272 Gorveín, Nilda Susana, Ponencia Cit.

## II. Justicia Penal al servicio de la tutela familiar

### 2.1 Una mirada desde Cuba

Para la abogada litigante cubana González Hidalgo Gato<sup>273</sup>, se desconoce el grado de ocurrencia de cada forma de violencia intrafamiliar por no existir estadísticas fidedignas al respecto, pues esa violencia difícilmente se ejecuta en público y su marco es bastante estrecho. Ocurre que la mayoría de los agredidos optan por asumir, por callar sufridamente el atropello en silencio, y cuando logran hablar sobre el tema son contradictorios y ocultan la realidad, para escapar de esos malos momentos, o para evitar la burla o la lástima, o justifican al maltratante por el grado de dependencia que los une.

Esos conflictos asimismo inciden, en que sean diversos los criterios sobre el tema, sobre todo cuando se trata de buscar la etiología y efectos del fenómeno, sin embargo, existe coincidencia en lo nocivo de su existencia.

El Código Penal cubano –Ley 62 de 1987, ley sustantiva penal positiva- recoge preceptos generales y especiales que brindan protección penológica a estos problemas. Se advierte entre las circunstancias agravantes de la responsabilidad penal, del Artículo 53 (incisos i y j) la dependencia o subordinación de la víctima al ofensor y grado de parentesco entre ellos hasta el cuarto grado de consanguinidad.

Se regulan figuras delictivas que condenan los quebrantos a la armonía familiar, estos son: Asesinato (Artículo 264), Abandono de menores, incapacitados y desvalidos (Artículo 275), Incesto (Artículo 304), Otros actos contrarios al normal desarrollo del menor (Artículo 315), Venta y Tráfico de Menores (Artículo 316), Proxenetismo y Trata de Personas (Artículo 302, ordinales 1 y 2-c), Corrupción de Menores (Artículo 310, apartados 1 y 2-ch), Lesiones (Artículos 272, 273 y 274), Amenazas (Artículos 284 y 285), Coacción (Artículo 286), Privación de Libertad (Artículo 279, ordinal 2, inciso a, b y d y ordinal 3), Ultraje Sexual (Artículo 303), Violación (Artículo 298), Pederastia (Artículo 299) y Abusos Lascivos (Artículo 300).

---

273 González Hidalgo Gato, Idania, Ponencia: *Violencia intrafamiliar: fenómeno que contamina a la humanidad*, Conferencia Jurídica Nacional, Organización Nacional de Bufetes Colectivos de Cuba, La Habana, Cuba, 2000.

Aunque se aprecia una larga lista de ilícitos penales que pueden destinarse a la corrección y castigo de los maltratantes y a la protección de los maltratados, éstos no acaban todas las posibilidades que pueden darse y se escapan por tanto, a los tipos penales, las agresiones psicológicas, las agresiones físicas de menor grado, las agresiones económicas, sociales y educativas, siendo necesario determinar del mismo modo como conductas delictivas, aquellos actos violentos acontecidos dentro de la familia, que no se contemplan, por su envergadura, en el Derecho de Familia, ni se contemplan para la adopción de medidas preventivas.

Estos tipos penales de los que se carece en esta época, específicos para reprimir la violencia doméstica, la violencia intrafamiliar, deberán entonces aparecer como nuevas figuras delictivas, que amplíen las conductas punibles en el medio familiar, para ubicarlos, como ha de ser, en el Título XI de la Ley Penal sustantiva cubana, por abarcar dicho Título los Delitos contra el Normal Desarrollo de las Relaciones Sexuales y contra la Familia, la Infancia y la Juventud.

### **III. Derecho familiar penal y procedimiento penal**

#### **3.1 Algunas reflexiones...**

La aplicación de las normas jurídico-penales solo tiene lugar dentro de un proceso, que constituye el instrumento necesario para la realización del Derecho penal (nulla poena sine iudicium).

El derecho realizador siempre se muestra altamente influido por los intereses que subyacen en las normas sustantivas que ese derecho instrumental procura aplicar y como consecuencia lógica de ello, de la misma manera algunas figuras e instituciones propias del procedimiento penal sufren ciertas matizaciones cuando se trata de proteger relaciones y valores de índole familiar. Se produce, pues, una influencia del Derecho familiar penal sobre el procedimiento penal.

Entre las cuestiones procesales relacionadas con la familia podría incluirse la aplicación del principio de oportunidad, porque dentro de las valoraciones que realizan los órganos requirentes con relación al ejercicio de la acción penal –en aquellos casos en los que es posible la aplicación de esta fórmula de discrecionalidad– debería prestarse especial atención a las condiciones del medio familiar, para evaluar la influencia de la decisión en dicho escenario.

Convendría evaluar la procedencia de buscar alternativas al juzgamiento en los supuestos en los que del actuar delictivo se derivan para el autor efectos nocivos que doctrinalmente se califican como «pena natural»; piénsese, por ejemplo, en los daños adicionales que significaría para una familia la imposición de una sanción a quien imprudentemente ocasiona la muerte de un familiar allegado.

Otro ejemplo que pone de manifiesto la influencia del Derecho familiar penal sobre el procedimiento penal es lo que tiene que ver con el examen de menores de edad que han sido víctimas de delitos. Constituye una regla procedimental que todos los elementos de prueba que sirvan de apoyo a la decisión judicial, deben ser practicados en el acto del juicio oral bajo los postulados que se derivan de los principios de contradicción, inmediación y publicidad, en correspondencia con un proceso penal acusatorio y no inquisitivo, signado por la secretividad, a la usanza de la justicia penal canónica-medieval.

No obstante y señalando a Cuba, en el caso del testimonio prestado por estos menores de edad, el juzgador puede decidir no reconocer judicialmente al niño o niña en el acto del juicio y conformarse con los elementos contenidos en la filmación o declaración sumarial obrante en las actuaciones, lo que decidirá guiándose por los siguientes criterios: a) no afectar la salud del menor de edad, b) evitar su victimización, c) constatar en puridad la importancia de su testimonio, d) advenir la suficiencia de la entrevista filmada, en caso de haberse realizado; e) valorar con toda ponderación la opinión del facultativo que atendió al menor y f) justipreciar la propuesta y argumentos de la acusación y la defensa<sup>274</sup>.

Se advierte aquí cómo el cumplimiento de importantes garantías procesales queda supeditado a la discreción del órgano jurisdiccional, debido a la preponderancia concedida a la protección de los menores de edad, en concordancia con el macro principio de protección, que tutela el Derecho de Familia y que rebasa, por su integralidad, al también principio de derecho familiar y procesal familiar relativo a la escucha de los menores de edad en favor del interés superior de niños y niñas.

---

274 Cfr. Instrucción Jurisdiccional No. 173, de 7 de mayo de 2003, dictada por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba.

Igualmente, en los delitos de violación, pederastia con violencia, abusos lascivos, incesto, bigamia y matrimonio ilegal; el requisito procesal de la procedibilidad queda limitado a la manifestación de voluntad de la víctima o la de su cónyuge, ascendientes, hermanos, representante legal o persona que la tenga bajo su guarda y cuidado, salvo en los casos que hubieran producido escándalo, en los que basta la denuncia de cualquier persona.<sup>275</sup>

La existencia de este requisito de procedibilidad pone en evidencia la naturaleza especial de los valores familiares que se lesionan con estos ilícitos –denominados semipúblicos o sociales porque si bien se exige para que se inicie la relación procesal que la persona legitimada manifieste su voluntad al respecto, una vez verificado este extremo, el procedimiento continuará de oficio con independencia de que se produzcan retractaciones futuras. Aunque resulta censurable que esta condición de procedibilidad se extienda a figuras agravadas des estos ilícitos penales en los que la víctima es un menor de edad; pues en tales casos debería procederse de oficio contra el responsable incluso cuando sus familiares decidieran no formular la denuncia.

Sin lugar a dudas, el instrumento de análisis sobre la influencia de cuestiones de índole familiar en sede procesal penal, resulta ser bastante amplio, por lo que estos ejemplos explanados han de servir de pautas para motivar el inicio de ulteriores estudios al respecto.

Atendida la naturaleza de «*ultima ratio*» del Derecho Penal y las directrices que ordenan su mínima intervención, no es posible pretender que mediante este instrumento se proteja a la familia como un todo, sino solo a primordiales relaciones jurídicas que surgen en el escenario familiar vinculadas al estado civil familiar o a actividades de tipo asistencial, que tienen lugar en este ámbito; así como a aquel sector especialmente sensible constituido por los niños y los jóvenes. Ampliar las fronteras de actuación del Derecho Penal más allá de esos límites, supone el riesgo de generar una «*moralización*» intolerable de las normas jurídico-penales y una perversión de su función, en el marco del ordenamiento jurídico.<sup>276</sup>

---

275 Cfr. Artículo 309.1 del CP.

276 Vid. López Rojas, Dayán Gabriel. *Ibidem. Apud.* Muñoz Conde, Francisco; *Derecho Penal*. Parte Especial, 16ª ed., Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 298.

En el contorno jurídico actual, se considera que la familia y las relaciones que en ella se originan, tales son la armonía, el respeto, la unidad y la solidaridad, que son las que le dan sentido, fundamento, identidad y estabilidad, son importantes bienes que merecen y deben recibir una tutela especial por parte de los Estados, protección que debe ser integral y no necesariamente tiene que ser penal.

Igualmente se acepta en este espacio que, siendo múltiples las conductas que afectan negativamente la institución familiar, la intervención penal debe limitarse al amparo de aquellos bienes y sólo contra conductas que los lesionen gravemente, que resulten intolerables dentro de ella, por la forma en que afectan su existencia y la convivencia entre sus miembros.

Es que si bien la tutela penal es la más drástica, resulta ser la más ineficaz para prevenir y controlar las conductas que afectan a la familia u otros bienes jurídicos porque, cuando actúa, estos ya han sido vulnerados<sup>277</sup>. Por todo lo expuesto es importante entonces que se delimiten los principales o fundamentales factores de riesgo de índole social, que van a influir en que exista violencia en la familia y por la familia, y por consiguiente en los menores de edad.

El Derecho Penal, entra a jugar su rol fundamental, cuando determinados comportamientos, por su implicación y la peligrosidad que revisten en el marco familiar, se extienden en el ámbito de aplicación, lo cual comienza a tener una protección desde la esfera penal por la importancia que presenta para la sociedad el bien jurídico que se afecta o pone en peligro.

De esta manera comienza una interrelación entre estas dos materias, por la conexión que se establece al tutelar en el Derecho Penal<sup>278</sup> bienes jurídicos que por su propia naturaleza se encuentran recogidos en el Derecho de Familia, este bien jurídico no desaparece, pero sí sufre cambios en dependencia del ámbito de protección.

---

277 Cfr. Luis Carlos Pérez, *Derecho Penal*, Tomo IV, ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1985, Págs. 279-304. Tomado de Arcila Arenas, Darío, Ponencia: *Los delitos contra la familia en el nuevo Código Penal Colombiano*. Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia, Colombia, PDF, 7/11/2012.

278 Galvés Puebla, I y Pérez Duharte, A., *Familia y Derecho penal. Una nueva visión de su relación: El Derecho Penal de Familia*. Ponencia, La Habana, Cuba, 28/12/20.

Por otra parte, en sede de Derecho familiar penal, la educación como prevención tanto del acoso como de la violencia machista es uno de los temas imperantes en la sociedad actual. La importancia de instruir, desde la infancia, la comprensión de unos roles de género no restrictivos, así como el respeto por la identidad sexual de cada individuo, son algunos de los temas que se trataron con motivo del Día Internacional de la Mujer en las Jornadas de Investigación en Igualdad organizadas por la Universidad de Oviedo.

Al respecto Núñez Paz<sup>279</sup>, Catedrática de Derecho Romano y también profesora en la Universidad de Oviedo, incidió en cómo el machismo sigue arraigado en múltiples conductas de la sociedad actual. A través de un recorrido que repasó diferentes momentos de la Historia Antigua y Contemporánea, la profesora recalcó el valor inferior que, desde antaño, se le lleva implantando a la mujer, con una ponencia titulada *Una reflexión histórico-jurídica sobre la violencia de género: el maltrato configurado como derecho de corrección*.

Y señala la Profesora Núñez Paz:

“La historia se mueve en zigzag: avanzamos y luego volvemos hacia atrás”. Con esta afirmación, Núñez denunciaba cómo la violencia no es un hecho del pasado sino una preocupación actual que se debe tener en cuenta para garantizar un futuro de igualdad. “Hay que educar. Hay que pensar”, resaltó. La exposición dejó clara una idea predominante: la violencia de género se debe arrancar de raíz, previniéndola con una formación adecuada desde la infancia pues, según subrayó la catedrática, “asumimos nuestro lugar en el mundo según se nos ha descrito”.<sup>280</sup>

### **Consideraciones *ad finem***

El Derecho de Familia está y estará por encima, en un plano superior, al derecho de personas, visto este último como derecho individual, porque se trata de otro derecho distinto, social, más humano y no limitada su tutela al ente individuo, sino que comprende, abarca a la sociedad toda, por tal razón parte de la defensa de su célula, de su seno original: la familia.

---

279 Vid.; Artículo: *La educación, el arma más eficaz contra la violencia machista*, Tomado de internet. 10/3/2016.

280 Op. Cit.

Razones para expresar entonces que en el Derecho de Familia prevalece el orden público, como criterio para preservar a la familia no como sumatoria de individuos, sino como unidad colectiva, como conglomerado humano de amor y solidaridad comunes.

La tarea fundamental de enorme trascendencia económica, política, social, para cualquier sociedad, es la de combatir y vencer el delito, cuando menos, reducirlo a su mínima expresión, lo que no significa el sueño quimérico de que el delito desaparezca totalmente, siempre habrán conductas delictuosas, pero sí de disminuirlas a lo exiguo. Por eso se lucha. Por y para eso existe el Derecho.

El Derecho de Familia es indiscutiblemente una rama del ordenamiento jurídico, en que se prepondera el orden público, más aún, cabe afirmar que en este momento, la gran mayoría de las normas jurídico- legales en este ámbito son de orden público.

Esta cualidad ofrece la ventaja de que mediante la intervención bien del legislador, bien de los jueces, se protege a los miembros de la familia que en ocasiones aparecen en situación de desventaja respecto a otros miembros del núcleo familiar, *verbigracia*, el cónyuge más débil, niños, niñas y adolescentes, ancianos, incapaces, discapacitados, abandonados y/o desvalidos.

Lo ideal sería que en materia de lo familiar, más que en cualquier otra, la intervención judicial fuera minúscula y que los involucrados pudieran, mediante métodos autocompositivos, como el diálogo y la negociación -o la mediación-, encontrar la solución más beneficiosa a todos, sin necesidad de recurrir a la justicia.

Desde luego que esto no resulta fácil, ya que precisamente por tratarse de asuntos relativos a la familia, existen sentimientos, creencias y convicciones en juego, que dificultan a veces una solución negociada.

De ahí que, en temas como la violencia familiar o violencia doméstica, que entrañan la victimización, la deshumanización a miembros de las familias, se precise que cuando la integridad física, psíquica, emocional de los miembros de la familia peligre por la asunción por individuos de esa propia familia de conductas delictuosas, estén presentes, como garantes de esa integridad, las normas sustantivas penales de corte familiar y el instrumento que constituye el

proceso penal para la materialización, para la realización de esas normas de tutela penológica a la familia.

La tutela penológica familiar, permite sostener que entre las medidas requeridas en todas las esferas de la sociedad, están las organizativas o de control, dadas, en muchas oportunidades, por el mantenimiento del orden público social, de la paz y la tranquilidad ciudadanas, que requieren de la colaboración eficiente de la sociedad civil, citándose como ejemplos las medidas de policía con la presencia de estas fuerzas del orden y su patrullaje en comunidades, especialmente en las de mayores índices de criminalidad y violencia, el debido control de la portación de armas y de los horarios de expendio de alcohol.

Acotar que, aunque pueda expresarse que se aprecia una larga lista de ilícitos penales que pueden destinarse a la corrección y castigo de los delincuentes en el seno de las familias y a la protección a las víctimas, éstos no acaban todas las posibilidades que pueden darse y se escapan, por tanto, a los tipos penales, entre otros, particulares agresiones psicológicas, agresiones económicas, sociales y educativas, que urge determinar en el rango de conductas delictuosas, en tanto actos violentos acontecidos dentro de la familia que no se contemplan, por su envergadura, en el Derecho de Familia, ni se estiman en la adopción de medidas preventivas, como anteriormente se ha sopuntado.

Un concepto de defensa del orden público, que le concierne por esencial al Derecho Familiar, al Derecho Procesal Familiar y al Derecho familiar penal, es el presupuesto que se puede acreditar con fehaciencia, que ya se ha definido como el conjunto de normas jurídicas impuestas por el Estado a través de las disposiciones jurídicas que de los órganos supremos de poder estatal emanan, disposiciones que la familia y sus miembros tienen la obligación de aceptar y acatar; concepto de defensa del orden público que se da con toda plenitud en las diferentes normas de Derecho Penal Familiar y que no cabe dudar, enriquecerá a las legislaciones penales de cada país.

De ahí el obligado estudio de estos temas, por la superposición magnífica de estas ramas del Derecho, dos de corte eminentemente público, (el Derecho Penal y el Derecho Procesal), otra de corte eminentemente social, (el Derecho de Familia),

que se abrazan de consuno para defender,—en apoyo de quienes defienden la inter, la trans y la multidisciplinariedad—, la imprescindible interrelación entre las ramas del Derecho, la protección a toda costa de esa primigenia institución de la que dimana el surgimiento de la sociedad mundial: la familia, percibida como formidable núcleo, como célula altamente especializada, como esa extraordinaria simiente preciosa en la que se disfrutan los más delicados goces del espíritu humano.

## Referencias

### Obras y artículos

Cicu, Antonio, *Derecho de Familia* –Traducción de Santiago Sentís Melendo y Víctor Neppi–, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1947.

Ferrer Samá, Antonio, *El delito de abandono de familia*, Murcia, 1946.

Fresno Chávez, C, *La mujer y la violencia*, La Habana. Centro Nacional de Información de Ciencias Médicas, 1996.

Galvés Puebla, I y Pérez Duharte, A, *Familia y Derecho penal, Una nueva visión de su relación: El Derecho Penal de Familia*. Ponencia, La Habana, Cuba, 28/12/20.

Goite Pierre, Mayda, *Tractus sobre la protección penal a la familia en Cuba*, Comunicación inédita.

González Hidalgo-Gato, Idania.; Ponencia: *Violencia intrafamiliar: fenómeno que contamina a la humanidad*, Conferencia Jurídica Nacional, Organización Nacional de Bufetes Colectivos de Cuba, La Habana, Cuba, 2000.

Gorveín, Nilda Susana, *Violencia de Género: Experiencia de una Asociación de mujeres del País Vasco*, Ponencia, Encuentro Internacional Mujer, Género y Derecho, La Habana, Cuba, del 25 al 27 de mayo de 2006.

Grillo Longoria, José Antonio, *Los delitos en especie*, Tomo II, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1982.

Güitrón Fuentevilla, Julián, *Memorias del Congreso Mundial Sobre Derecho Familiar y Derecho Civil*, tema: Proposición de una nueva sistemática para la enseñanza del derecho familiar, en las escuelas y facultades de derecho de la República Mexicana. et. Atl, UNAM, 1978, México.

Mesa Castillo, Olga, *Derecho de Familia*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2012.

Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*, 16ª ed., Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

Rega Ferrán, Elia Esther; *Delitos contra el normal desarrollo de las relaciones sexuales y contra la familia, la infancia y la juventud*, en: Colectivo de Autores; *Derecho Penal. Parte Especial*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005.

Rodríguez Ramos, Luis (Director); *Código Penal comentado y con jurisprudencia*, 3ª ed., Editorial La Ley, Madrid, 2009.

Silva Sánchez, Jesús María; *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, J. M. Bosch Editor S.A., Barcelona, 1992.

### **Normativas**

Ley No. 1289 –Código de Familia de Cuba–, de 14 de febrero de 1975.

Ley No. 62 –Código Penal de Cuba–, de 29 de diciembre de 1987; concordado con las modificaciones legislativas de que ha sido objeto hasta la fecha de elaboración de esta ponencia.

### **Revistas**

Revista Cubana de Medicina General Integral No-. 4/2002.

### **Electrónicas**

Albor, Mariano, *La familia; presunta responsable penal*, Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/pr1.pdf>.

González Zapata, Julio, *¿Se puede proteger la familia con el Derecho penal?* Disponible en: [http://www.derecho.udea.edu.co/descargas/Flia1/8\\_julio\\_gonzalez.pdf](http://www.derecho.udea.edu.co/descargas/Flia1/8_julio_gonzalez.pdf)

Güitrón Fuentevilla, Julián, *Derecho Penal Familiar*, Ponencia presentada en el Segundo Simposio Nacional de Derecho Penal celebrado en 1992 en Guadalajara, México. Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/187/dtr4.pdf>.

Polanco Braga, Elías, *Delitos y Derecho Familiar Penal*, Disponible en: <http://www.pjbc.gob.mx>



*Víctimas en Perspectiva de Derechos Humanos,*  
se terminó de imprimir en mayo de 2019, en los  
Talleres Gráficos de la Cámara de Diputados

La edición consta de 1,000 ejemplares.

ce

CONSEJO EDITORIAL  
H. CÁMARA DE DIPUTADOS



CÁMARA DE  
DIPUTADOS  
LXIV LEGISLATURA