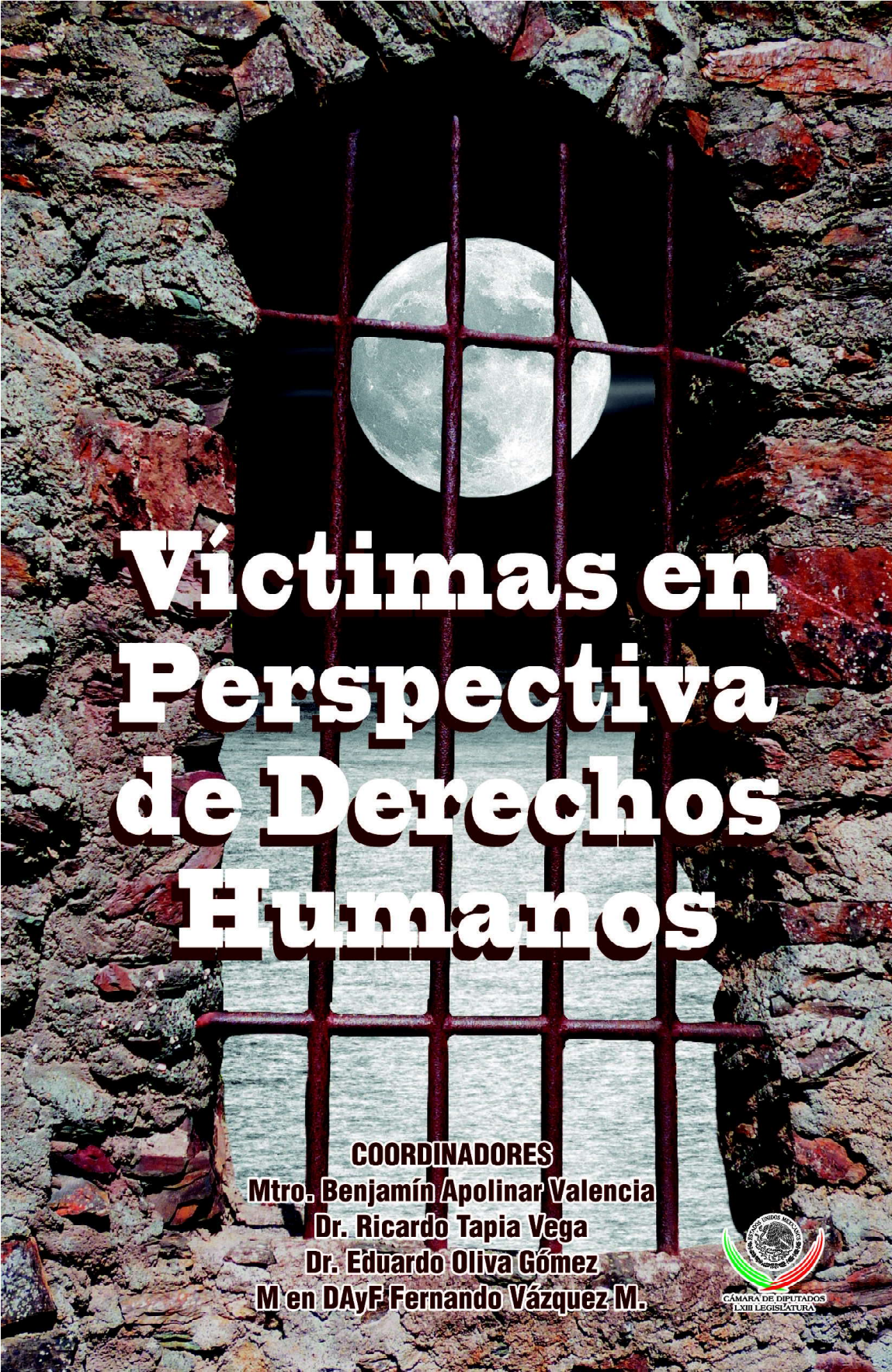




Víctimas en Perspectiva de Derechos Humanos

COORDINADORES

Mtro. Benjamín Apolinar Valencia

Dr. Ricardo Tapia Vega

Dr. Eduardo Oliva Gómez

Mtro. DAyF Fernando Vázquez M.



VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

COORDINADORES

Mtro. Benjamín Apolinar Valencia

Dr. Ricardo Tapia Vega

Dr. Eduardo Oliva Gómez

M en DAyF Fernando Vázquez Muñoz



**Escuela de Derecho,
Posgrados
y Práctica Jurídica**



CÁMARA DE DIPUTADOS
LXIII LEGISLATURA



CONSEJO EDITORIAL
H. CÁMARA DE DIPUTADOS

Víctimas en Perspectiva de Derechos Humanos

Es una obra que forma parte de la Colección “Estudios Políticos” como un esfuerzo colectivo que encabeza el Consejo Editorial en coordinación con la Secretaría General; Secretaría de Servicios Parlamentarios; Dirección General de Servicios de Documentación, Información y Análisis; Centro de Estudios de las Finanzas Públicas; Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública; Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias; Centro de Estudios para el Adelanto de las Mujeres y la Equidad de Género y Centro de Estudios para el Desarrollo Rural Sustentable y la Soberanía Alimentaria de la Cámara de Diputados.

Víctimas en perspectiva de derechos humanos/, Coord.— I. Apolinar Valencia, Benjamín II. Tapia Vega, Ricardo III. Oliva Gómez, Eduardo IV M en D AyF Fernando Vázquez Muñoz

ISBN: 978-607-97823-1-3

Primera edición. 2018

© LXIII Legislatura de la H. Cámara de Diputados

Av. Congreso de la Unión Núm. 66. Edificio E, Planta Baja.

Col. El Parque Ciudad de México.

Tel. 50360000 ext. 51091 y 51092 www.diputados.gob.mx

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 préstamos públicos.

Impreso y hecho en México.

Printed and made in Mexico.

Edición y Diseño: Gerardo García H.

Obra arbitrada por el sistema de pares académicos

PRÓLOGO:

Diputada Federal Emma Margarita Alemán Olvera
Presidenta del Consejo Editorial. LXIII Legislatura de la
Cámara de Diputados

COORDINADORES:

Maestro en Ciencias Penales Benjamín Apolinar Valencia, y
Doctores en Derecho Ricardo Tapia Vega y Eduardo Oliva
Gómez. M en DAyF Fernando Vázquez Muñoz

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida, ni en todo ni en parte, ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electroóptico, por fotocopia, o cualquier otro, sin el permiso previo, por escrito, de la editorial y el autor.

**H. CÁMARA DE DIPUTADOS
LXIII LEGISLATURA**

JUNTA DE COORDINACIÓN POLÍTICA

Dip. Marko Antonio Cortés Mendoza

Presidente y Coordinador del Grupo Parlamentario del PAN

Dip. César Camacho

Coordinador del Grupo Parlamentario del PRI

Dip. Francisco Martínez Neri

Coordinador del Grupo Parlamentario del PRD

Dip. Jesús Sesma Suárez

Coordinador del Grupo Parlamentario del PVEM

Dip. Norma Rocío Nahle García

Coordinadora del Grupo Parlamentario de MORENA

Dip. José Clemente Castañeda Hoeflich

Coordinador del Grupo Parlamentario de Movimiento Ciudadano

Dip. Luis Alfredo Valles Mendoza

Coordinador del Grupo Parlamentario de Nueva Alianza

Dip. Alejandro González Murillo

Coordinador del Grupo Parlamentario de Encuentro Social

MESA DIRECTIVA

Dip. Jorge Carlos Ramírez Marín

Presidente

Dip. Martha Hilda González Calderón

Dip. Edmundo Javier Bolaños Aguilar

Dip. Arturo Santana Alfaro

Dip. María Ávila Serna

Vicepresidentes

Dip. Marco Antonio Aguilar Yunes

Dip. Alejandra Noemí Reynoso Sánchez

Dip. Isaura Ivanova Pool Pech

Dip. Andrés Fernández del Valle Laisequilla

Dip. Ernestina Godoy Ramos

Dip. Verónica Delgadillo García

Dip. María Eugenia Ocampo Bedolla

Dip. Ana Guadalupe Perea Santos

Secretarios

**H. CÁMARA DE DIPUTADOS
LXIII LEGISLATURA**

CONSEJO EDITORIAL

PRESIDENTA

GRUPO PARLAMENTARIO DEL PAN

Dip. Emma Margarita Alemán Olvera, *titular*.
Dip. Luz Argelia Paniagua Figueroa, *suplente*.

GRUPO PARLAMENTARIO DEL PRI

Dip. Adriana Ortiz Lanz, *titular*.
Dip. Miriam Dennis Ibarra Rangel, *suplente*.

GRUPO PARLAMENTARIO DEL PRD

Dip. Ángel Il Alanís Pedraza, *titular*.
Dip. Victoriano Wences Real, *suplente*.

GRUPO PARLAMENTARIO DEL PVEM

Dip. Alma Lucia Arzaluz Alonso, *titular*.
Dip. José Refugio Sandoval Rodríguez, *suplente*.

GRUPO PARLAMENTARIO DE MORENA

Dip. Patricia Elena Aceves Pastrana, *titular*.
Dip. Virgilio Dante Caballero Pedraza, *suplente*.

GRUPO PARLAMENTARIO DE MOVIMIENTO CIUDADANO

Dip. René Cervera García, *titular*.
Dip. María Candelaria Ochoa Avalos, *suplente*.

GRUPO PARLAMENTARIO DE NUEVA ALIANZA

Dip. Carmen Victoria Campa Almaral, *titular*.
Dip. Francisco Javier Pinto Torres, *suplente*.

GRUPO PARLAMENTARIO DE ENCUENTRO SOCIAL

Dip. Ana Guadalupe Perea Santos, *titular*.
Dip. Melissa Torres Sandoval, *suplente*.

SECRETARÍA GENERAL

Mtro. Mauricio Farah Gebara

SECRETARÍA DE SERVICIOS PARLAMENTARIOS

Lic. Juan Carlos Delgadillo Salas

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

Lic. José María Hernández Vallejo

CENTRO DE ESTUDIOS DE LAS FINANZAS PÚBLICAS

CENTRO DE ESTUDIOS SOCIALES Y DE OPINIÓN PÚBLICA

CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO E INVESTIGACIONES PARLAMENTARIAS

**CENTRO DE ESTUDIOS PARA EL ADELANTO DE LAS MUJERES Y LA EQUIDAD DE
GÉNERO**

**CENTRO DE ESTUDIOS PARA EL DESARROLLO RURAL SUSTENTABLE Y LA
SOBERANÍA ALIMENTARIA**

SECRETARIO TÉCNICO

Mtro. José Luis Camacho Vargas

ÍNDICE

PRÓLOGO

Dip. Emma Margarita Alemán Olvera

México 10

Capítulo 1. “Victimización sintomática de las partes en proceso, por algunos problemas en la implementación de los juicios orales en México”

Ricardo Tapia Vega

México.....Página 13

Capítulo 2. “Desplazamiento forzado, éxodo y exilio en México. La violación más flagrante a los derechos humanos”

Benjamín Apolinar Valencia

México.....Página 33

Capítulo 3. “La trata sexual infantil: retos para su erradicación en el sistema jurídico mexicano”

Eduardo Oliva Gómez

Mtra. Michelle Alejandra Onofre Díaz

México.....Página 75

Capítulo 4. “La insuficiencia legislativa en la reparación a las violaciones a derechos humanos en el derecho mexicano”

Angélica Anaer Salazar Rodríguez

MéxicoPágina 103

Capítulo 5. “Armonización de normas en las instituciones de la declaración de ausencia y presunción de muerte, para evitar la revictimización de los familiares de desaparecidos”.

Lic. Ana Erika Santana González

México.....Página 139

Capítulo 6. “Derechos de la Víctima frente a los del imputado en el Sistema Procesal Penal Mexicano”

Antonio Sorela Castillo

México.....Página 165

Capítulo 7. “Primera Infancia, Derechos Humanos y Régimen Penitenciario: Los niños y niñas como víctimas”

Alex David Marroquín Martínez

El Salvador.....Página 185

Capítulo 8. “Víctimas más vulnerables frente a los derechos humanos y la internacionalización del derecho de las familias”

Guillermo Rodríguez Gutiérrez

Cuba.....Página 213

Capítulo 9. “Tutela penológica y procesal penal para la familia: un reto del derecho en la actualidad”

Osvaldo Manuel Álvarez Torres

Cuba... Página 243

PRÓLOGO

La obra que el día de hoy tengo el honor de prologar 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 Anaeer 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 la ley.

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.

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

Ahora, si atenta 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.

Agradezco finalmente 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 en forma de libro editado por el Consejo Editorial de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, hoy tiene el lector en las manos, el cual acrisola el esfuerzo de académicos de **México, El Salvador y Cuba**, y segura estoy que la casa de estudios que encabeza continuara posicionándose en los escenarios de la producción del conocimiento a través de la ruta de la investigación.

Cuernavaca, Mor., Julio de 2018.

Emma Margarita Alemán Olvera
Dip. Federal de la LXIII Legislatura
Presidenta del Consejo Editorial de la Cámara de
Diputados del Congreso de la Unión.

CAPÍTULO 1

“Victimización sintomática de las partes en proceso, por algunos problemas en la implementación de los juicios orales en México”

Ricardo Tapia Vega¹

Resumen: El presente ensayo presenta los desaciertos en la implementación de los juicios orales penales en México, y con base en esta situación pone de relieve que las partes intervinientes en dichos juicios, al padecer estos desaciertos ve vulnerado su derecho a la seguridad jurídica, y así, las referidas partes procesales, en algunos casos, 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.

¹ 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 posgrado la Escuela de Derecho, Posgrados y Práctica Jurídica. Especialista en “Justicia constitucional, interpretación y aplicación de la Constitución”, en “Contratación pública, nuevas regulaciones y globalización” y en “Nuevos escenarios de la responsabilidad civil”, 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 Procesal², 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 la “Situación y perspectivas de la oralidad en América”³, 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”⁴. Posteriormente, en diversas jornadas se ha seguido insistiendo en dicho cambio paradigmático.⁵

Vargas Viancos⁶, 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:

- 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

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 Colombo Venezolano: http://www.iprocesalcolombovenezolano.org/index.php?option=com_weblinks&catid=14&Itemid=32 consultado el 1 de noviembre de 2011

⁴ Idem.

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 (consultado el 26 de diciembre de 2017).

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.- que se 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.- que se 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.- que se refiere a las entidades de cooperación internacional como USAID⁷, 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 oralizar 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. 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.

⁷ Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional.

En el contexto de la globalización⁸ 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 judicial⁹ 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 respecto¹⁰.

También cabe mencionar que en el caso de México y Centroamérica, desde finales de la primera década del siglo en curso, la iniciativa Mérida¹¹ contempló de manera especial capacitaciones y talleres referentes la implementación del juicio oral acusatorio adversarial en materia penal.¹²

Así, desde finales 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 Venezuela¹³) emprendieron reformas procesales hacia el modelo oral, en la materia penal y en diversas materias.

Ahora, en la mayoría de los países en cita existe cierto grado de apropiación nacional del proceso de reforma del sistema de justicia¹⁴, 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.¹⁵

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-), Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM, 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*, Flores Editor y Distribuidor, México, 2013, pp. 8-11.

¹⁴ Quizá en línea paralela a la globalización de los procesos de oralidad, los mismos también se han "glocalizado". 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, Paidós, España, 2008, pp. 105-106).

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

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

Después de la implementación del modelo de oralidad, a más de una década de su primera aparición, en Nuevo León (en 2004), a una década de su aparición en el orden constitucional de la República (en 2008), a un año y medio de su implementación total en la nación (en 2016), y en un proceso expansivo hacia diversas materias (mercantil, civil, familiar, etc.), aún nos encontramos, como veremos más adelante, con la convivencia de estructuras jurídicas disconformes entre sí.

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 legislativa¹⁶. 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 proceso¹⁷; 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 procesos jurisdiccionales transnacionales¹⁸, 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.¹⁹

¹⁶ 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*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2010, p. XI.

¹⁷ 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 (consultado el 16 de enero de 2018).

¹⁸ Cfr., Hazard Jr., Geoffrey C., *et al*, (relatores), ob. cit., p. XI.

¹⁹ 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.

Pero, lejos de la armonización, la implementación del sistema procedimental oral en México se realizó a partir de los códigos adjetivos de algunas entidades federativas²⁰ (entre 2004 y 2008²¹ aparecieron codificaciones con ese sistema en Nuevo León, Chihuahua, Oaxaca, Estado de México, Morelos y Zacatecas), lo cual condujo a un cuadro local abigarrado de normas instrumentales que en lugar de dar solidez al modelo lo dispersaron.

Así, el modelo oral, que no tenía una solidez cultural²² entre los operadores jurídicos, que habían sido criados en una tradición jurídica de procedimientos escritos, llegó, sin una adecuada planeación general, desde el plano local para posteriormente instalarse en el Pacto Federal mediante una modificación constitucional (publicada el 18 de junio de 2008).

Ahora, en los estados que implementaron el modelo, previo a la modificación constitucional, se eligió el sistema sucesivo²³ para la iniciación de la vigencia de la nueva codificación procesal.

Y si de por sí los cambios de paradigmas jurídicos procesales, aún en el sistema sincrónico²⁴, presentan en ocasiones, por virtud de las disposiciones transitorias del decreto de inicio de vigencia de una nueva norma, el problema de tener vigentes de manera simultánea dos modelos; el actual para los eventos cuya ocurrencia se presenta a partir del inicio de la vigencia de la norma que los implementa, y el abrogado para los eventos cuya ocurrencia se presentó bajo la vigencia de éste último. El sistema sucesivo potencia el problema de esas vigencias simultáneas al presentar a éstas en formas temporarias diversas según determinados ámbitos espaciales.

²⁰ Lo cual fue desde luego acorde al sistema federal mexicano, en el que los estados son soberanos en su régimen interior, y en donde ni la materia penal, ni la procesal penal (hasta ese momento) reportaban ser de competencia exclusiva de la federación (Ver artículos 41, 73 y 124 de la CPEUM).

²¹ 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).

²² 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*, Fondo de Cultura Económica, 2ª ed., México, 2010, pp. 152, 153 y 165.

²³ Según este sistema, la norma entra en vigor en un día determinado en el lugar en que se publica, y en diversas fechas en otros lugares del ámbito espacial de validez del sistema jurídico que corresponda, a razón de la determinación específica al respecto en la publicación, o a razón de ciertos días más determinados en la publicación, por cada determinada distancia contada a partir del lugar de dicha publicación. A guisa de ejemplo, véase el artículo 3, párrafo segundo, del Código Civil Federal.

²⁴ Según este sistema, la norma entra en vigor en un día determinado a partir de su publicación, en todo el ámbito espacial de validez del sistema jurídico que corresponda. A guisa de ejemplo, véase el artículo 3, párrafo primero, del Código Civil Federal.

Así, 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:²⁵

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 Yauhtepec, 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.

Pero por una inadecuada planeación en las políticas públicas de implementación del nuevo modelo, la entrada en vigor del modelo tuvo que posponerse en más de una ocasión, teniendo que reformarse en consecuencia el artículo transitorio ante citado para recorrer las fechas de inicio de vigencia de la norma.

Luego, los artículos Tercero y Quinto transitorios de ese cuerpo normativo establecieron que la anterior codificación, ahora abrogada (de corte mixto y procedimentalmente escrita), seguiría rigiendo, en lo conducente, en los procedimientos iniciados con anterioridad a la aplicación del nuevo código, quedando abrogada en la medida en que aquellos quedaran 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 de sistemas procesales, ya que en un mismo tiempo comenzaron a convivir,

²⁵ 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".

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 pudiere 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 jurídicos 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 conflicto de competencia de un juzgado regido procesalmente por el sistema mixto, y uno tutelado por el sistema acusatorio, se presentaba, y se sigue presentando como una situación complicada respecto de la validez de las actuaciones practicadas al intentar convalidarlas o regularizarlas.²⁶

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 también se potencializó, pues ocurrió que en

²⁶ Aún cuando el artículo Quinto transitorio del Código Nacional de Procedimientos Penales establezca actualmente: "Convalidación o regularización de actuaciones. Cuando por razón de competencia por fuero o territorio, se realicen actuaciones conforme a un fuero o sistema procesal distinto al que se remiten, podrá el Órgano jurisdiccional receptor convalidarlas, siempre que de manera, fundada y motivada, se concluya que se respetaron las garantías esenciales del debido proceso en el procedimiento de origen.

Asimismo, podrán regularizarse aquellas actuaciones que también de manera fundada y motivada el Órgano jurisdiccional que las recibe, determine que las mismas deban ajustarse a las formalidades del sistema procesal al cual se incorporarán".

Existen problemas prácticos en cada caso, al tratar de aplicar este artículo, ya que primero hay que determinar a que formalidades han de ajustarse las actuaciones a convalidar, ¿al sistema de origen o al sistema receptor?, para de ahí pasar dichas a un test del cumplimiento de las garantías esenciales del debido proceso según el sistema a cuyas formalidades deban ajustarse dichas actuaciones.

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 habían emitido o publicado la citada declaratoria, el nuevo texto constitucional no cobró vigencia, y en consecuencia los juicios de amparo incoados en relación a ellos deberían resolverse con base en el texto constitucional inmediato anterior (relativo al proceso escrito mixto).

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

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

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 AQUE 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.

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

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 Sánchez y De la Rosa²⁷, paradójicamente las entidades más afectadas fueron aquellas que iban más 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, como se ve a continuación: ²⁸

Simultaneidad de sistemas procesales con la entrada en vigor del Código Nacional de Procedimientos Penales:

SISTEMAS	ENTIDADES FEDERATIVAS
2 (sistema mixto, sistema oral nacional)	Aguascalientes, Baja California Sur, Campeche, Coahuila, Colima, Distrito Federal, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Nayarit, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tlaxcala
3 (sistema mixto, sistema oral local, sistema oral nacional)	Baja California Norte, Chiapas, Chihuahua, Durango, Estado de México, Guanajuato, Morelos, Oaxaca, Puebla, Tabasco, Tamaulipas, Veracruz, Yucatán, Zacatecas
4 (sistema mixto, sistema oral local para delitos menores, sistema oral local general, sistema oral nacional)	Nuevo León

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 nacional²⁹, y no como en la especie, de un primigenio plano local para culminar en uno nacional, pues como ha quedado evidenciado, esa forma provocó una simultaneidad de sistemas, que sigue complejizando la aplicación práctica de las normas del proceso.

²⁷ 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 (consultado el 17 de enero de 2018).

²⁸ 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).

²⁹ Como se diseñaron de origen, por ejemplo, las materias laboral y mercantil, y como a la postre terminó decantándose la propia materia procesal penal en un Código Nacional de Procedimientos Penales.

Y ello afecta 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.³⁰

3. Contexto normativo hipermutativo.

Ahora, lo anteriormente expuesto se ha dado en el contexto de una fuerte dinámica de cambios legislativos que, parafraseando a Bauman³¹, nos presenta un “sistema jurídico líquido” en el que las constantes mudanzas de los contenidos normativos no permiten la consolidación de una cultura jurídica determinada, generándose en consecuencia condiciones de incertidumbre.

Sólo la Constitución federal (con un contenido de 136 artículos) reporta desde su creación, en 1917, y a la fecha³², 706 modificaciones³³, acelerándose en los últimos años esta tendencia mutativa (en los dos años terminales 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)³⁴.

Ahora, si la implementación de los juicios orales en México se ha dado a partir del año 2004 (en el Estado de Nuevo León), 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 penales ni a temas procesales, las mismas desde luego inciden de cualquier manera en todo el sistema jurídico al ser normas fundamentales de

³⁰ Cabrera Dircio, Julio, *Estado y Justicia alternativa. Reforma al artículo 17 constitucional*, Coyoacán, México, 2012, p. 13.

³¹ Cfr. Bauman, Zygmunt, *Vida líquida*, Paidós, México, 2013, pp. 9 y 10.

³² Este artículo se terminó de escribir el 18 de enero de 2018.

³³ Ver sitio de internet: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_art.htm (consultado el 18 de enero de 2018).

³⁴ Ver sitio de internet: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_per.htm (consultado el 18 de enero de 2018).

supremacía constitucional³⁵ y al plantear en muchos casos dimensiones objetivas a seguir.³⁶

Por otra parte, se destaca que la propia implementación de la oralidad ha transitado en un ambiente de constantes modificaciones a las normas que le regulan (aparición de la oralidad en normas estatales, luego en normas constitucionales y ahora en una codificación nacional), y ha tenido que empatizar 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, publicado el 5 de abril de 2014³⁷, la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, publicada el 4 de diciembre de 2014; la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos 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).

³⁵ 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 AQUELLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL", ya referida en diversa nota al pie, *supra*.

³⁶ 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.

³⁷ Que ya ha sido reformado, siendo su última modificación publicada el 17 de junio de 2016.

En general, entre 2004 y principios 2018, hubo creación o reforma a leyes federales en 375 ocasiones³⁸, lo cual independientemente del justificante de la necesidad de adaptación hacia el paradigma de oralidad, conlleva, como se ha dicho, a un “sistema jurídico líquido”, producto de una dinámica legislativa mutativa hiperacelerada, en la cual las adaptaciones normativas necesarias para el arquetipo de oralidad, aparecen en un contexto de diversas mutaciones legislativas referentes a materias diversas, que complejiza el dialogo o la interacción entre normas.

En este orden de ideas, es también oportuno reflexionar, como lo hace José Ramón Cossío³⁹, acerca de que aún cuando desde hace tiempo 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 orales, está la jurisdicción concurrente penal en materia de narcomenudeo, está la nueva ley de amparo, la nueva ley general de víctimas, etc. En esas condiciones, las modificaciones al sistema judicial que tenemos enfrente pasan por la mutación de una gran cantidad de elementos, cada uno complejo y peculiar. Por lo mismo, resulta difícil sostener que forman parte de una unidad sólida e inseparable, o asumirlos como si fueran componentes completamente desarticulados y por lo mismo susceptibles de recibir un tratamiento individualizado. Así, en la medida en la que se siga sin comprender esa doble dimensión de lo que implican los cambios judiciales que tenemos enfrente se cometerán errores de diseño y puesta en marcha, y ello podría producir una tormenta perfecta⁴⁰ en ese ámbito judicial.

³⁸ Ver sitio de internet: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm> (consultado el 18 de enero de 2018).

³⁹ 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).

⁴⁰ En analogía al meteoro observado a finales de 1991 en el Atlántico norte, conocido actualmente como “La tormenta 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.

4. Reflexiones finales

Pérez Luño⁴¹ 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, lo cual ha victimizado o revictimizado sintomáticamente a las partes en los procesos penales.

⁴¹ Pérez Luño, Antonio E., *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona (España), 1991, pp. 23 y ss.

Referencias de investigación

Bibliográficas

Bauman, Zygmunt, *Vida líquida*, Paidós, México, 2013.

Beck, Ulrich, *¿Que es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, trad. Bernardo Moreno y Ma. Rosa Borrás, Paidós, España, 2008.

Bernardo Moreno y Ma. Rosa Borrás, Paidós, España, 2008.

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

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

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

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

Pérez Luño, Antonio E., *La seguridad jurídica*, Ariel, 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.eluniversal.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).

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

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 (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 (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-), Instituto de Investigaciones Jurídicas/ UNAM, 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 (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.iiprocesalcolombovenezolano.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/>

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

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 (consultado el 18 de enero de 2018).

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

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

Sitio de internet de consulta de jurisprudencia y tesis aisladas:

[http://200.38.163.178/sjfsist/\(F\(5dNDcC0oMytMUUsSj29gyrcjWbWMcqc1Z_gSWfoYqUWrTHZoaSYLI8_tC5MvotqOSc9ziDI6ur5ia3UFsMdli3h8dq9j221F4_TC-cDnwLdYgJGcU6suX8lweL7BTFci6rg89tZmXfh_jUNa9haiOuio5ms98-ASi-RAU2E3TA81\)\)/Paginas/tesis.aspx](http://200.38.163.178/sjfsist/(F(5dNDcC0oMytMUUsSj29gyrcjWbWMcqc1Z_gSWfoYqUWrTHZoaSYLI8_tC5MvotqOSc9ziDI6ur5ia3UFsMdli3h8dq9j221F4_TC-cDnwLdYgJGcU6suX8lweL7BTFci6rg89tZmXfh_jUNa9haiOuio5ms98-ASi-RAU2E3TA81))/Paginas/tesis.aspx) (consultado hasta 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 Gómez-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.

Código Civil Federal.

CAPÍTULO 2

“Desplazamiento forzado, éxodo y exilio en México. la violación más flagrante a los derechos humanos”

Benjamín Apolinar Valencia⁴²

Resumen: En el presente trabajo aborda el tema de los desplazados a la fuerza, muchos pasan inadvertidos, sin que se tenga en cuenta la protección de sus derechos humanos, pero dado que en México hay más de 310, 527 personas desplazadas⁴³ 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, han tenido que 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, y no dejarlos fuera de la ley.

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.

Abstract: *The present work talks about the forced displaced people, most of these cases are unknown without taking care of the protection of their human rights. In Mexico there are more than 310,527 people that have been displaced by force and that are vulnerable (including women, children, elderly people and native Mexicans) making laws in this matter is a responsibility of the legislative power of an imperative nature and not an alternative. These people have to deal with leaving their homes and have no security, home food or any support of their community. So the Mexican government has to take care of these growing problem and not leave them out of the law.*

⁴² 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, y en Posgrado 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

⁴³ 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).

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 ya décadas, 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 que menciona el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR),⁴⁴ los cuales se analizarán con detenimiento en el presente ensayo, ya que Varios países ya los han implementado en sus legislaciones nacionales.⁴⁵ 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 principal responsabilidad en materia de protección de los desplazados internos, como el que protege a los refugiados, que para esas personas es el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, "ACNUR". 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

⁴⁴ Liga Oficial del Comité Internacional de la Cruz Roja "CICR", consultada el día 03 de Marzo del 2018

⁴⁵ Revista del Comité Internacional de la Cruz Roja, *La guerra y los desplazados*, Ginebra, Suiza, 2009, pág.1

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 Children⁴⁶

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 Estado⁴⁷, 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 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.

⁴⁶ Véase el siguiente sitio de internet: <http://www.law.georgetown.edu/idp/spanish/id.html>. (Consultada el día 08 de octubre de 2017).

⁴⁷ Véase el siguiente sitio de internet: De la Comisión Nacional de Derechos Humanos: http://www.cndh.org.mx/Que_Son_Derechos_Humanos, (consultado el día 23 de noviembre de 2017).

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 aC); 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 aC); 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 aC).

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 aC., conocido sólo por las referencias incluidas en documentos posteriores), y el Código de Ur-Nammu (ca 2050 aC., 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 Talión. Apesar de que ahora nos parezca un principio extremadamente brutal, entonces supuso una verdadera innovación, ya que era una forma de poner freno a las venganzas sucesivas y sin límites a las que estaban expuestas las personas y los colectivos en casos de conflictos. La ley establecía una medida, discutible pero objetiva y de obligado cumplimiento, y con ella se deslegitimaba cualquier interpretación subjetiva de los hechos por parte de los implicados, y especialmente las consecuencias que pudieran derivarse de dicha apreciación subjetiva.

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

Los códigos o recopilaciones de leyes que fueron apareciendo durante la Antigüedad perseguían fines prácticos. Por ejemplo, la proporcionalidad de la venganza de la Ley del Talión limitaba las pérdidas humanas y materiales que acarreaban las sucesivas agresiones, de manera que al final el soberano, el legislador, salía beneficiado: conservando la vida de sus súbditos estos podían ser enrolados en el ejercito u obligados a pagar impuestos.⁴⁸

Posteriormente, por el año 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 súbditos del reino la libertad de creencias.

Hacia el año 590 después 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 posición y poder.⁴⁹

Ya hacia la Edad Media, entre los años 1020 y 1135 se aprecian los *Fueros Españoles*, sobre todo los de Castilla y de Aragón, así como los de León y Navarra 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.⁵⁰

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.⁵¹

⁴⁸ Véase el siguiente sitio de internet: De la Organización contra la tortura Amnistía Internacional. <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/es/historia/inf-orig.html>, (consultado el día 28 de Noviembre de 2017).

⁴⁹ Véase el siguiente sitio de internet: De la Organización 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 y el sitio de internet de *Islamweb*: <http://www.islamweb.net/esp/index.php?page=articles&id=148674>, (consultado el día 29 de Noviembre de 2017).

⁵⁰ Cfr. Quintana Roldán, Carlos F., y, Sabido Peniche, Norma D., *Derechos Humanos*, Editorial. Porrúa, edición. 6ª, México, 2013, página. 10. Véase también Ochoa Campos, Moisés, *La reforma municipal*, Editorial. Porrúa, edición. 4ª, México, 1985, página. 83.

⁵¹ Cfr. Quintana Roldán, Carlos F., y, Sabido Peniche, Norma D., Ob. cit., página. 7.

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 artículos⁵², un conjunto de garantías que el rey debería de respetar a los nobles del país.⁵³

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)⁵⁴.

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 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”.⁵⁵

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.

56

⁵² 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”

⁵³ Cfr. Quintana Roldán, Carlos F., y Sabido Peniche, Norma D., *Ob. cit.*, página. 8.

⁵⁴ 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).

⁵⁵ 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.

⁵⁶ *Idem*.

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 Humanos⁵⁷ (14 de octubre de 1774), luego una Declaración de Independencia⁵⁸ (4 de julio de 1776), y una Declaración de Derechos⁵⁹, 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 religión⁶⁰. 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.

A esta Declaración le siguieron las Declaraciones de Derechos de Maryland, Pennsylvania y Massachusetts, entre otras⁶¹. 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.⁶²

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*⁶³, 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 contemporánea⁶⁴. El contenido de esta declaración

⁵⁷ Hecha por los representantes de las colonias de Norteamérica.

⁵⁸ Redactada por Thomas Jefferson.

⁵⁹ Influenciada por el *Contrato Social* de Rousseau, y por el pensamiento de Montesquieu y de Locke, y redactada por George Mason.

⁶⁰ Véase el siguiente sitio de internet: <http://www.fmmeduacion.com.ar/Historia/Documentoshist/1776declavirginia.htm>, (consultado el día 10 de Diciembre de 2017).

⁶¹ Recordemos que cada una de las 13 colonias buscó por separado su independencia.

⁶² Cfr. Quintana Roldán, Carlos F., y, Sabido Peniche, Norma D., Ob. cit., pp. 10-13.

⁶³ 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.fmmeduacion.com.ar/Historia/Documentoshist/1789derechos.htm>, (consultado el día 13 de diciembre de 2017).

⁶⁴ Quintana Roldán, Carlos F., y, Sabido Peniche, Norma D., Ob. cit., pp. 13-14.

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 Ginebra⁶⁵ (de 1906, 1929 y la actual de 1949, así como sus protocolos adicionales⁶⁶ estipulan la obligación de proveer atención médica sin discriminación a personal militar herido o enfermo y de respetar el transporte y el equipo del personal médico con el signo distintivo de la cruz roja sobre fondo blanco.⁶⁷

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.⁶⁸ 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.⁶⁹

⁶⁵ Que serán detalladas en el tema I.3, infra.

⁶⁶ México ha suscrito los cuatro Convenios de Ginebra para la Protección de las Víctimas de la Guerra: 1.- Convenio 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 II), adoptado en Ginebra el ocho de diciembre de dos mil cinco"; publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 5 de enero de 2009.

⁶⁷ 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).

⁶⁸ Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La protección no jurisdiccional de los derechos humanos*, Editorial. Suprema Corte de Justicia de la Nación, edición. 1ª, México, 2008, página.105.

⁶⁹ Cfr. Caballero Ochoa, José Luis, Citado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su obra *Derechos Humanos. Parte General*, t. 1, Editorial. Suprema Corte de Justicia de la Nación, edición. 1ª, México, 2013, página.110.

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

La Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948⁷⁰, adoptada y proclamada, por la Asamblea General de las Naciones Unidas⁷¹, 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 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.⁷²

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 1953⁷³);

⁷⁰ Véase el siguiente sitio de internet: De la Organización de las Naciones Unidas: http://www.un.org/es/documents/udhr/index_print.shtml, (consultado el día 15 de diciembre de 2017).

⁷¹ 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.

⁷² Véase el siguiente sitio de internet: [http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatAreHumanRights.aspx_\(consultado el día 15 de diciembre de 2017\)](http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatAreHumanRights.aspx_(consultado el día 15 de diciembre de 2017)).

⁷³ Con sus distintos protocolos adicionales, su *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* y distintos documentos periféricos.

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 1978⁷⁴); 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 1986⁷⁵); 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 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 210⁷⁶ 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 Internacional⁷⁷ (que tiene, como se ha visto, sistemas de protección en el ámbito general y regional).⁷⁸

⁷⁴ 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.

⁷⁵ Con sus distintos protocolos adicionales y documentos periféricos.

⁷⁶ 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).

⁷⁷ 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.

⁷⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Derechos Humanos. Parte General*, t. 1, Ob. cit., página.112.

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”⁷⁹ Además, es común 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).⁸⁰

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.⁸¹

⁷⁹ 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.

⁸⁰ Véase el siguiente sitio de internet: <http://www.dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrar/74> (consultado el día 17 de diciembre de 2017).

⁸¹ Véase el siguiente sitio de internet: <http://www.law.georgetown.edu/idp/spanish/GPSpanish.pdf>, (consultado el día 20 de diciembre de 2017).

Aunado a lo anterior la Ley 387 de la República de Colombia en su artículo 1º define al desplazamiento forzado como:

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 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.⁸²

III. Principios rectores del desplazamiento forzado del Comité Internacional de la Cruz Roja.

A los efectos de estos Principios, 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. Estos Principios reflejan y no contradicen la normativa internacional de derechos humanos y el derecho humanitario internacional. Sirven de orientación a: el representante del secretario general sobre la cuestión de los desplazados internos, en el cumplimiento de su mandato; los Estados afectados por el fenómeno de los desplazamientos internos; todas las demás autoridades, grupos y personas en sus relaciones con los desplazados internos; y las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales en su quehacer con las poblaciones desplazadas.

⁸² Véase el siguiente sitio de internet: <http://www.disasterinfo.net/desplazados/legislacion/Ley387de1997.pdf>, (consultado el día 20 de diciembre de 2017).

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

Estos Principios se deberán difundir y aplicar con la mayor amplitud posible.⁸³ Los cuales a continuación se transcriben:

Sección I Principios generales

Principio

1. Los desplazados internos disfrutarán en condiciones de igualdad de los mismos derechos y libertades que el derecho internacional y el derecho interno reconocen a los demás habitantes del país. No serán objeto de discriminación alguna en el disfrute de sus derechos y libertades por el mero hecho de ser desplazados internos.

2. Estos Principios no afectarán a la responsabilidad penal del individuo con arreglo al derecho internacional, en particular en relación con el delito de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra.

Principio 2

1. Estos Principios serán observados por todas las autoridades, grupos y personas independientemente de su condición jurídica y serán aplicados sin distinción alguna. La observancia de estos Principios no afectará a la condición jurídica de las autoridades, grupos o personas involucradas.

2. Estos Principios no podrán ser interpretados de una forma que limite, modifique o menoscabe las disposiciones de cualquier instrumento internacional de derechos humanos o de derecho humanitario o los derechos concedidos a la persona por el derecho interno. En particular, estos Principios no afectarán al derecho de solicitar y obtener asilo en otros países.

Principio 3

1. Las autoridades nacionales tienen la obligación y la responsabilidad primarias de proporcionar protección y asistencia humanitaria a los desplazados internos que se encuentren en el ámbito de su jurisdicción.

2. Los desplazados internos tienen derecho a solicitar y recibir protección y asistencia humanitaria de esas autoridades. No serán perseguidos ni castigados por formular esa solicitud.

Principio 4

1. Estos Principios se aplicarán sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión o creencia, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional, étnico o social, condición jurídica o social, edad, discapacidad, posición económica, nacimiento o cualquier otro criterio similar.

2. Ciertos desplazados internos, como los niños, especialmente los menores no acompañados, las mujeres embarazadas, las madres con hijos pequeños, las mujeres cabeza de familia, las personas con discapacidades y las personas de edad, tendrán

⁸³ Liga Oficial del Comité Internacional de la Cruz Roja "CICR", consultada el día 03 de Marzo del 2018.

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

derecho a la protección y asistencia requerida por su condición y a un tratamiento que tenga en cuenta sus necesidades especiales.

Sección II

PRINCIPIOS RELATIVOS A LA PROTECCIÓN CONTRA LOS DESPLAZAMIENTOS

Principio 5 Todas las autoridades y órganos internacionales respetarán y harán respetar las obligaciones que les impone el derecho internacional, incluidos los derechos humanos y el derecho humanitario, en toda circunstancia, a fin de prevenir y evitar la aparición de condiciones que puedan provocar el desplazamiento de personas.

Principio.6

1. Todo ser humano tendrá derecho a la protección contra desplazamientos arbitrarios que le alejen de su hogar o de su lugar de residencia habitual.

2. La prohibición de los desplazamientos arbitrarios incluye los desplazamientos:

basados en políticas de apartheid , «limpieza étnica» o prácticas similares cuyo objeto o cuyo resultado sea la alteración de la composición étnica, religiosa o racial de la población afectada; en situaciones de conflicto armado, a menos que así lo requiera la seguridad de la población civil afectada o razones militares imperativas;

en casos de proyectos de desarrollo en gran escala, que no estén justificados por un interés público superior o primordial;

en casos de desastres, a menos que la seguridad y la salud de las personas afectadas requieran su evacuación; y

cuando se utilicen como castigo colectivo.

3. Los desplazamientos no tendrán una duración superior a la impuesta por las circunstancias.

Principio 7

1. Antes de decidir el desplazamiento de personas, las autoridades competentes se asegurarán de que se han explorado todas las alternativas viables para evitarlo. Cuando no quede ninguna alternativa, se tomarán todas las medidas necesarias para minimizar el desplazamiento y sus efectos adversos.

2. Las autoridades responsables del desplazamiento se asegurarán en la mayor medida posible de que se facilita alojamiento adecuado a las personas desplazadas, de que el desplazamiento se realiza en condiciones satisfactorias de seguridad, alimentación, salud e higiene y de que no se separa a los miembros de la misma familia.

3. Si el desplazamiento se produce en situaciones distintas de los estados de excepción debidos a conflictos armados y catástrofes, se respetarán las garantías siguientes: la autoridad estatal facultada por la ley para ordenar tales medidas adoptará una decisión específica; se adoptarán medidas adecuadas para facilitar a los futuros desplazados información completa sobre las razones y procedimientos de su desplazamiento y, en su caso, sobre la

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

indemnización y el reasentamiento; se recabará el consentimiento libre e informado de los futuros desplazados; las autoridades competentes tratarán de involucrar a las personas afectadas, en particular las mujeres, en la planificación y gestión de su reasentamiento; las autoridades legales competentes aplicarán medidas destinadas a asegurar el cumplimiento de la ley cuando sea necesario; y se respetará el derecho a un recurso eficaz, incluida la revisión de las decisiones por las autoridades judiciales competentes.

Principio 8

El desplazamiento no se llevará a cabo de forma que viole los derechos a la vida, dignidad, libertad y seguridad de los afectados.

Principio 9

Los Estados tienen la obligación específica de tomar medidas de protección contra los desplazamientos de pueblos indígenas, minorías, campesinos, pastores y otros grupos que tienen una dependencia especial de su tierra o un apego particular a la misma.

Sección III

PRINCIPIOS RELATIVOS A LA PROTECCIÓN DURANTE EL DESPLAZAMIENTO

Principio 10

1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana y estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente. Los desplazados internos estarán protegidos en particular contra:

el genocidio;

el homicidio;

las ejecuciones sumarias o arbitrarias; y

las desapariciones forzadas, incluido el secuestro o la detención no reconocida con amenaza o resultado de muerte.

Se prohibirán las amenazas y la inducción a cometer cualquiera de los actos precedentes.

2. Los ataques u otros actos de violencia contra los desplazados internos que no intervienen o han dejado de intervenir en las hostilidades estarán prohibidos en toda circunstancia. Los desplazados internos serán protegidos, en particular, contra:

los ataques directos o indiscriminados u otros actos de violencia, incluida la creación de zonas en las que se permiten los ataques a la población civil;

la privación de alimentos como medio de combate;

su utilización como escudos de ataques contra objetivos militares o para proteger, facilitar o impedir operaciones militares;

los ataques a sus campamentos o asentamientos; y

el uso de minas antipersonal.

Principio 11

1. Todo ser humano tiene derecho a la dignidad y a la integridad física, mental o moral.

2. Con independencia de que se haya o no limitado su libertad, los desplazados internos serán protegidos, en particular, contra:

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

la violación, la mutilación, la tortura, las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes y otros ultrajes a su dignidad personal, como los actos de violencia contra la mujer, la prostitución forzada o cualquier otra forma de ataque a la libertad sexual;

la esclavitud o cualquier forma contemporánea de esclavitud, como la entrega en matrimonio a título oneroso, la explotación sexual o el trabajo forzado de los niños; y

los actos de violencia destinados a sembrar el terror entre los desplazados internos.

Se prohibirán las amenazas y la inducción a cometer cualquiera de los actos precedentes.

Principio 12

1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias.

2. Para dar efecto a este derecho, los desplazados internos no podrán ser recluidos o confinados en campamentos. Si en circunstancias excepcionales la reclusión o el confinamiento resultan absolutamente necesarios, su duración no será superior a la impuesta por las circunstancias.

3. Los desplazados internos disfrutarán de protección contra la detención o prisión arbitrarias como resultado de su desplazamiento.

4. Los desplazados internos no podrán ser tomados como rehenes en ningún caso.

Principio 13

1. Los niños desplazados no serán alistados en ningún caso ni se les permitirá o pedirá que participen en las hostilidades.

2. Los desplazados internos disfrutarán de protección contra las prácticas discriminatorias de alistamiento en fuerzas o grupos armados como resultado de su desplazamiento. En particular, se prohibirán en toda circunstancia las prácticas crueles, inhumanas o degradantes que obliguen a los desplazados a alistarse o castiguen a quienes no lo hagan.

Principio 14

1. Todo desplazado interno tiene derecho a la libertad de circulación y a la libertad de escoger su residencia.

2. En particular, los desplazados internos tienen derecho a circular libremente dentro y fuera de los campamentos u otros asentamientos.

Principio 15

Los desplazados internos tienen derecho a:

buscar seguridad en otra parte del país;

abandonar su país;

solicitar asilo en otro país; y

recibir protección contra el regreso forzado o el reasentamiento en cualquier lugar donde su vida, seguridad, libertad y salud se encuentren en peligro.

Principio 16

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

1. Los desplazados internos tienen derecho a conocer el destino y el paradero de sus familiares desaparecidos.
2. Las autoridades competentes tratarán de averiguar el destino y el paradero de los desplazados internos desaparecidos y cooperarán con las organizaciones internacionales competentes dedicadas a esta labor. Informarán a los parientes más próximos de la marcha de la investigación y les notificarán los posibles resultados.
3. Las autoridades competentes procurarán recoger e identificar los restos mortales de los fallecidos, evitar su profanación o mutilación y facilitar la devolución de esos restos al pariente más próximo o darles un trato respetuoso.
4. Los cementerios de desplazados internos serán protegidos y respetados en toda circunstancia. Los desplazados internos tendrán derecho de acceso a los cementerios de sus familiares difuntos.

Principio 17

1. Todo ser humano tiene derecho a que se respete su vida familiar.
2. Para dar efecto a este derecho, se respetará la voluntad de los miembros de familias de desplazados internos que deseen estar juntos.
3. Las familias separadas por desplazamientos serán reunidas con la mayor rapidez posible. Se adoptarán todas las medidas adecuadas para acelerar la reunificación de esas familias, particularmente en los casos de familias con niños. Las autoridades responsables facilitarán las investigaciones realizadas por los miembros de las familias y estimularán y cooperarán con los trabajos de las organizaciones humanitarias que se ocupan de la reunificación de las familias.
4. Los miembros de familias internamente desplazadas cuya libertad personal haya sido limitada por la reclusión o el confinamiento en campamentos tendrán derecho a estar juntos.

Principio 18

1. Los desplazados internos tienen derecho a un nivel de vida adecuado.
2. Cualesquiera que sean las circunstancias, las autoridades competentes proporcionarán a los desplazados internos, como mínimo, los siguientes suministros o se asegurarán de que disfruten de libre acceso a los mismos:
alimentos esenciales y agua potable;
alojamiento y vivienda básicos;
vestido adecuado; y
servicios médicos y de saneamiento esenciales.
3. Se harán esfuerzos especiales por asegurar la plena participación de la mujer en la planificación y distribución de estos suministros básicos.

Principio 19

1. Los desplazados internos enfermos o heridos y los que sufran discapacidades recibirán en la mayor medida posible y con la máxima celeridad la atención y cuidado médicos que requieren,

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

sin distinción alguna salvo por razones exclusivamente médicas. Cuando sea necesario, los desplazados internos tendrán acceso a los servicios psicológicos y sociales.

2. Se prestará especial atención a las necesidades sanitarias de la mujer, incluido su acceso a los servicios de atención médica para la mujer, en particular los servicios de salud reproductiva, y al asesoramiento adecuado de las víctimas de abusos sexuales y de otra índole.

3. Se prestará asimismo especial atención a la prevención de enfermedades contagiosas e infecciosas, incluido el SIDA, entre los desplazados internos.

Principio 20

1. Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2. Para dar efecto a este derecho, las autoridades competentes expedirán a los desplazados internos todos los documentos necesarios para el disfrute y ejercicio de sus derechos legítimos, tales como pasaportes, documentos de identidad personal, partidas de nacimiento y certificados de matrimonio. En particular, las autoridades facilitarán la expedición de nuevos documentos o la sustitución de los documentos perdidos durante el desplazamiento, sin imponer condiciones irracionales, como el regreso al lugar de residencia habitual para obtener los documentos necesarios.

3. La mujer y el hombre tendrán iguales derechos a obtener los documentos necesarios y a que los documentos se expidan a su propio nombre.

Principio 21

1. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad o sus posesiones.

2. La propiedad y las posesiones de los desplazados internos disfrutarán de protección en toda circunstancia, en particular, contra los actos siguientes:

expolio;

ataques directos o indiscriminados u otros actos de violencia;

utilización como escudos de operaciones u objetos militares;

actos de represalia; y

destrucciones o expropiaciones como forma de castigo colectivo.

3. La propiedad y las posesiones que hayan abandonado los desplazados internos serán objeto de protección contra la destrucción y la apropiación, ocupación o uso arbitrarios e ilegales.

Principio 22

1. No se harán entre los desplazados internos, con independencia de que vivan o no en campamentos, distinciones basadas en su desplazamiento en el disfrute de los siguientes derechos:

el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia, religión o creencia, opinión y expresión;

el derecho a buscar libremente oportunidades de empleo y a participar en las actividades económicas;

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

el derecho a asociarse libremente y a participar en pie de igualdad en los asuntos comunitarios;

el derecho de voto y el derecho a participar en los asuntos públicos y gubernamentales, incluido el acceso a los medios necesarios para ejercerlo; y

el derecho a comunicar en un idioma que comprendan.

Principio 23

1. Toda persona tiene derecho a la educación.

2. Para dar efecto a este derecho las autoridades competentes se asegurarán de que los desplazados internos, en particular los niños desplazados, reciben una educación gratuita y obligatoria a nivel primario. La educación respetará su identidad cultural, su idioma y su religión.

3. Se harán esfuerzos especiales por conseguir la plena e igual participación de mujeres y niñas en los programas educativos.

4. Tan pronto como las condiciones lo permitan, los servicios de educación y formación se pondrán a disposición de los desplazados internos, en particular adolescentes y mujeres, con independencia de que vivan o no en campamentos.

Sección IV

PRINCIPIOS RELATIVOS A LA ASISTENCIA HUMANITARIA

Principio 24

1. La asistencia humanitaria se prestará de conformidad con los principios de humanidad e imparcialidad y sin discriminación alguna.

2. No se desviará la asistencia humanitaria destinada a los desplazados internos, ni siquiera por razones políticas o militares.

Principio 25

1. La obligación y responsabilidad primarias de proporcionar asistencia humanitaria a los desplazados internos corresponde a las autoridades nacionales.

2. Las organizaciones humanitarias internacionales y otros órganos competentes tienen derecho a ofrecer sus servicios en apoyo de los desplazados internos. Este ofrecimiento no podrá ser considerado un acto inamistoso ni una interferencia en los asuntos internos del Estado y se examinará de buena fe. Su aceptación no podrá ser retirada arbitrariamente, en particular cuando las autoridades competentes no puedan o no quieran proporcionar la asistencia humanitaria necesaria.

3. Todas las autoridades competentes concederán y facilitarán el paso libre de la asistencia humanitaria y permitirán a las personas que prestan esa asistencia un acceso rápido y sin obstáculos a los desplazados internos.

Principio 26

Las personas que prestan asistencia humanitaria, sus medios de transporte y sus suministros gozarán de respeto y protección. No serán objeto de ataques ni de otros actos de violencia.

Principio 27

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

1. En el momento de proporcionar la asistencia, las organizaciones humanitarias internacionales y los demás órganos competentes prestarán la debida consideración a la protección de las necesidades y derechos humanos de los desplazados internos y adoptarán las medidas oportunas a este respecto. En esa actividad, las mencionadas organizaciones y órganos respetarán las normas y códigos de conducta internacionales pertinentes.

2. El párrafo precedente se formula sin perjuicio de las responsabilidades en materia de protección de las organizaciones internacionales encargadas de esta finalidad, cuyos servicios pueden ser ofrecidos o solicitados por los Estados.

Sección V

PRINCIPIOS RELATIVOS AL REGRESO, EL REASENTAMIENTO Y LA REINTEGRACIÓN

Principio 28

1. Las autoridades competentes tienen la obligación y responsabilidad primarias de establecer las condiciones y proporcionar los medios que permitan el regreso voluntario, seguro y digno de los desplazados internos a su hogar o su lugar de residencia habitual, o su reasentamiento voluntario en otra parte del país. Esas autoridades tratarán de facilitar la reintegración de los desplazados internos que han regresado o se han reasentado en otra parte.

2. Se harán esfuerzos especiales por asegurar la plena participación de los desplazados internos en la planificación y gestión de su regreso o de su reasentamiento y reintegración.

Principio 29

1. Los desplazados internos que regresen a su hogar o a su lugar de residencia habitual o que se hayan reasentado en otra parte del país no serán objeto de discriminación alguna basada en su desplazamiento. Tendrán derecho a participar de manera plena e igualitaria en los asuntos públicos a todos los niveles y a disponer de acceso en condiciones de igualdad a los servicios públicos.

2. Las autoridades competentes tienen la obligación y la responsabilidad de prestar asistencia a los desplazados internos que hayan regresado o se hayan reasentado en otra parte, para la recuperación, en la medida de lo posible, de las propiedades o posesiones que abandonaron o de las que fueron desposeídos cuando se desplazaron. Si esa recuperación es imposible, las autoridades competentes concederán a esas personas una indemnización adecuada u otra forma de reparación justa o les prestarán asistencia para que la obtengan.

Principio 30

Todas las autoridades competentes concederán y facilitarán a las organizaciones humanitarias internacionales y a otros órganos competentes, en el ejercicio de sus respectivos mandatos, un acceso rápido y sin obstáculos a los desplazados internos para que les presten asistencia en su regreso o reasentamiento y

reintegración.

El Comité Internacional de la Cruz Roja o CICR es el organismo mas capacitado en el desplazamiento forzado y con toda la capacidad moral de hablar sobre el tema del desplazamiento forzado, pues es este mismo organismo que su principal funcion en el mundo es el apoyo humanitario en conflictos armados, sin tener ninguna preferencia por las partes en conflicto mas que el interes de ayudar a las victimas, es por ello que estos principio rectores que enmarca el organismo del CICR, es de suma importancia que los paicies en donde existe el desplazamiento forzado como los es el estado mexicano se aplique para garantizar la ayuda humnitaria de las victimas del desplazamiento forzado.

IV. El derecho a la seguridad pública

Según el diccionario de la Real Academia Española, el termino seguridad significa “cualidad de seguro”, y seguro a su vez quiere decir “libre y exento de todo peligro, daño o riesgo”.⁸⁴

Por su parte, según el referido diccionario, el término público expresa lo “perteneciente 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 bien, 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.⁸⁵

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

... 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.⁸⁶

⁸⁴ Véase el siguiente sitio de internet: <http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae>, (consultado el día 20 de diciembre de 2017).

⁸⁵ García Ramírez, Sergio, *En torno a la seguridad pública en Los desafíos de la Seguridad Pública en México*, México, Editorial. Universidad Iberoamericana-UNAM-PGR, edición. 1ª, México, 2000, página 83.

⁸⁶ Véase el siguiente sitio de internet: http://es.wikipedia.org/wiki/Declaración_de_los_Derechos_del_Hombre_y_del_Ciudadano, (consultado el día 20 de diciembre de 2017).

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,⁸⁷ 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.

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...

⁸⁷ 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, (consultado el día 20 de diciembre de 2017).

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

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, entendiendo 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)⁸⁸...

⁸⁸ 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).

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 la época actual que estamos viviendo, 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, promulgó 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, por la fuerzas canstrences, 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;
- 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

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

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.⁸⁹

Por lo anterior, es sumamente preocupante y lamentable que el Estado mexicano, no tenga la capacidad para combatir la delincuencia organizada unicamente con los cuerpos policiacos, y por ello llegue al extremo de sacar al ejercito y fuerza armada a las calles, a suplir a los cuerpos policiacos, con las fuerzas castrenses y con tácticas militares, no se debe de pasar por alto que los ejercitos y fuerzas armadas de las naciones están capacitadas para salvaguardar la soberanía de un país y las fuerzas castrenses, están entradas para ver al oponente como su enemigo y si tienen que llegar al extremo de privarlo de la vida a su oponente, lo hacen sin ninguna contemplacion, puesto que ese es su entrenamiento desde que los soldados se enlistan en el ejercito, 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 de sus lugares de origen o donde habitan, con lo que traen puesto unicamente, y si el ejercito 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.

⁸⁹ 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, (consultado el día 28 de diciembre de 2017).

V. Desplazamiento forzado éxodo y exilio

En la actualidad presenciamos los niveles de desplazamiento más altos jamás registrados.

Una cifra sin precedente de 65,6 millones de personas en todo el mundo se han visto obligadas a huir de sus hogares. De los casi 22,5 millones de refugiados, más de la mitad son menores de 18 años.

También, hay 10 millones de personas apátridas a quienes se les ha negado una nacionalidad y acceso a derechos básicos como educación, salud, empleo y libertad de movimiento.

En un mundo en el que hay 20 nuevos desplazamientos forzados cada minuto como resultado de los conflictos y la persecución, nuestro trabajo en el ACNUR es ahora más importante que nunca.

Cómo reunimos nuestra información.

Estadísticos a tiempo completo en la Sección de Información y Coordinación en el Terreno monitorean el número de personas obligadas a huir, para que , en caso de que se desarrolle una crisis, seamos capaces de predecir cuántas personas necesitan ayuda, cuánta ayuda necesitan y cuántos funcionarios debemos desplegar.

Estas cifras son publicada anualmente en los reportes de Tendencias Globales y Llamamiento Mundial.

Cifras de personal

Nuestros funcionarios son parte esencial del ACNUR. Hasta el 31 de mayo de 2017, contábamos con 10.900 funcionarios, de los cuales el 87 por ciento se encontraban en el terreno.

Trabajamos en 130 países, con funcionarios que se basan en una mezcla de oficinas regionales, de país, suboficinas y oficinas en el terreno. Nuestros funcionarios trabajan duro para ayudar a las personas desplazadas, especializándose en una variedad de disciplinas, incluyendo protección legal, administración, servicios comunitarios, relaciones públicas y salud.

Cifras financieras

Casi en la totalidad, nos financiamos con contribuciones voluntarias, con el 87 por ciento de los fondos provenientes de gobiernos y la Unión Europea. El tres por ciento viene de organizaciones intergubernamentales y mecanismos de financiamiento común, mientras que otro nueve por ciento proviene del sector privado, incluyendo fundaciones, corporaciones y el público. Además, recibimos un subsidio limitado (dos por ciento) del presupuesto de la ONU para costos administrativos, y se aceptan contribuciones en especie, incluyendo artículos como tiendas, medicinas y camiones.

ACNUR inició con un pequeño presupuesto anual de \$300.000 dólares en 1950. Pero a medida que incrementó el trabajo, también aumentaron los costos. Nuestro presupuesto anual incrementó a más de mil millones de dólares a inicios de la década de los 90 y llegó a un nuevo punto máximo de \$7,5 miles de millones de dólares en 2016. Para información actualizada sobre las finanzas del ACNUR, visite el sitio Global Focus.

Nuestro presupuesto anual incluye programas que apoyan las continuas operaciones y los programas complementarios para cubrir las emergencias, como por ejemplo la crisis de Siria u operaciones de repatriación a gran escala.

Datos estadísticos y operacionales

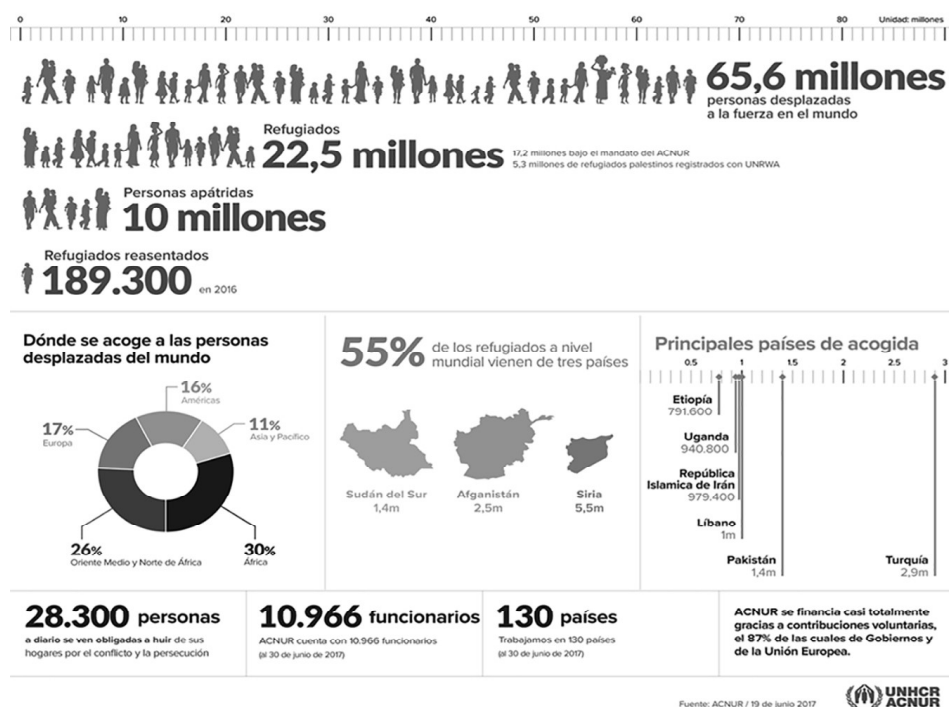
Los datos y estadísticas actuales, relevantes y oportunos son cruciales para las operaciones de refugiados. Este recurso clave es usado por todos los socios para dar respuesta a las necesidades de las poblaciones de refugiados.

La Base de Datos Estadística del ACNUR provee datos, reportes y otra información esencial para las operaciones en el terreno. Así mismo, lleva reportes estadísticos sobre las personas de interés: personas refugiadas, solicitantes de asilo, refugiadas retornadas, desplazadas internas y apátridas. También se encuentra disponible la información detallada sobre los países de asilo, lugares de origen, género, edad, ubicación y condición legal de los refugiados. Los indicadores sobre la calidad de la protección a los refugiados y las operaciones del ACNUR se recolectan cada vez con mayor frecuencia.⁹⁰

⁹⁰ Vease la liga consultada el día 23 de Marzo del 2018 <http://www.acnur.org/el-acnur/datos-basicos/>

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

La siguiente grafica es publicada cada año en el portal oficial de internet de la Agencia de la Organización de las Naciones Unidas Para los Refugiados (ACNUR), en la cual se aprecia la gravedad del problema global.



Nuevos desplazamientos conflictos y violencia⁹¹

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.

⁹¹ Véase el siguiente sitio de internet: 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 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.⁹² 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 resguardo a las víctimas de desplazamiento forzado, 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.”⁹³

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.⁹⁴

Las graves violaciones a derechos humanos que han generado las diversas formas de violencia que se han venido dando en México

⁹²El único caso de conflicto armado con desplazamiento al que se hace referencia es en relación con los sucesos de 1994 en Chiapas.

⁹³ Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos A.C., “Desplazamiento Interno Forzado en México”, Guevara Bermúdez, José Antonio edición, el recipiente, México, 2014, página. 6.

⁹⁴Véase el siguiente sitio de internet: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/mexico2016-es.pdf>, (consultado el día 02 de enero de 2018).

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 años⁹⁵. 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 agresores⁹⁶.”

Ante la falta de cifras oficiales, por parte del Gobierno mexicano, 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 internos⁹⁷. Organizaciones de la sociedad civil indicaron que esta cifra podría ser mucho mayor. El hecho de que las autoridades no reconozcan la existencia del desplazamiento interno y de que haya permanecido sin cuantificarse ha favorecido su invisibilidad⁹⁸.

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

⁹⁵ 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.

⁹⁶ 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.

⁹⁷ 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).

⁹⁸ 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.

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 derechos⁹⁹.

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 internamente¹⁰⁰. La Comisión observa que a la fecha de la aprobación del presente informe el desplazamiento forzado interno no ha sido documentado y analizado de forma integral por el 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

⁹⁹ "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.

¹⁰⁰ 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 Sabánillas, Chiapas, México.

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 2015¹⁰¹.

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 problemática¹⁰². 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.

V. Recomendaciones por la CIDH al Estado mexicano

Respecto a las recomendaciones hechas al Estado mexicano, por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 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.

¹⁰¹ 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 Chihuahua, el Valle de Juárez, Urique (Chihuahua) e Iguale 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).

¹⁰² 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.

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

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 se hicieron el 31 diciembre 2015, y sin que hasta la fecha el Estado mexicano ponga el 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 que el Estado mexicano al tratar de dar cumplimiento a la seguridad pública comete terribles violaciones a los derechos humanos, pues en la búsqueda que el ejército mexicano realizaba del narcotraficante Joaquín Guzmán Loera, se violentaron los derechos humanos de muchos inocentes, 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 triangulo dorado, donde ejército, armada y fuerza aérea llevaban a cabo operativos para la detención del prófugo de la justicia y urgió que las fuerzas armadas respetaran las normas internacionales de derechos humanos sobre el uso de la fuerza y violaciones a las garantías individuales.¹⁰³

Y en este tenor no solo la delincuencia organizada es la causante de este flagelo del desplazamiento forzado, puesto que el mismo, puesto que también el Estado mexicano lo hace en cumplimiento de la ley de seguridad publica, como lo fue el caso antes mencionado.

Los desplazados en México, es una problemática de trascendental importancia pues muy recientemente en Noviembre de 2017, 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).

¹⁰³Véase el siguiente sitio de internet: <http://www.eluniversal.com.mx/articulo/nacion/seguridad/2015/10/23/piden-respetar-derechos-de-lugareños-en-triangulo-dorado>, (consultado el día 07 de enero de 2018).

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

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 los afectados contaron a las autoridades que tienen que dejar sus tierras de cultivo y sus animales y huir sólo con la ropa que llevan puesta para alejarse del peligro que representan los conflictos armados.

Ante esto, Serapaz pide ayuda a la ciudadanía, argumentando que por la situación se requiere urgentemente: maíz, frijol, cobertores, medicinas, azúcar, jabón y ropa para niños.

Además, solicitan la presencia de médicos pues gran parte de las personas rescatadas del desplazamiento presentan enfermedades derivadas de las bajas temperaturas y hasta el momento carecen de atención y medicamentos.

Es por esto que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), ha emitido medidas cautelares a diversas instancias nacionales para que se proteja “la integridad física e incluso la vida” de estas casi 5 mil personas chiapanecas.¹⁰⁴

La delincuencia organizada es un nuevo modelo de negocios pero el dinero ilegal, de acuerdo con la nueva dinámica del crimen organizado, no parece provenir solamente del narcotráfico. Presentes en 38 países del mundo, los cárteles mexicanos ahora son más

¹⁰⁴ Véase el siguiente sitio de internet: <http://www.animalpolitico.com/2017/11/indigenas-desplazados-chiapas-violencia/>, (consultado el día 07 de enero de 2018).

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

agresivos en la búsqueda de ganancias, y han diversificado sus actividades criminales y expandidas sus redes en todo el mundo.

Ya no sólo es el tráfico de drogas su principal fuente de ingresos: ahora su abanico incluye rubros como la piratería, el tráfico de personas, la venta de protección, el secuestro, la extorsión y el cobro de impuestos en municipios y regiones. Sus víctimas son empresarios de todos los giros.

También suelen despojar a sus víctimas del patrimonio. Esta práctica, una de las más escandalosas de los últimos cinco años, consiste en amenazar a la gente para que ceda sus propiedades: ranchos, casas, automóviles, ganado, o comparta las ganancias de sus negocios con los delincuentes. En el peor de los casos, las víctimas son secuestradas hasta que pagan su rescate y, a través de un notario cómplice, 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.

Caso concreto:

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 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 económico que tienen los grupos de la delincuencia organizada en México y que aunado a ello existen autoridades que son corruptibles y que están inmiscuidas en estos grupos delictivos, la mayoría de las víctimas eligen no denunciar, este tipo de desplazamiento forzado, pues temen por su vida y prefieren desplazarse a otro Estado de la República y los que tienen recursos económicos suficientes abandonan 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 pueden 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 hasta 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 toda la problemática referida del 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

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

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.¹⁰⁵

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.

¹⁰⁵ 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).

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

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.¹⁰⁶

En el presente ensayo se trata de establecer la responsabilidad del Estado mexicano que tiene con sus ciudadanos de brindar protección a sus Derechos Humanos en el caso de los desplazados internos, y que existe un enorme vacío de legalidad para brindar protección a los derechos humanos de las personas desplazadas, 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.

¹⁰⁶ Liga oficial de la comisión nacional de los derechos humanos consultada el día 10 de Abril de 2018, http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Comunicados/2017/Com_2017_276.pdf

Referencias de investigación

Bibliográficas

1. Quintana Roldán, Carlos F., y, Sabido Peniche, Norma D., *Derechos Humanos*, Ed. Porrúa, ed. 6ª, México, 2013, página 10.
2. Ochoa Campos, Moisés, *La reforma municipal*, Ed. Porrúa, ed. 4ª, México, 1985, página 83.
3. Liga oficial de la comisión nacional de los derechos humanos consultada el día 1 de Abril de 2018, http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Comunicados/2017/Com_2017_276.pdf.
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, página 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, página 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, página 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, página 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, página. 6.
10. Documento publicado en la liga de internet de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos <http://www.oas.org/es/cidh/migrantes/docs/pdf/informe-migrantes-mexico-2013.pdf> 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
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>.
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.fmmeduacion.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 Sieyès. Dicha Declaración: <http://www.fmmeduacion.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/treatiescustomarylawn/genevaconventions/overview-geneva-conventions.htm>.
10. De la Organización de las Naciones Unidas: 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.

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

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.
 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>.
- Animal Político de Enero de 2017: <http://www.animalpolitico.com/2017/11/indigenas-desplazados-chiapas-violencia/>.

CAPÍTULO 3

“La trata sexual infantil: retos para su erradicación en el sistema jurídico mexicano”

Eduardo Oliva Gómez¹⁰⁷

Michelle Alejandra Onofre Díaz¹⁰⁸

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 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.*

¹⁰⁷ Doctor en Derecho, Profesor Investigador de Tiempo Completo. Docente en programas educativos de licenciatura, maestría y doctorado en derecho, macalae2000@yahoo.com.mx

¹⁰⁸ Maestra en Derecho, Doctorante en Derecho y Globalización UAEM, michelle.onofre.16@gmail.com

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.”¹⁰⁹

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 del 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”.¹¹⁰

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.

El tema central de estudio -La trata sexual infantil- 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

¹⁰⁹ S. Kempe, Ruth y Kempe, C. Henry, *Niños maltratados*, 5ª edición, versión española de Alfredo Guera Miralles, Editorial Morata, Madrid, España, 1998, p. 12.

¹¹⁰ *Ibidem*, pp. 18 y 19.

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 prácticas 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 sexual¹¹¹, para dimensionarlo en una escala

¹¹¹ Hojas informativas sobre la protección de la infancia, disponible en https://www.unicef.org/spanish/protection/files/La_trata.pdf consultado el 20 de noviembre de 2017.

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

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 México¹¹²

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 UNODC¹¹³. 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 sexual¹¹⁴.

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 2011¹¹⁵.

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%¹¹⁶

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.¹¹⁷

¹¹²Para 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.

¹¹³ 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 consultado el 1 de noviembre de 2017.

¹¹⁴Para mayor información, véase <http://www.unwomen.org/es> consultada el 15 de junio de 2017.

¹¹⁵ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), *op. cit.* p. 10.

¹¹⁶Consulte 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.

¹¹⁷ 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*, Editorial Bosch, España, 2011, p. 337.

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.¹¹⁸

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.¹¹⁹

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.¹²⁰

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.¹²¹

¹¹⁸ Gómez Tagle López, Erick, *Trata de Personas. Análisis criminológico, jurídico y social*, Editorial 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 Secaros y Asesoría de Diseños Informativos, México, 2015, p. 154.

¹¹⁹ Hojas informativas UNICEF, *op. cit.* p. 1.

¹²⁰ Reporte de la ASAHAC en publicaciones periódicas, disponible en http://www.milenio.com/tamaulipas/Mexico-segundo-victimas-trata-personas_0_127187771.html consultado el 17 de noviembre de 2017.

¹²¹ La trata en cifras, disponible en http://www.cali.gov.co/desepaz/publicaciones/1989/la_trata_de_personas_en_cifras/ consultada el 20 de junio de 2017.

Esta caracterización es reafirmada por las investigaciones de Peris¹²² 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 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.

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 infantil¹²³

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

¹²² Peris, Isabelle. *op. cit.* p. 337.

¹²³ 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*, Editorial Bosch. España. 2011. p. 280.

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

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.¹²⁴

Agrega Panchón Iglesias¹²⁵ 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.

¹²⁶

El referido autor señala que en el marco jurídico internacional, la trata de personas (antes denominada trata de blancas) se define 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.¹²⁷

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

¹²⁴ S. Kempe, Ruth y Kempe, C. Henry, *op. cit.* pp. 26 y 27.

¹²⁵ Cfr. Panchón Iglesias, Carme. *op. cit.* pp. 280 y 284.

¹²⁶ Gómez Tagle López, Erick. *op. cit.* p. 287.

¹²⁷ *Ibidem* p. 47.

sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.¹²⁸

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. Los menores víctimas de explotación pueden haber sido cedidos por sus familias, captados mediante engaños, vendidos o secuestrados¹²⁹

Basten 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

¹²⁸ Hernández-Vela Salgado, Edmundo, *Enciclopedia de Relaciones Internacionales*, Tomo IV P-Z. 7ª edición, corregida, actualizada y aumentada, Editorial Porrúa, México, 2013, p. 4560.

¹²⁹ Peris, Isabelle, *op cit.* p. 336.

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

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*.¹³⁰

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.

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.”¹³¹

Para algunos autores, la prohibición de la esclavitud constituyó el primer paso en el reconocimiento de los derechos humanos.¹³² 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.¹³³

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

¹³⁰ Hernández-Vela Salgado, Edmundo. *op. cit.* p. 4561.

¹³¹ 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.

¹³² O'Donnell, Daniel, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Colombia, OACNUDH, 2004, p. 242.

¹³³ 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.

existe un término mediático cada vez más común, “la esclavitud del siglo XXI”¹³⁴ 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 comprensión de la naturaleza entre las partes,¹³⁵ 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,¹³⁶ 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”.¹³⁷

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.

¹³⁴ 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 por el diario El País de España.

¹³⁵ 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

¹³⁶ De la Torre Martínez, Carlos, *Prohibición de la esclavitud, el trabajo forzoso y la servidumbre*, disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3567/15.pdf>, consultado el 20 de noviembre de 2017.

¹³⁷ Staff Wilson, Mariblanca, *Recorrido histórico sobre la trata de personas*, disponible en <http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/369/File/PDF/CentrodeReferencia/Temasdeanálisis2/violenciasyderechoshumanos/staff.pdf>, consultado el 5 de noviembre de 2017.

Teresa Ulloa sostiene:

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.¹³⁸

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 Peris¹³⁹ que “desde la Organización ECPAT (Red Internacional de Lucha contra la Explotación Sexual Comercial de la Infancia y de la Adolescencia) 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”¹⁴⁰.

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

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

¹³⁸ 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.

¹³⁹ Peris, Isabelle, *op. cit.* p. 337.

¹⁴⁰ Retomado de Información Básica de Trata de Personas, disponible en https://www.unicef.org/lac/informacion_basica.pdf consultada el 18 de diciembre de 2017.

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.”¹⁴¹

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.¹⁴²

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.”¹⁴³ Dicho principio no es sólo una referencia, sino la base argumentativa de todos los derechos.

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

¹⁴¹ 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.

¹⁴² Salvioli, Fabián, *La universidad y la educación en el siglo XXI. Los derechos humanos como pilares de la nueva Reforma Universitaria*, Editorial Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 2009, pp. 43 y 44.

¹⁴³ En Veccio, Giorgio del, *Filosofía del derecho*, México, Editorial UTEHA, 1946, p. 352

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.¹⁴⁴

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. 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.”¹⁴⁵

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

¹⁴⁴ Véase Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disponible en <http://ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/cn16.pdf>

¹⁴⁵ 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, Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2011.

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.”¹⁴⁶

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.¹⁴⁷

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 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.”¹⁴⁸

De igual forma, comprometen la supervivencia y desarrollo. Abordan los traslados ilícitos al extranjero o retenciones, pero no resulta

¹⁴⁶ Panchón Iglesias, Carme, *op. cit.* p. 287.

¹⁴⁷ 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.

¹⁴⁸ 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.

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.¹⁴⁹

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:

...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.¹⁵⁰

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,¹⁵¹ 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.”¹⁵²

¹⁴⁹ Consulte Información Básica sobre Trata de Personas, disponible en https://www.unicef.org/lac/Informacion_basica.pdf consultado el 10 de septiembre de 2017.

¹⁵⁰ Convención de los derechos de la niñez, *op. cit.*

¹⁵¹ 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.

¹⁵² *Idem*

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:

a) En el contenido del Protocolo se observa el uso de la expresión “venta de niños” que a la letra dice “por 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.”¹⁵³

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.¹⁵⁴

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.

¹⁵³ Véase Código Civil Federal, disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2_241213.pdf consultado el 17 de diciembre de 2017.

¹⁵⁴ Diccionario de la Lengua Española, en <http://dle.rae.es/?id=UQxO9nC>, 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.¹⁵⁵

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 inciso “d” citado en líneas anteriores 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.

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

¹⁵⁵ 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 consultado el 29 de diciembre de 2017.

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 ¹⁵⁶ 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.”¹⁵⁷

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 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.¹⁵⁸

Constituye otro instrumento internacional 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 de 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...”¹⁵⁹ subrayamos todas las personas, porque no se hacen diferencias de edad, tampoco de mejores o más importantes personas; al contrario, establecer la

¹⁵⁶ 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 consultado el 14 de noviembre de 2017.

¹⁵⁷ 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, véase en researchgate.net/publication/31559 consultado el 2 de noviembre de 2018.

¹⁵⁸ Véase Informe sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños A/64/290, del 12 de agosto de 2009.

¹⁵⁹ 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.

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:

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 víctima 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.¹⁶⁰

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

¹⁶⁰ Gómez Tagle López, Erick, *op. cit.* p. 194.

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.

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 dismantelen 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.”¹⁶¹ Asentando el derecho a vivir libres de violencia; el texto de la ley citado 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.¹⁶²

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.¹⁶³

Tales enunciados han sido necesarios, pero no suficientes, la atención a las niñas y niños víctimas de trata de personas, debe

¹⁶¹ Véase Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGDNNA_230617.pdf consultada el 12 de enero de 2018.

¹⁶² Tesis I. 1°74P 10 303/2016 a. Semanario Judicial de la Federación, Décima época, marzo de 2017, p. 10.

¹⁶³ 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/LGPSDEMTP.pdf> consultada el 12 de enero de 2018.

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 involucren 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.

Señala Gómez Tagle que:

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

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

encima de cualquier interés económico o político. Postura en la cual convegen la criminología crítica, el garantismo y la sociología de la niñez.¹⁶⁴

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"¹⁶⁵ por eso es necesario adoptar nuevas estrategias para erradicar el problema de raíz, una de ellas de gran importancia es la 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 comisión de más de mil homicidios anuales en agravio a niños; faltan estrategias sobre la instrumentación legal, incluso "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."¹⁶⁶

Por todo esto necesitamos un proceso educativo que desde los primeros años de vida del ser humano, lo haga consciente del respeto que le debe a los demás, a la sexualidad de cada persona y la observancia de la dignidad del ser humano y de sus derechos humanos.

Es necesario 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, niños y adolescentes que cuenten con información que les permita defenderse ante la presentación del riesgo; generaciones de jóvenes mayores de 25 años que recuerden

¹⁶⁴ Gómez Tagle López, Erick. *op. cit.* p. 38.

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

¹⁶⁶ *Idem.* p. 151.

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 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 atención y seguimiento hasta su recuperación física y psicológica que le permitan un sano desarrollo.

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.¹⁶⁷

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.

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”.

¹⁶⁷ *Idem.* p. 169.

Referencias de investigación

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*, Editorial 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, Editorial 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*, Editorial 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*, Editorial 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*, Editorial Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 2009.

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

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

Normativas

Código Civil Federal, disponible en 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

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/LGPSEDMT.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

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

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 forzoso 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

La trata en cifras, disponible en 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/

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

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 periódicas, disponible en 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.

CAPÍTULO 4

“La insuficiencia legislativa en la reparación a las violaciones a derechos humanos en el derecho mexicano”

Angélica Anaeer Salazar Rodríguez¹⁶⁸

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”, y 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 humanos (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, 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.

¹⁶⁸ Maestra en Derecho. 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: aanaeer@hotmail.com

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 genéricas¹⁶⁹ 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”.

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

¹⁶⁹ Desde luego, amén de otras garantías que puedan preverse en las normas secundarias o incluso en las políticas públicas.

En el primer caso, ante la omisión de instrumentar legalmente esas garantías, podría pensarse, en una visión paleopositivista¹⁷⁰ 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)¹⁷¹

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 demostrar que los actos reclamados violaban alguno o varios de tales derechos.¹⁷²

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

¹⁷⁰ 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:-PU2vdmqSclJ: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*, Trotta, edición 7ª, España, 2010, p. 65; y *Razones jurídicas del pacifismo*, Trotta, España, 2004, p. 99.

¹⁷¹ 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).

¹⁷² Ver Soto Lara, Elías, *Pedro Sámano. La vida, la ciencia y el tiempo del Juez que emitió la primera sentencia de Amparo*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2012.

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...".¹⁷³

Desde luego, en la reforma constitucional 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 protección¹⁷⁴. Destacándose al respecto que:¹⁷⁵

...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 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,

¹⁷³ 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 justicia de los derechos sociales y la no discriminación en México*, en el sitio de internet: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdemx/cont/251/pr/pr5.pdf> (consultado el 23 de diciembre de 2017).

¹⁷⁴ Ver tesis: 1.4o.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".

¹⁷⁵ Ídem.

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

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 Dworkin¹⁷⁶ “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.

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

CÓDIGO PENAL FEDERAL¹⁷⁷

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;

¹⁷⁷ Código Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 1931. Última reforma publicada DOF 09-03-2018.

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

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;

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

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

de oficio por el Ministerio Público. El ofendido o sus derechohabientes podrán aportar al Ministerio Público o al Órgano jurisdiccional en su caso...”

CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES ¹⁷⁸

...

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.

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, 20 y 73, fracción

¹⁷⁸ Código publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de marzo de 2014. Última reforma publicada DOF 17-06-2016.

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

XXIX-X, 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 autoridades y de todo aquel que intervenga en los procedimientos relacionados con las víctimas;

...

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

...

XIX. 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;

XX. 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;

XXI. 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,

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

o cuando actúe con aquiescencia o colaboración de un servidor público.

...

DE LOS DERECHOS EN LO GENERAL DE LAS VÍCTIMAS.

Artículo 7. Los derechos de las víctimas que prevé la presente Ley son de carácter enunciativo y deberán ser interpretadas 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;

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;

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

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

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

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;

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA 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;

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

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, entendiendo 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;

...

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

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.

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

...

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.

...

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE 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

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

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 Víctimas¹⁷⁹ 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 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

¹⁷⁹ 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=lev+general+de+victimas&btnG=buscar&entgr=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).

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”¹⁸⁰

...

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.

...

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;

¹⁸⁰ 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).

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

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 geodelictiva, 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.

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

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 DELITOS¹⁸¹

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;

...

¹⁸¹ 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).

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

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.

...

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;

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

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;

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

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.¹⁸²

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.

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.

...

¹⁸² 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).

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

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

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

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.

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

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 \$1,767,200.00, 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

La reparación del daño idealmente consistiría en volver las cosas al estado que tenían antes de cometerse el delito, o antes de la violación a derechos humanos. Sin embargo, en muchos casos la misma naturaleza del delito o la violación a derechos humanos de que se trate, los efectos que produce en la vida, en la salud o integridad física o psíquica de las personas y otros factores más, imposibilitan que las cosas regresen a su estado original, anterior al hecho delictuoso o a la violación de derechos humanos.

La ley en esos casos, reconoce que la reparación del daño debe darse en forma expedita, proporcional y justa y comprender la afectación sufrida por la víctima en su integridad física, así como el daño moral. El resarcimiento de los daños comprende igualmente, el de los perjuicios o ganancias lícitas que no se percibieron por efecto del delito o de la violación a derechos humanos.

Dicho afán reivindicatorio de los derechos de las víctimas y ofendidos se ha multiplicado en las diversas reformas a los artículos 20 y 109 de nuestra Constitución, pues como nuestra ley fundamental de ella se han desprendido diversos ordenamientos legales que contemplan procedimientos poco ortodoxos, innecesarios e insuficientes en tratándose de la reparación del daño, por citar los más importantes el Código Penal Federal, Código Nacional de Procedimientos Penales, Ley General de Víctimas, la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, 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, y por último la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado.

Sin embargo y a pesar del copioso tratamiento jurídico, teórico y jurisprudencial, lamentablemente ese interés reivindicatorio de los derechos de las víctimas y ofendidos no ha sido atendido cabalmente, pues en la práctica diaria las víctimas de delitos y ofendidos no son tratadas por la autoridad con respeto a su dignidad, pues no tienen un verdadero acceso a la justicia, ni logran la reparación del daño a que tienen derecho conforme a las legislaciones antes referidas, sin dejar de considerar el agravio que se causa a la sociedad tomando

en cuenta que del 100% de los delitos que se comenten, sólo el 23% se denuncia, es decir el 77% constituye la cifra negra de los que no denuncian, del 23% que denuncia solamente se consigna un 13%, del cual sólo el 4% obtiene sentencia condenatoria y únicamente el 2% son condenados a reparar el daño; sin olvidar que en nuestro país opera como regla general la insolvencia del inculpado, si se piensa que el 80% de la población carcelaria tiene nombrado al defensor público, por no tener las posibilidades económicas de contratar un abogado particular.¹⁶

Un dato aparte es el fenómeno de la corrupción que no hemos podido proscribir de las autoridades encargadas de procurar y administrar justicia, aunado a la tardanza en la resolución de los procesos penales para llegar a la cosa juzgada, que es el momento en que se actualiza la condena al pago de los daños; así como la forma en que se reglamenta el procedimiento para cubrir los daños, lo cual facilita las maniobras procesales para demorar el pago o eludirlo, como ocurre generalmente, lo que en la realidad ocasiona el desamparo de la víctima y ofendido, pues en la mayoría de los casos no les es reparado el daño ocasionado por el delito o por la violación de sus derechos humanos, ello a pesar de que en nuestro sistema jurídico mexicano la reparación tiene el carácter de pena pública.

A pesar de lo previamente analizado podemos establecer que aún ante la ausencia de disposición legal (es decir ante la omisión legislativa) que instaure la instrumentación efectiva 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, o dicho de otra manera cumplir los derechos humanos y sus garantías en serio. 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.

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE 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.

Referencias de investigación

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%3Foption%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).

Hernández Pliego, Julio Antonio, *La reparación del daño en el CNPP*, en el sitio de internet <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4032/29.pdf> (consultado el 13 de mayo de 2018).

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\(5dNDcC0oMytMU-sSj29gyrcjWbWMcqC1Z_gSWfoYqUWrTHZoaSYLI8_tC5MvotqOSc9ziDI6ur5ia3UFsMdli3h8dq9j221F4_TC-cDnwLdYgJGcU6suX8IweL7BTFci6rg89tZmXfh_jUNA9haiOuo5ms98-ASi-RAU2E3TA81\)\)/Paginas/tesis.aspx](http://200.38.163.178/sjfsist/(F(5dNDcC0oMytMU-sSj29gyrcjWbWMcqC1Z_gSWfoYqUWrTHZoaSYLI8_tC5MvotqOSc9ziDI6ur5ia3UFsMdli3h8dq9j221F4_TC-cDnwLdYgJGcU6suX8IweL7BTFci6rg89tZmXfh_jUNA9haiOuo5ms98-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.

CAPÍTULO 5

“Armonización de normas en las instituciones de la declaración de ausencia y presunción de muerte, para evitar la revictimización de los familiares de desaparecidos”

Lic. Ana Erika Santana González¹

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, por lo retardado que actualmente es el procedimiento de declaración de ausencia y presunción de muerte.

Palabras Clave: Armonización, revictimización, familiares, retardo, declaración de ausencia, presunción de muerte.

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 these relatives, because of the delay currently it is the procedure of declaration of absence and presumption of death.

Key words: Harmonization, revictimization, family, delay, declaration of absence, presumption of death.

I. Una aproximación al problema. A manera de introducción.

Cuando el ser humano es vejado en sus derechos fundamentales y sujeto de violaciones atroces, las palabras adquieren otro significado, uno más profundo, uno que sólo quien ha sido víctima de delitos tales como, el secuestro, la desaparición forzada u otros similares, pueden comprender en su dimensión total, ya que ningún cuerpo legal realmente puede realizar la reparación del daño, y retornar las cosas a su estado anterior cuando la dignidad humana

¹⁸⁴ Luchadora social. Abogada litigante. Doctorante en Derecho por el Centro Universitario de Tijuana. Correo electrónico: erikasantanaabogada@gmail.com

ha sido vejada o la vida ha sido perdida o ambas, a lo más que se llega en esos casos es a una reparación sustituto indemnizatoria.

Las palabras terror, inseguridad, indolencia, violencia, corrupción, tortura, cohecho, incertidumbre, impotencia, injusticia, adquieren otra dimensión, cimbran los mismos huesos, y adquieren un significado mas intimo, profundo e indescriptible.

En nuestra actual sociedad, en total descomposición, la violencia se ha incrementado a cada día, y ello nos ha obligado a elaborar mas leyes para regular conductas antes casi inexistentes, y ahora comunes. Estas conductas atroces afectan a toda la sociedad pero directamente al entorno de las víctimas del delito y de sus familiares.

¿Y quien es la víctima del delito?, la *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*¹⁸⁵, adoptada por la Asamblea General de la Organización de la Naciones Unidas, en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985 la define así:

A.-Las víctimas de delitos

1. Se entenderá por “víctimas” las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.

2. Podrá considerarse “víctima” a una persona, con arreglo a la presente Declaración, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. En la expresión “víctima” se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.

¹⁸⁵Véase el siguiente sitio de internet: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/VictimsOfCrimeAndAbuseOfPower.aspx> (consultado el 19 de marzo de 2018).

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

3. Las disposiciones de la presente Declaración serán aplicables a todas las personas sin distinción alguna, ya sea de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, nacionalidad, opinión política o de otra índole, creencias o prácticas culturales, situación económica, nacimiento o situación familiar, origen étnico o social, o impedimento físico.

Cuando se habla de los casos de secuestro y desaparición forzada, la comisión del delito no solamente afecta a la persona desaparecida, a quien se niega toda posibilidad de ejercer cualquier derecho, sino que también sus familiares o personas cercanas, quienes a la par de la víctima sufren, no sólo los efectos del menoscabo económico del pago del secuestro, y el daño psicológico por la desaparición y las condiciones del delito sino que dadas las condiciones de nuestras leyes se fomenta, una continua violación de los derechos de los deudos de quien fue desaparecido, provocándose múltiples re victimizaciones hacia la familia generalmente mujeres y niños .

Ahora, un estado omiso en la tutela de los bienes y los derechos de las víctimas se convierte en cómplice de los victimarios, por lo que el propio estado tiene la elevada responsabilidad de crear un sistema que permita a las víctimas o a sus familiares encontrar un acceso oportuno y suficiente a los sistemas de justicia que ponderen antes que la revictimización a la población o la perpetuación de la indiferencia hacia la víctima, la creación de mecanismos que contribuyan a eliminar la injusticia y la inequidad y busquen reparación integral de sus daños.¹⁸⁶

Así las cosas, aun cuando reconozcamos algunos avances legislativos y administrativos en materia de protección a víctimas, en nuestro país, como afirman Gutiérrez y Cantú¹⁸⁷, éstos resultan insuficientes, pues no existe un instrumento que coercitivamente obligue a las autoridades en sus distintos órdenes de gobierno a cumplir y respetar sus derechos, entre los que se destaca la reparación integral, y lo mas importante, no se ha logrado la tan necesaria armonización legislativa.

¹⁸⁶ Gutiérrez, Juan Carlos y Cantú, Silvano, *Los derechos de las víctimas. Una interpretación del artículo 20 C desde la perspectiva del bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos*, pp. 2027-2028. Visible en el siguiente sitio de internet: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3568/30.pdf> (consultado el 19 de marzo de 2018).

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 2028.

El grave impacto social de la desaparición tiene otros efectos que producen en muchos casos la revictimización de la familia, que tiene el derecho a reincorporarse a la sociedad y rehacer con facilidad su vida a pesar de las vejaciones sufridas, pero para hacerlo encuentran muchos obstáculos ya que nuestras leyes y reglamentos aún no se han armonizado en su totalidad para evitarlo.

Es imperativo, para todos nosotros como sociedad organizada detenernos y considerar el tremendo efecto de la proliferación de la delincuencia organizada, como un factor que influye actualmente de forma negativa en todos los sectores de la vida en nuestra sociedad.

Debemos analizar propuestas innovadoras de combate a la delincuencia y de prevención del delito, que realmente impacten y aminoren la proliferación de la incidencia delictiva, debemos buscar que nuestro sistema educativo sea integral e incluya como parte de la formación académica temas torales de respeto a derechos humanos y que desde los niños se refuerce la ética y valores, y así los educandos entiendan qué significado tiene la dignidad del ser humano, para reforzar su autoestima y auto respeto, y de esta manera evitar la proliferación de la narco cultura y prevenir el que cada vez un mayor numero de jóvenes coparticipen con la delincuencia.

Pues los grupos criminales ven desde hace más de una década como una muy lucrativa fuente de ingresos al secuestro; representando un impacto intensificado el secuestro con el fin de privar de la vida y desaparecer los restos humanos del pasivo del delito para no dejar huella, llamado también desaparición forzada de persona por particular. La definición de este y otros delitos que lesionan no sólo al pasivo directo sino a la sociedad (incluso a la humanidad), encuentran su tipificación en México en el reciente cuerpo de ley denominado "Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición Cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas".

En el secuestro y la desaparición forzada, la familia de la víctima, posterior a la asimilación del hecho (ya de la privación de la libertad de su familiar o incluso de la privación de su vida), y al tener necesidad de regularizar su vida, economía etc., sufre el frustrante intento de

intentar reintegrarse a una vida normal después de la desaparición de un ser querido, ya que la legislación actual contemplada a nivel federal no se ha diseñado con la sensibilidad de considerar que las víctimas colaterales necesitan reanudar su vida después de un periodo traumático y la primer traba o problema con el que se encuentra la familia, es la legal declaración de la ausencia y la posterior presunción de muerte.

Según el Diccionario Jurídico OMEBA:¹⁸⁸

En términos jurídicos ausencia tiene el mismo significado que el que se le da en la vida cotidiana, y es aquella persona que no se halla presente en el lugar en que debe estarlo y esto tiene consecuencias y efectos de derecho según el ámbito y el tiempo de la ausencia.

Pueden existir diversas medidas provisionales que tienen la finalidad de tutelar los derechos de los ausentes, cuando una persona haya desaparecido, ignorándose el lugar donde se halle y o tenga representante, el juez, a petición de parte o de oficio nombrará un depositario de los bienes del ausente después se citará por medio de edictos que se publican en los principales periódicos de su ultimo domicilio, señalándose para que se presente en un término fijado por la ley y si cumplido el término del llamamiento, el citado no comparece, se procede a nombrar un representante.

Pasado un tiempo que es fijado por la ley desde que ha sido nombrado el representante, se hace la declaración de ausencia. Esta puede pedirse por los presuntos herederos instituidos por testamento, por los que tengan algún derecho que dependa de la vida, muerte o presencia del ausente, y por el Ministerio Público.

Declarada la ausencia y si hubiere testamento, el juez ordenará que éste se abra, y los herederos entran en posesión provisional de los bienes, dando fianza que asegure los resultados de su administración. Cuando ha transcurrido los años establecidos por la ley desde la declaración de ausencia el juez a petición de las partes interesadas podrá declarar la presunción de muerte. Declarada la presunción de muerte, se abre el testamento del ausente, si no se hubiere hecho, y los herederos y demás interesados entran en posesión definitiva de los bienes, En caso de que el ausente se presentare o se probare su existencia después de otorgada la posesión definitiva, recobrara sus bienes en el estado en que se hallen; pero no puede reclamar frutos.

¹⁸⁸ Visible en el siguiente sitio de internet: <http://mexico.leyderecho.org/declaracion-de-ausencia/> (consultado el 19 de marzo de 2018).

En este caso, ante la imposibilidad de administrar el patrimonio del secuestrado o desaparecido para hacer frente a sus obligaciones y cuidar sus bienes y derechos, como se haría en el caso análogo de una declaratoria de estado de interdicción¹⁸⁹ si el titular del patrimonio no pudiera ejercer por sí sus derechos; y ante la imposibilidad de disponer de ese patrimonio, que en caso de un fallecimiento natural se tendría acceso, la ley vigente remite a los familiares de las víctimas de secuestro o desaparición forzada de un familiar del que dependen económicamente a la regla general para la declaración de ausencia y posterior presunción de muerte¹⁹⁰, que es lenta y engorrosa.

Y es que las condiciones sociopolíticas de nuestra sociedad nos son las mismas que tenía en mente el legislador que originalmente previó las citadas instituciones de declaración de ausencia y presunción de muerte, pues en éstas se pensaba más bien en los desastres naturales, en eventos extraordinarios de fuerza mayor como la guerra, pero no en un escenario de constante desarrollo de la vida en un contexto de inseguridad imbricado de desapariciones y homicidios en escalada, como el que hoy nos aqueja.¹⁹¹

En este sentido, se advierte la necesidad de proteger a los deudos y familiares, estableciendo una justicia verdaderamente pronta y expedita, proveída de mayor certeza y seguridad jurídica respecto de los bienes, derechos y obligaciones del desaparecido.

La familia de las personas desaparecidas, sufre una continua angustia mental, desde el momento que sucede el secuestro, y hasta que no se encuentra a la persona o su cuerpo y este lapso pueden ser años.

La incertidumbre que causa el hecho mismo de la desaparición, el estrés de desconocer el paradero de la víctima, o la angustia de

¹⁸⁹ "Restricción de la capacidad impuesto judicialmente por causas de enfermedad mental, prodigalidad, estado de quiebra, etc., que priva a quien queja sujeto a ella del ejercicio, por su propio, de los actos jurídicos relativos a la vida civil". Visible en el siguiente sitio de internet: <http://mexico.leyderecho.org/estado-de-interdicion/> (consultado el 19 de marzo de 2018).

¹⁹⁰ Véanse, por ejemplo, los artículos 661 al 714 del Código Civil para el Estado de Baja California; así como 761 del Código de Procedimientos Civiles para dicha entidad.

¹⁹¹ Según el "Informe Anual 2016. Registro Nacional de Datos de Personas Extraviadas o Desaparecidas (RNPD). Presentado al Consejo Nacional de Seguridad Pública en la Sesión Ordinaria XLII. Agosto de 2017", al 31 de diciembre de 2016 se reportó un total de 29, 485 de personas desaparecidas y no localizadas (véase el siguiente sitio de internet: http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/63/3/2017-09-12-1/assets/documentos/Informe_Anual_RNPD_2016_FINAL.pdf consultado el 22 de marzo de 2018). Aunque en algunos sectores de la sociedad civil el número se ha llegado a manejar, en el mismo periodo, en 300, 000 desaparecidos (véase el siguiente sitio de internet: <https://www.informador.mx/Mexico/Hay-300-mil-desaparecidos-en-Mexico-aseguran-organizaciones-20160913-0091.html> consultado el 22 de marzo de 2018).

no saber si la víctima sigue con vida, si es víctima de torturas o malos tratos y cuál es su estado de salud, causan una victimización a la familia del pasivo directo del delito. Por si fuera poco, generalmente la familia está en estado de pánico, por el temor o amenazas de correr la misma suerte de su familiar víctima y que el mero hecho de indagar la verdad se les expone a un peligro aún mayor. Por este motivo un alto porcentaje de familias en nuestro país se ven obligadas a huir, convirtiéndose así en familias desplazadas, siendo de esa manera revictimizadas.

Ahora, dentro de la atención y acompañamiento psicosocial de las personas que han sido víctimas de violencia o violaciones graves de derechos humanos, un factor fundamental a prevenir, es la revictimización, que surge a partir de que la persona que ha vivido una experiencia traumática, entra en contacto con las autoridades o instituciones del estado, y es receptora de tratos indolentes e injustos, e incluso puede ser criminalizada por el mismo acto del que fue receptora. Uno de los factores principales de revictimización, lo constituye la violencia institucional¹⁹², que a su vez es una manifestación de la violencia estructural.

Para prevenir la revictimización, se requiere un trabajo de acompañamiento e intervención que provea las herramientas suficientes para que la persona pueda articular la situación traumática, recupere la capacidad para ejercer sus derechos, se vea reconocida y reivindicada, así como con la posibilidad de darle un sentido dentro de su proyecto de vida mediante el conocimiento de la verdad de los hechos y acceso efectivo a la justicia.¹⁹³

Ahora, pesar de los tratados internacionales en materia de derechos humanos sobre desaparición forzada, de la Ley General de Víctimas, y de la nueva ley general en materia de desaparición forzada (citada supralíneas), en México aún quedan muchos pendientes jurídicos por resolver, y varias leyes y reglamentos que armonizar para que haya certeza jurídica en la reparación del daño a familiares de las víctimas del secuestro y desaparición, a efecto

¹⁹² Entendida como los actos u omisiones de las y los servidores públicos de cualquier orden de gobierno que discriminen o tengan como fin dilatar, obstaculizar o impedir el goce y ejercicio de los derechos humanos o sus garantías.

¹⁹³ Bezanilla, José Manuel, *et al*, *Violaciones graves a Derechos Humanos: violencia institucional y revictimización*, visible en el siguiente sitio de internet: <https://www.uv.mx/rmipe/files/2016/08/Violaciones-graves-a-derechos-humanos-violencia-institucional-y-revictimizacion.pdf> (consultado el 22 de marzo de 2018).

de que puedan, a pesar de el dolor, y el trauma sufrido lograr reintegrarse a su vida con dignidad.

Debemos hacer una pausa y analizar detenidamente cada una de las normas aplicables al contexto del quehacer diario de la vida de una persona, y desde la perspectiva de la víctima analizar qué es lo que debemos cambiar, para evitar caer en la violencia institucional, y sus problemáticas periféricas: falta de armonización en las legislaciones, prácticas individuales de funcionarios que aun no están sensibilizados en rutinas, normas, lagunas legislativas, problemas de diseño institucional y otras que generan diferentes tipos de violaciones de los derechos humanos.

No se puede hablar de una reparación del daño plena o parcial cuando la familia del desaparecido sufre múltiples revictimizaciones por la falta de armonización de los cuerpos jurídicos, no podemos con justicia pedirle a la familia que deje de acceder a sus necesidades básicas (como los alimentos), cuando su familiar desaparecido, del cual dependen económicamente, tiene bienes pero no puede accederse a ellos por protocolos retardados de ley.

II. Breve visión del contexto jurídico internacional de *hard law* y *soft law*¹⁹⁴ relacionado con el problema.

En cuanto a la normativa internacional relativa al problema, destaca en el *hard law*, la *Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, y, la *Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas*.

El artículo 24 de la Convención internacional referida, dice:

¹⁹⁴ Ver la tesis aislada XXVII.3o.6 CS (10a.), registro 2008663, pronunciada en la décima época por el Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Séptimo Circuito, bajo la ponencia de la magistrada Livia Lizbeth Larumbe Radilla, de rubro "«SOFT LAW». LOS CRITERIOS Y DIRECTRICES DESARROLLADOS POR ÓRGANOS INTERNACIONALES ENCARGADOS DE LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SON ÚTILES PARA QUE LOS ESTADOS, EN LO INDIVIDUAL, GUÍEN LA PRÁCTICA Y MEJORAMIENTO DE SUS INSTITUCIONES ENCARGADAS DE VIGILAR, PROMOVER Y GARANTIZAR EL APEGO IRRESTRITO A LOS DERECHOS HUMANOS", cuyo texto dice: "De conformidad con el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y su alcance protector en materia de derechos humanos, los agentes del Estado Mexicano no sólo deben observar la normativa internacional de carácter obligatorio y la jurisprudencia interamericana, sino que en virtud de las máximas de universalidad y progresividad que también contempla, debe admitirse el desarrollo de principios y prácticas del derecho internacional de carácter no vinculante previstos en instrumentos, declaraciones, proclamas, normas uniformes, directrices y recomendaciones aceptados por la mayoría de los Estados. Dichos principios son identificados por la doctrina como "soft law" -en inglés-, cuya traducción corresponde a ley suave, normas ligeras, dúctiles o blandas y es empleado dado (i) el sentido de falta de eficacia obligatoria y (ii) en oposición al "hard law" o derecho duro o positivo...según definió el Máximo Tribunal del País en la jurisprudencia P/J. 20/2014 (10a.)(*), la consulta de directrices no vinculantes sólo reporta efectos prácticos derivados de la experiencia acogida por órganos internacionales encargados de la promoción y protección de los derechos fundamentales".

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

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.
2. Cada víctima tiene el derecho de conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada, la evolución y resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida. Cada Estado Parte tomará las medidas adecuadas a este respecto.
3. Cada Estado Parte adoptará todas las medidas apropiadas para la búsqueda, localización y liberación de las personas desaparecidas y, en caso de fallecimiento, para la búsqueda, el respeto y la restitución de sus restos.
4. Los Estados Partes velarán por que su sistema legal garantice a la víctima de una desaparición forzada el derecho a la reparación y a una indemnización rápida, justa y adecuada.
5. El derecho a la reparación al que se hace referencia en el párrafo 4 del presente artículo comprende todos los daños materiales y morales y, en su caso, otras modalidades de reparación tales como:
 - a) La restitución;
 - b) La readaptación;
 - c) La satisfacción; incluido el restablecimiento de la dignidad y la reputación;
 - d) Las garantías de no repetición.
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.
7. Cada Estado Parte garantizará el derecho a formar y participar libremente en organizaciones y asociaciones que tengan por objeto contribuir a establecer las circunstancias de desapariciones forzadas y la suerte corrida por las personas desaparecidas, así como la asistencia a las víctimas de desapariciones forzadas.

Por su parte, el primer párrafo del artículo III de la Convención interamericana en comento, dice:

Los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad. Dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima.

Así, tomando como directivas las normas internacionales antes referidas, en el plano interno 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:

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.

Esta obligación, incluye la realización de las exhumaciones de cementerios, fosas clandestinas o de otros sitios en los que se encuentren o se tengan razones fundadas para creer que se encuentran cuerpos u osamentas de las víctimas. Las exhumaciones deberán realizarse con la debida diligencia y competencia y conforme a las normas y protocolos internacionales sobre la materia, buscando garantizar siempre la correcta ubicación, recuperación y posterior identificación de los cuerpos u osamentas bajo estándares científicos reconocidos internacionalmente.

Los familiares de las víctimas tienen el derecho a estar presentes en las exhumaciones, por sí y/o a través de sus asesores jurídicos; a ser informadas sobre los protocolos y procedimientos que serán aplicados; y a designar peritos independientes, acreditados ante organismo nacional o internacional de protección a los derechos humanos, que contribuyan al mejor desarrollo de las mismas.

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

La Comisión Ejecutiva, así como las Comisiones de víctimas de las entidades federativas, podrán cubrir los costos de los exámenes a que se refiere el párrafo anterior, con cargo al Fondo o al Fondo Estatal, según corresponda. Solo se podrán contratar servicios de expertos independientes o peritos internacionales, cuando no se cuente con personal nacional capacitado en la materia.

Una vez plenamente identificados y realizadas las pruebas técnicas y científicas a las que está obligado el Estado y que han sido referidas en esta Ley, en el Código Nacional de Procedimientos Penales y la legislación aplicable, la entrega de los cuerpos u osamentas de las víctimas a sus familiares, deberá hacerse respetando plenamente su dignidad y sus tradiciones religiosas y culturales. Las autoridades competentes, a solicitud de los familiares, generaran los mecanismos necesarios para repatriar los restos de las víctimas ya identificados, de conformidad con lo que establezca el Reglamento de esta Ley.

En caso necesario, a efecto de garantizar las investigaciones, la autoridad deberá notificar a los familiares la obligación de no cremar los restos, hasta en tanto haya una sentencia ejecutoriada. Las autoridades ministeriales tampoco podrán autorizar ni procesar ninguna solicitud de gobierno extranjero para la cremación de cadáveres, identificados o sin identificar, hasta en tanto no haya sentencia ejecutoriada.

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 en la materia, 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.

Resultando de especial relevancia la parte *in fine* del último párrafo del dispositivo transcrito, adicionada mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 3 de mayo de 2013, cuyo espíritu va encaminado precisamente a que las víctimas ejerzan de manera expedita “los derechos patrimoniales y familiares del ausente para salvaguardar los intereses esenciales del núcleo familiar”, pero

esta especial expedite no ha sido recogida o armonizada en las codificaciones procesales civiles (o familiares) del país, a pesar de que expresamente el artículo Segundo Transitorio del decreto que, como se ha dicho, adicionó esta porción normativa al artículo en comento dispuso: “para efectos de lo dispuesto en el ultimo párrafo del artículo 21 de la Ley General de Víctimas, el Congreso de la Unión, las legislaturas locales y la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, contarán con un plazo de un año contado a partir de la entrada en vigor del presente Decreto¹⁹⁵ para realizar las adecuaciones a la legislación que corresponda”.

Por otra parte, en el *soft law*, se pone de relieve que, 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, lo que derivó en el informe de fecha 20 de diciembre de 2011, mediante el cual se reconoció el esfuerzo que México ha realizado en la materia, así como las dificultades que plantean la compleja situación en materia de seguridad pública prevaleciente en el país.¹⁹⁶

El informe 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:

Entre estas recomendaciones se destacan: garantizar que el delito de desaparición forzada sea incluido en los códigos penales de todas las entidades federativas y la armonización de la definición de la desaparición forzada de la legislación penal con lo establecido en los instrumentos internacionales de derechos humanos relevantes; garantizar la coordinación entre las autoridades responsables de la seguridad pública con el objetivo de prevenir e investigar adecuadamente la desaparición forzada de personas; garantizar la jurisdicción de los tribunales civiles en todos los asuntos relacionados con las desapariciones

¹⁹⁵ Que por cierto se venció el 3 de mayo de 2014.

¹⁹⁶ Véase en el siguiente sitio de internet: http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session19/A-HRC-19-58-Add2_sp.pdf (consultado el 22 de marzo de 2018).

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

forzadas; establecer un programa nacional de búsqueda de personas que cuente con un protocolo de acción inmediata; y garantizar el derecho a la reparación integral a las víctimas de desaparición forzada.

Por otra parte, se destaca que, 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:¹⁹⁷

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;

...

Ahora, en sede nacional se intentó dar efecto útil¹⁹⁸ a las directivas contenidas en la normativa internacional referida en líneas antecedentes. Así, la exposición de motivos de la iniciativa con proyecto de decreto para reformar el Código Civil Federal, presentada el 27 de noviembre de 2014 en la cámara alta por el senador Arturo Zamora Jiménez, en materia de declaración de ausencia por desaparición (que no se materializó en texto vigente de ley), establecía:¹⁹⁹

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.

¹⁹⁷ Véase en el siguiente sitio de internet: <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=2&sm=2&id=51613> (consultado el 22 de marzo de 2018).

¹⁹⁸ El efecto útil implica el deber de los Estados de dar efectividad en sus ordenamientos y estructuras internas, a sus compromisos internacionales. En ese orden de ideas, el Considerando 16 del asunto de las Penitenciarías de Mendoza, solicitud de medidas provisionales respecto de la República de Argentina, resuelta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 22 de noviembre de 2004, dice: "el fin último de la Convención Americana es la protección eficaz de los derechos humanos y, en cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de la misma, los Estados deben dotar a sus disposiciones de un efecto útil (*effet utile*), lo cual implica la implementación y cumplimiento de las resoluciones emitidas por sus órganos de supervisión, sea la Comisión y la Corte...". Es también ilustrativo al respecto, el caso Trabajadores Cesados del Congreso. Aguado Alfaro y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas sentencia de 24 de Noviembre de 2006, serie C No. 158, párrafo 128, en la parte que dice: "Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin...".

¹⁹⁹ Véase en el siguiente sitio de internet: <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=2&sm=2&id=51613> (consultado el 22 de marzo de 2018).

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

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 y de seguridad social.

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.

Y proponía adicionar la codificación civil federal con los siguientes artículos:²⁰⁰

Capítulo IV Bis De la Declaración de Ausencia por Desaparición

704 Bis.- La Declaración de Ausencia por Desaparición tiene por objeto reconocer y garantizar los derechos a la identidad y personalidad jurídica de las personas sustraídas con motivo de la comisión de delitos en materia de secuestro o de desaparición de personas, y otorgar las medidas apropiadas para asegurar la protección más amplia a sus familiares.

Están facultados para solicitar la Declaración de Ausencia por Desaparición:

- I. El cónyuge, el concubino o concubina de la persona desaparecida;
- II. Los parientes consanguíneos hasta el tercer grado de la persona desaparecida;
- III. Los representantes legales de las familias de personas desaparecidas; y
- IV. El Ministerio Público.

²⁰⁰ Idem.

704 Bis 1.- Transcurrido el término de 30 días de la recepción de la denuncia respectiva, sin que se tenga noticia del paradero de la víctima, el Ministerio Público Federal evaluará si los hechos denunciados constituyen un acto de desaparición.

De ser así, el Ministerio Público Federal presentará la solicitud de Declaración de Ausencia por Desaparición ante el Juez de Distrito en materia civil que corresponda en un plazo no mayor de diez días, solicitando en su caso las medidas urgentes, provisionales o de protección que resulten necesarias para proteger los derechos de las víctimas.

Una vez concluido el plazo señalado en el párrafo anterior, si el Ministerio Público Federal no hubiere presentado dicha solicitud, cualquiera de las personas señaladas en las fracciones I a III del artículo anterior podrán hacerlo.

704 Bis 2.- Recibida la solicitud, el Juez competente requerirá inmediatamente a las autoridades copias certificadas de las denuncias para que obren en el expediente para su análisis y resolución.

El Juez publicará el extracto de la resolución sobre Declaración de Ausencia por Desaparición en el Diario Oficial de la Federación y en el diario de mayor circulación en el lugar de residencia de la persona desaparecida en tres ocasiones, con un intervalo de cinco días naturales.

Los costos durante todo el trámite, incluso los que se generen después de emitida la resolución, correrán a cargo del fondo de atención a víctimas que corresponda.

704 Bis 3.- El Juez competente fijará como fecha de la Ausencia por Desaparición, aquel en el que se le haya visto por última vez, salvo prueba fehaciente en contrario. La resolución del Juez Competente sobre Declaración de Ausencia por Desaparición, incluirá las medidas necesarias para:

- I. Garantizar y asegurar la continuidad de la personalidad jurídica de la persona desaparecida;
- II. Garantizar la protección del patrimonio de la persona desaparecida, incluyendo los bienes adquiridos a crédito y cuyos plazos de amortización se encuentren vigentes;
- III. Garantizar la protección de los derechos de la familia;
- IV. Declarar la inexigibilidad temporal de deberes o responsabilidades que la persona desaparecida tenía a su cargo, cuando se ejerciten acciones jurídicas que afecten los intereses o derechos de la persona desaparecida; y
- V. Toda medida apropiada que resulte necesaria y útil para salvaguardar los derechos de la persona desaparecida y su círculo familiar o personal afectivo.

704 Bis 4.- El Juez competente determinará a una persona que administrará los bienes de la persona desaparecida, quien actuará conforme a las reglas del albaceazgo.

Las obligaciones de carácter mercantil y fiscal a las que se encuentra sujeta la persona declarada como ausente por desaparición, surtirán efectos suspensivos hasta en tanto no sea localizada.

704 Bis 5. En caso de aparecer con vida la persona declarada como ausente por desaparición, quedará sin efecto la declaración de ausencia por desaparición, sin perjuicio de las acciones legales conducentes si existen indicios de una acción deliberada de evasión de responsabilidades.

Asimismo, cesarán los efectos de la declaración de ausencia por desaparición cuando sean localizados los restos mortales de la persona sustraída o se tengan pruebas fehacientes de su defunción.

III. Reflexiones, a manera de conclusión, sobre las instituciones de declaración de ausencia y presunción de muerte

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.

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

En la actualidad nos encontramos inmersos en una conectividad electrónica sin precedentes, que genera información de manera instantánea por lo que podemos saber con exactitud lo qué sucede y en qué lugar del mundo se encuentra alguien. Por lo que resulta increíble e inimaginable que alguien se pueda ausentar o desaparecer de forma tal que resultare ilocalizable.

La figura jurídica de declaración de ausencia es una institución de origen romano-germánico 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.

Cuando la legislación hablaba de la declaración de ausencia de una persona, se referían a la repentina desaparición de algún individuo de su hogar habitual, o bien al no retorno de un viaje en tiempo razonable.

La existencia de esta previsión se remonta a la antigüedad cuando la gente salía de viaje y existía la probabilidad de que fuese atacada en el trayecto, o naufragara en un barco sin que nadie supiera lo sucedido; cualquier viaje era una aventura impredecible. Estas situaciones motivaron que los códigos reglamentará el actuar de los familiares cuando enfrentaban la desaparición, y posteriormente la presunción de muerte.

Podemos ver que el origen de la declaratoria ha cambiado, cuando se trata de la desaparición forzada por particular, ya que cuando una persona esta siendo secuestrado su familia lo sabe de inmediato, generalmente este hecho va acompañado de amenazas o declaratorias que generan la certeza de lo que inexorablemente sucede que es la desaparición y certeza de la muerte. Esto desencadena una serie de pasos jurídicos a realizar para reintegrarse a la sociedad después del traumático evento.

En esa línea, se pone de relieve, por ejemplo, que, el Código Civil de Baja California dice:

Artículo 641.- Cuando una persona haya desaparecido y se ignore el lugar donde se halle y quien la represente, el Juez, a petición de parte o de oficio, nombrará un depositario de sus bienes, la citará por edictos publicados en los principales periódicos de su último domicilio, señalándole para que se presente un término que no bajará de tres meses, ni pasará de seis, y dictará las providencias necesarias para asegurar los bienes.

ARTICULO 697.- Cuando hayan transcurrido dos años desde la declaración de ausencia, el Juez a instancia de parte interesada, declarará la presunción de muerte.

Respecto de los individuos que hayan desaparecido al tomar parte en una guerra, o por encontrarse a bordo de un buque que naufrague, o al verificarse una inundación u otro siniestro semejante o su desaparición sea consecuencia de una acción delictiva de las contempladas como delitos contra la libertad y seguridad de las personas, bastará que haya transcurrido un año, contado desde su desaparición, para que pueda hacerse la declaración de presunción de muerte, sin que en esos casos sea necesario que previamente se declare su ausencia; pero si se tomarán las medidas provisionales autorizadas por el Capítulo I de este Título.

Cuando la desaparición sea consecuencia de catástrofe natural, incendio, explosión, terremoto o catástrofe aérea u otra semejante y exista fundada presunción de que el desaparecido falleció en el lugar del siniestro o catástrofe o durante el cautiverio, bastará el transcurso de seis meses, contados a partir del trágico acontecimiento, para que el juez competente declare la presunción de muerte. En estos casos, el juez ordenará la publicación en el Periódico Oficial del Estado y Boletín Judicial respectivamente, de la solicitud de declaración de muerte sin costo alguno y hasta por tres veces durante el procedimiento, que en ningún caso excederá de treinta días.

Y el Código Familiar de Morelos establece:

Artículo 387.- PLAZO PARA PEDIR LA DECLARACIÓN DE AUSENCIA. En caso de que el desaparecido haya dejado o nombrado apoderado general para la administración de sus bienes, no podrá pedirse la declaración de ausencia regulada por el artículo 543 del Código Procesal Familiar sino pasados tres años, que se contarán desde la desaparición del ignorado, si en este periodo no se tuvieron ningunas noticias suyas, o desde la fecha en que se hayan tenido las últimas. Lo dispuesto en el párrafo anterior se observará aun cuando el poder se haya conferido por más de tres años.

Artículo 410.- DECLARACIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE MUERTE. Cuando hayan transcurrido tres años desde la declaración de ausencia, el Juez, a instancia de parte interesada, declarará la presunción de muerte.

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

Respecto de las víctimas de desaparición forzada de personas, desaparecidos por secuestro, o por tomar parte en una guerra, o movimiento armado, o al verificarse una explosión, incendio, terremoto, inundación u otro siniestro semejante; o por un accidente encontrándose a bordo de un vehículo terrestre, aéreo o acuático bastara que haya transcurrido un año contado desde su desaparición, para que pueda hacerse la declaración de presunción de muerte, sin que en esos casos sea necesario que previamente se declare su ausencia, pero si se tomarán las medidas provisionales autorizadas por el Capítulo I de este Título, la sentencia que declare la presunción de muerte disuelve el vínculo matrimonial.

Y el Código Civil Federal dispone:

Artículo 670.- En caso de que el ausente haya dejado o nombrado apoderado general para la administración de sus bienes, no podrá pedirse la declaración de ausencia sino pasados tres años, que se contarán desde la desaparición del ausente, si en este periodo no se tuvieron ningunas noticias suyas, o desde la fecha en que se hayan tenido las últimas.

Artículo 705.- Cuando hayan transcurrido 6 años desde la declaración de ausencia, el juez, a instancia de parte interesada, declarará la presunción de muerte.

Respecto de los individuos que hayan desaparecido al tomar parte en una guerra, o por encontrarse a bordo de un buque que naufrague, o al verificarse una inundación u otro siniestro semejante, bastará que hayan transcurrido dos años, contados desde su desaparición, para que pueda hacerse la declaración de presunción de muerte, sin que en estos casos sea necesario que previamente se declare su ausencia; pero si se tomarán medidas provisionales autorizadas por el capítulo I de este Título. Cuando la desaparición sea consecuencia de incendio, explosión, terremoto o catástrofe aérea o ferroviaria, y exista fundada presunción de que el desaparecido se encontraba en el lugar del siniestro o catástrofe, bastará el transcurso de seis meses, contados a partir del trágico acontecimiento, para que el juez de lo familiar declare la presunción de muerte. En estos casos, el juez acordará la publicación de la solicitud de declaración de presunción de muerte, sin costo alguno y hasta por tres veces durante el procedimiento, que en ningún caso excederá de treinta días.

De lo anterior se aprecia que no existe una armonización entre las legislaciones estatales, el Código Civil Federal y la *Ley general en materia de desaparición forzada de personas, desaparición cometida por particulares y del sistema nacional de búsqueda de personas*, y el tiempo aún sigue siendo demasiado largo para solicitar la declaratoria de ausencia y la posterior declaración de muerte.

Y en esa tesitura, las directivas contenidas en el artículo 24.6 de la *Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* (insertado supralíneas), referentes al deber del Estado respecto a adoptar “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”, no encuentran efecto útil²⁰¹ en el sistema mexicano. Lo anterior, a pesar de que, como se ha visto, el artículo 21 de la Ley General de Víctimas, en la parte *in fine* de su último párrafo establece que las leyes dispondrán que “las víctimas indirectas ejerzan de manera expedita los derechos patrimoniales y familiares del ausente para salvaguardar los intereses esenciales del núcleo familiar”, pues, como se ha visto, los procedimientos de declaración de ausencia y presunción de muerte, con sus instituciones cautelares de administración provisional de bienes, no resultan ser expeditos, y por ello no salvaguardan a cabalidad los intereses esenciales del núcleo familiar de la víctima directa del secuestro o desaparición forzada.

Incluso encontramos un precedente judicial (el único, por cierto) que se refiere expresamente a la presunción de muerte derivada de un secuestro, en un asunto del Distrito Federal (hoy ciudad de México), cuya legislación es similar a la federal, y en donde se aprecia la necesidad del transcurso del plazo de seis años para declarar la presunción de muerte.

Décima Época, registro: 2012430, tesis aislada I.8o.C.35 C (10a.), emitida por el Octavo Tribunal Colegiado en materia Civil

²⁰¹ Mucho menos son observadas las normas de *soft law*, transcritas supralíneas, y contenidas en el informe de fecha 20 de diciembre de 2011 del Grupo de Trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias, dependiente del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, y en la resolución en materia de desapariciones forzadas o involuntarias (inciso K) emitida en el 21º período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos de fecha 9 de octubre de 2012.

del Primer Circuito, y visible en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 33, Agosto de 2016, tomo IV, página: 2671, de rubro “PRESUNCIÓN DE MUERTE. EFECTOS DE LA SENTENCIA QUE LA DECRETA EN CASO DE SECUESTRO PARA COBRO DE RIESGO ASEGURADO, cuyo texto dice:

La presunción de muerte es legal, cuando a todos los hechos constitutivos de los supuestos de derecho, fundamento de la declaración de ausencia del individuo, se suma el transcurso de seis años sin la presencia o noticias de éste, la ley presume su muerte. Los efectos jurídicos de la presunción de muerte se encuentran regulados en los artículos del 705 al 714 del Código Civil para el Distrito Federal. Ahora bien, el secuestro de personas consiste en la privación ilegítima de la libertad que sufre una persona. Quien comete el secuestro (llamado secuestrador) exige dinero o algún beneficio para liberar a la víctima (el secuestrado), ilícito que en nuestro país, ha mostrado un incremento notable, y en ocasiones no se vuelve a tener noticia de la víctima. En este contexto, ante la imposibilidad de establecer una fecha cierta de la muerte de una persona secuestrada, que nunca apareció, deberá tenerse como tal, para efectos del contrato de seguro, en particular, aquella en que ocurrió el secuestro, por lo que ante la ausencia de datos específicos sobre la fecha de defunción de una persona secuestrada, debe tenerse como su fecha de deceso, tratándose del contrato de seguro, aquella en que fue privada de su libertad, siempre y cuando, desde luego, haya sido declarada judicialmente la presunción de muerte. Esto es así, porque resultaría absurdo sostener que el fallecimiento del secuestrado se dio al emitirse la sentencia que presuntamente así lo declare, dado el tiempo que se requiere para esa declaración, razón suficiente para que los efectos de ese fallo deban retrotraerse a la fecha en que se tiene certeza de que la persona se ausentó por haber sido ilegalmente privada de su libertad, sin que haya regresado, lo que permite inferir que si en el término previsto no apareció, es porque fue privada de la vida. En efecto, a manera de ejemplo, se hace notar que en caso de que la desaparición de una persona sea consecuencia de un incendio, explosión, terremoto o catástrofe aérea o ferroviaria, si bien no se sabe o se tiene conocimiento del momento exacto de la muerte, se infiere que la persona falleció en el momento del hecho; por tanto, debe tenerse como fecha del presunto fallecimiento para efectos del contrato de seguro de vida, aquella en que la persona fue secuestrada y, en consecuencia, los efectos de la

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

sentencia que declare la presunción de muerte deben retrotraerse al día en que ese hecho ocurrió, para el pago de la indemnización correspondiente a los beneficiarios de un seguro de vida contratado por el plagiado.

Así las cosas, 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 y/o dependientes económicos por un periodo de tiempo prolongado.

Ahora, por los motivos anteriormente expuestos, se propone crear un procedimiento expedito de declaración de ausencia por desaparición forzada o secuestro, para proteger de manera inmediata y eficiente los derechos de las víctimas directas e indirectas de los supuestos anteriormente mencionados, especialmente cuando subsisten dependientes y estos requieran de los bienes o ingresos del desaparecido para subsistir.

La declaración de ausencia por desaparición forzada o secuestro debe tener por objeto reconocer y garantizar los derechos a la identidad y personalidad jurídica de las personas sustraídas con motivo de la comisión de delitos en materia de secuestro o de desaparición de personas, y otorgar las medidas apropiadas para asegurar la protección más amplia a sus familiares.

Así, considero que para declarar la ausencia tratándose de desaparición forzada o secuestro, debe transcurrir un plazo breve a partir de la recepción de la denuncia respectiva ante el ministerio público, donde se deberá evaluar si los hechos denunciados efectivamente se tratan de esos delitos por los indicios y la pruebas que se presenten, y porque no se tenga noticia del paradero de la víctima.

De ser así, se propone que el ministerio público presente la solicitud de declaración de ausencia por desaparición ante el juez competente, solicitando en su caso las medidas urgentes, provisionales o de protección que resulten necesarias para proteger los derechos de las víctimas, a efecto de que dicho juez, oyendo a los familiares y/o dependientes económicos de la víctima resuelva

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

de inmediato lo conducente, siendo orientativo para estructurar esta propuesta la iniciativa referida en la parte final del ítem II de éste trabajo, que se aprecia en líneas antecedes.

Quedan aún muchos temas pendientes, para hacer frente al compromiso con la sociedad para evitar la revictimización de los familiares de desaparecidos en diversas áreas jurídicas, pero el primer paso es la sensibilidad para entender que la familia no puede estar en suspenso por la traba jurídica que implica el largo tiempo y engorroso trámite de declaración de ausente y la presunción de muerte.

Referencias de investigación

Electrónicas

Bezanilla, José Manuel, *et al*, *Violaciones graves a Derechos Humanos: violencia institucional y revictimación*, visible en el siguiente sitio de internet: <https://www.uv.mx/rmipe/files/2016/08/Violaciones-graves-a-derechos-humanos-violencia-institucional-y-revictimizacion.pdf> (consultado el 22 de marzo de 2018).

Gutiérrez, Juan Carlos y Cantú, Silvano, *Los derechos de las víctimas. Una interpretación del artículo 20 C desde la perspectiva del bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos*, pp. 2027-2028. Visible en el siguiente sitio de internet: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3568/30.pdf> (consultado el 19 de marzo de 2018).

Informe Anual 2016. Registro Nacional de Datos de Personas Extraviadas o Desaparecidas (RNPED). Presentado al Consejo Nacional de Seguridad Pública en la Sesión Ordinaria XLII. Agosto de 2017", al 31 de diciembre de 2016. Visible en el siguiente sitio de internet: http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/63/3/2017-09-12-1/assets/documentos/Informe_Anual_RNPED_2016_FINAL.pdf (consultado el 22 de marzo de 2018).

Sitio de internet:

<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/VictimsOfCrimeAndAbuseOfPower.aspx> (consultado el 19 de marzo de 2018).

Sitio de internet: <http://mexico.leyderecho.org/declaracion-de-ausencia/> (consultado el 19 de marzo de 2018).

Sitio de internet: <http://mexico.leyderecho.org/estado-de-interdccion/> (consultado el 19 de marzo de 2018).

Sitio de internet: <https://www.informador.mx/Mexico/Hay-300-mil-desaparecidos-en-Mexico-aseguran-organizaciones-20160913-0091.html> consultado el 22 de marzo de 2018).

Sitio de internet:

http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session19/A-HRC-19-58-Add2_sp.pdf (consultado el 22 de marzo de 2018).

Sitio de internet: <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=2&sm=2&id=51613> (consultado el 22 de marzo de 2018).

Sitio de internet: <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=2&sm=2&id=51613> (consultado el 22 de marzo de 2018).

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

Normativas

Nacionales

Código Civil para el Estado de Baja California.

Código de Procedimientos Civiles de Baja California.

Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos.

Código Civil Federal.

Ley General de Víctimas.

Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición Cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas

Diario Oficial de la Federación de fecha 3 de mayo de 2013.

Proyecto de decreto para reformar el Código Civil Federal, presentada el 27 de noviembre de 2014 en la cámara alta por el senador Arturo Zamora Jiménez.

Tesis aislada XXVII.3o.6 CS (10a.), registro 2008663, pronunciada en la décima época por el Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Séptimo Circuito.

Externas

Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas.

Informe de fecha 20 de diciembre de 2011 del Grupo de Trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias, dependiente del Consejo de Derechos Humanos de la ONU.

Resolución en materia de desapariciones forzadas o involuntarias, emitida en el 21º periodo de sesiones del Consejo de Derechos Humanos de fecha 9 de octubre de 2012.

Asunto de las Penitenciarías de Mendoza, solicitud de medidas provisionales respecto de la República de Argentina, resuelta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 22 de noviembre de 2004.

Caso Trabajadores Cesados del Congreso. Aguado Alfaro y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas sentencia de 24 de Noviembre de 2006, serie C No. 158, párrafo 128.

Capítulo 6

“Derechos de la Víctima frente a los del imputado en el Sistema Procesal Penal Mexicano”

Antonio Sorela Castillo^{*202}

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 de 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.

Abstract: The present investigation briefly analyzes the rights that have been recognized in favor of the victim or offended until nowadays, basic concepts are analyzed to avoid false technisismos of the legal orders in which the prerogatives in favor of the victims are protected, by last, an analysis of the rights of the victim or offended in weighting with those of the accused is made.

Key words: victim, offended, imputed, CPEUM, CNPP, rights.

Introducción

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 pareciere 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,

²⁰² Maestro en Derecho. Candidato a Doctor en Derecho por el Colegio de Morelos. Profesor en maestría en la Escuela de Derecho Posgrados y Práctica Jurídica, Vicepresidente de la Organización Mundial de Abogados. e-mail: aleros_kas11@hotmail.com

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 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.”²⁰³

1.1 Marco Teórico

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

²⁰³ 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.

Procedimientos Penales hacen referencia a estas designaciones: víctima u ofendido, tales denominaciones pudieran 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 presencio 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 (…)”²⁰⁴

También el Código Nacional de Procedimientos Penales (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”.²⁰⁵

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”.²⁰⁶

²⁰⁴ 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.

²⁰⁵ Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), art. 108, párrafo primero.

²⁰⁶ Pratt Faechild, Henry, *Diccionario de Sociología*, Fondo de Cultura Económica, 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”.²⁰⁷

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 refieren 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 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.

²⁰⁷ Art. 108 del CNPP.

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 qué 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 antecedente²⁰⁸ 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”²⁰⁹. 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.
- * 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.

²⁰⁸ Islas de González Mariscal, Olga, Op. Cit., p 7.

²⁰⁹ 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.

2.1.2 Reforma Constitucional al artículo 20 del año 2000.

En la búsqueda 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”²¹⁰ 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;

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.”²¹¹

2.1.3 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

²¹⁰ Islas de González Mariscal, Olga. Op. Cit., p 9.

²¹¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, adición del apartado “B” al artículo 20, reforma que entro en vigor el 21 de marzo 2001.

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;

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.”²¹²

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 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.”

Dicha jurisprudencia sienta las bases para poder suplir la queja deficiente en 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

²¹² 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.

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.”

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 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 se 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.”

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.

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 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 de los arts. 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, amplia 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 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 consagrados en el Art. 113 del CNPP:

- 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 podría 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.”

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 ley en comento:

“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

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

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;
- 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 del 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;
- 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 haya 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

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

- 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 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 lo 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 no siempre hay precisamente igualdad plena entre las partes, 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

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 probatorio²¹³

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

²¹³ Ver art. 337 del CNPP.

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 valla 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 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 último párrafo 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 queja²¹⁴

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 inculcado 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 víctima u ofendido.

²¹⁴ Ley de Amparo, reglamentaria del artículo 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Art. 79.

5.4 Asesoría jurídica publica

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 mucho habrá que avanzar en la calidad y cantidad de defensores públicos federales y de las entidades federativas.

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 derechos positivizados en leyes o reglamentos, 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 ultimo 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.

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

Referencias de investigación

Bibliográficas

Pratt Faechild, Henry, Diccionario de Sociología, Fondo de Cultura Económica, México, 1980.(

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 Victimas.

Ley de Amparo reglamentaria del articulo 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Electrónicas

Semanario Judicial de la Federación, portal de consulta de tesis y jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación, visible en: [http://200.38.163.178/sjfsist/\(F\(5dNDcC0oMytMU-sSj29gyrcjWbWMcqc1Z_gSWfoYqUW_rTHZoaSYLI8_tC5MvotqOSc9ziDI6ur5ia3UFsMdIi3h8dq9j221F4_TC-cDnwLdYgJGcU6suX8lweL7BTFci6rg89tZmXfh_jUNa9haiOuio5ms98-ASi-RAU2E3TA81\)\)/Paginas/tesis.aspx](http://200.38.163.178/sjfsist/(F(5dNDcC0oMytMU-sSj29gyrcjWbWMcqc1Z_gSWfoYqUW_rTHZoaSYLI8_tC5MvotqOSc9ziDI6ur5ia3UFsMdIi3h8dq9j221F4_TC-cDnwLdYgJGcU6suX8lweL7BTFci6rg89tZmXfh_jUNa9haiOuio5ms98-ASi-RAU2E3TA81))/Paginas/tesis.aspx)

CAPÍTULO 7

“Primera Infancia, Derechos Humanos y Régimen Penitenciario: Los niños y niñas como víctimas”²¹⁵

Alex David Marroquín Martínez²¹⁶

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 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.

²¹⁵ 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”.

²¹⁶ 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.

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”*²¹⁷. 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.

²¹⁷ 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

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”*²¹⁸

En la misma línea de análisis se sostiene, *“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 desarrollo psicosocial consiste en el desarrollo cognoscitivo, social y emocional del niño 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;”*²¹⁹.

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.”*²²⁰

²¹⁸ 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

²¹⁹ 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>

²²⁰ 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)

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. 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 la Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1995, 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 de 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 refuerza 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”*²²¹. 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.

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

²²¹ Comité de los Derechos del Niño. 40° periodo de sesiones, Ginebra, 12 a 30 de septiembre de 2005; publicada el 14 de noviembre de ese mismo año

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 siguientes²²²:

- 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

²²² Observación General Número 7 del Comité de los derechos del Niño, páginas 3 y 4

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 dispone 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”*²²³.

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*

²²³ 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

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.”²²⁴

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 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.”²²⁵

²²⁴ 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.

²²⁵ 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.

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”²²⁶.

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 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.

²²⁶ Idem.

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.

6.2. 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.

6.2.1. 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.

6.2.2. 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.

6.2.3. 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.

6.2.4. 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 hay 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 voluntad 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 domiciliaria 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 domiciliaria: 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”*²²⁷

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”²²⁸

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

²²⁷ (TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE COMODORO RIVADAVIA. Incidente de Prisión Domiciliaria N° FCR 91001074/2010/TO1/2/1)

²²⁸ (TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE COMODORO RIVADAVIA FCR 91001173/2011/TO1/3)

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.

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 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. Como se explica en el texto, Argentina, al nivel legal y jurisprudencial, ha comenzado a visibilizar una alternativa a esa realidad penitenciaria de las mujeres con hijos e hijas menores de cinco años. El caso de la ley 26472, y las sentencias emitidas por el Tribunal Oral Federal de Comodoro Rivadavia en 2010, así como la sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa 17156 de junio de 2013 han concretado la posibilidad del arresto domiciliario en esos casos. De igual manera, el Supremo Tribunal Federal de Brasil se ha decantado por esta posibilidad en un fallo reciente de febrero del corriente año.²²⁹

Esta apertura significa una esperanza para esos niños y niñas que viven en prisión junto a sus madres, sin haber cometido delito, sin haberseles seguido proceso, sin haberseles preguntado, en total afectación de sus derechos a desarrollarse en un ambiente adecuado en sintonía con su interés superior.

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.

²²⁹ Noticia tomada en la siguiente dirección: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/02/stf-concede-habeas-corpus-coletivo-a-gestantes-e-maes-de-criancas-ate-12-anos.shtml>

Referencias de investigación

- 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
- 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
- 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 COMODORO RIVADAVIA (Argentina): Incidente 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.
- 11Ley 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.

CAPÍTULO 8

“Víctimas más vulnerables frente a los derechos humanos y la internacionalización del derecho de las familias”.

Guillermo Rodríguez Gutiérrez²³⁰

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 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.

²³⁰ 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

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.²³¹

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 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.

²³¹ 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.

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.²³²

“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,²³³ y que tienen en común los conocidos principios devenidos en universales, irrenunciables, integrales, interdependientes e indivisibles así como jurídicamente exigibles.

²³²Véase 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”

²³³Mesa Castillo, Olga, “Derecho de Familia”, Editorial Félix Varela, La Habana, 2010, p. 25.

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 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: ²³⁴

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.

²³⁴Datos 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.

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

- 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 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.²³⁵

II. Antecedentes históricos del derecho de las familias en cuba: 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 coloniaje 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.

²³⁵A 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.

En el caso cubano, las instituciones de forma muy incipiente comienzan a manifestarse a partir de 1512 cuando se implantaron los organismos coloniales de 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 tuvieran 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 Familia²³⁶ 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.²³⁷

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,

²³⁶cfr. 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.

²³⁷Rivero 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.

de nuestras niñas y niños, de los adolescentes, de la protección de la ancianidad, la discapacidad, y en general de todas las personas que conforman el entorno familiar y la sociedad en su conjunto.²³⁸

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,²³⁹ 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.

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

²³⁸ 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"

²³⁹ 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.

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.²⁴⁰

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. 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

²⁴⁰ Mesa Castillo, Olga, *Conferencia dictada en Homenaje a los doctores Ivette Coll Pestaña y Luis Díez Picazo y Ponce de León*, La Habana, 2016.

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, permitió 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.²⁴¹

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 caracteriza²⁴².

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.²⁴³

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 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.

²⁴¹ 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."

²⁴² 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.

²⁴³ Álvarez 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"

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.²⁴⁴

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 1989.²⁴⁵

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.²⁴⁶

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.²⁴⁷

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 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 que establece la Convención destinada a atender determinadas situaciones de vulnerabilidad que

²⁴⁴Díaz 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”

²⁴⁵Véase: 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

²⁴⁶Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989.

²⁴⁷Acosta 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.

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.

En el 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 vigente²⁴⁸ 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

²⁴⁸Cfr. *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.

en cada caso concreto sometido al contradictorio oído siempre la posición del Fiscal que es parte en este asunto y de los equipos multidisciplinarios.

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,²⁴⁹ que sin invadir la actividad legislativa, abrió el cauce para introducir reformas en el proceso en beneficio de la familia.²⁵⁰

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 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.

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

²⁴⁹ 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.

²⁵⁰ 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".

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 estatus, 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.²⁵¹

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.

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.

²⁵¹ 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”.

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 Facultativo²⁵², así como el Sistema Interamericano adopta en 1994 la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (también conocida como Convención de Belem do Pará)²⁵³ 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 proscribe 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 mujer²⁵⁴, 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 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.²⁵⁵

²⁵² 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.

²⁵³ 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.

²⁵⁴ *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.

²⁵⁵ 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.

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.²⁵⁶

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.

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

²⁵⁶ 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

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 le 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 inmediata²⁵⁷.

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.

²⁵⁷ 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.²⁵⁸

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.²⁵⁹ 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.²⁶⁰

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 Mayores²⁶¹, 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 consiste en la superación cultural y la actualización científico técnica de las adultos mayores. Paralelamente se creó el Programa

²⁵⁸ Peláez, Orfilio, "Proyecciones vaticinan continuidad de envejecimiento poblacional"; artículo contenido en el Periódico Granma, 9 de septiembre del 2011, p. 2.

²⁵⁹ 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/>

²⁶⁰ 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>.

²⁶¹ Programa Nacional del Ministerio de Educación Superior; <http://www.mes.gob.cu/es/programas-nacionales>.

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.²⁶²

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, imbeciles, 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.

Y a 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 protección²⁶³.

²⁶² Véase, Clemente Díaz, Tirso, *Derecho Civil, Parte General* tomo I, Primera Parte, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 1983, pp. 331, 446.

²⁶³ Cfr. Ley No. 105/08 de Seguridad Social, ob. cit., p.15.

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 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.²⁶⁴

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 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.

²⁶⁴ Héroe Nacional de Cuba.

Referencias de investigaciónn

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 Diaz, 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

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

(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. pdf.

CAPÍTULO 9

“Tutela penológica y procesal penal para la familia: un reto del derecho en la actualidad”.

Osvaldo Manuel Álvarez Torres*

«...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.

Dedicatoria:

A la Dra. C. Olga Mesa Castillo,
Precursora de los debates de
Derecho Penal de Familia en Cuba.

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.²⁶⁵

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

²⁶⁵ Güitrón Fuentesvilla, 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.

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.

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 inter- generacional.

Por ello es de justicia citar aquella frase, más que frase, sentencia²⁶⁶, 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".

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 CÍCU, 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"²⁶⁷ 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 Estado²⁶⁸; 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.

²⁶⁶ 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.

²⁶⁷ Fue Cícu 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. Cícu, Antonio; *Derecho de Familia* –Traducción de Santiago Sentís Melendo y Víctor Neppi", Editorial Ediar, Buenos Aires, 1947, pp. 40-41.

²⁶⁸ Cfr. Mesa Castillo, Olga, *Derecho de Familia*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2012, p. 22; Güitrón Fuentevilla, 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.

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”.²⁶⁹

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 Fuentevilla 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.²⁷⁰

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.

²⁶⁹ 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.

²⁷⁰ Güitrón Fuentevilla, 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/facdemx/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.].

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.

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 sociales²⁷¹ 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 antiguamente²⁷² 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

²⁷¹ 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/Fila1/8_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.

²⁷² 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.

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.

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,

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

- 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 de armas y de los horarios de expendio de alcohol.

Las medidas represivas pueden lograrse eficazmente mediante normas 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 problema²⁷³ y evitan el llamado “fenómeno resorte”²⁷⁴ 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 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.

²⁷³ Estudios en los países industrializados señalan que por cada dólar invertido en prevención, se ahorran entre 6 y 7 dólares en control.

²⁷⁴ 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.

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 doméstica: 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 solucionarlos²⁷⁵.

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 sociedad²⁷⁶.

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 muerte²⁷⁷. Esta violencia contra la mujer, también llamada violencia de género,

²⁷⁵ Revista Cubana de Medicina General Integral No-. 4/2002.

²⁷⁶ Fresno Chávez, C., *La mujer y la violencia*, La Habana. Centro Nacional de Información de Ciencias Médicas, 1996.

²⁷⁷ Fresno Chávez. Op. Cit.

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 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 de-mostrarlo, 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 Gorgeín²⁷⁸, 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

²⁷⁸ Gorgeín, 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.

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 actuación²⁷⁹.

II. Justicia Penal al servicio de la tutela familiar.

2.1 Una mirada desde Cuba.

Para la abogada litigante cubana González Hidalgo Gato²⁸⁰, 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 sufriendamente 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

²⁷⁹ Gorveín, Nilda Susana, Ponencia Cit.

²⁸⁰ 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.

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).

Aunque se aprecia una larga la 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 defensa²⁸¹.

²⁸¹ 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.

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.

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.²⁸²

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

²⁸² Cfr. Artículo 309.1 del CP.

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.²⁸³

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 vulnerados²⁸⁴. 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.

²⁸³ Vid. López Rojas, Dayán Gabriel. *Ibidem. Apud. Muñoz Conde, Francisco; Derecho Penal. Parte Especial*, 16ª ed., Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 298.

²⁸⁴ Cfr. Luis Carlos Pérez, *Derecho Penal*, Tomo IV, ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1985, pp. 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.

De esta manera comienza una interrelación entre estas dos materias, por la conexión que se establece al tutelar en el Derecho Penal²⁸⁵ 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.

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 Paz²⁸⁶, 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”.²⁸⁷

²⁸⁵ 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.

²⁸⁶ Vid.; Artículo: *La educación, el arma más eficaz contra la violencia machista*, Tomado de internet. 10/3/2016.

²⁸⁷ Op. Cit.

Consideraciones *ad finen*.

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.

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 de investigación

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.

VÍCTIMAS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

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

Güitrón Fuentesvilla, 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

“Víctimas en Perspectiva de Derechos Humanos”

Se termino de imprimir en Julio de 2018 en
Talleres Gráficos de H. Cámara de Diputados,
con un tiraje de 1000 ejemplares.



**Escuela de Derecho,
Posgrados
y Práctica Jurídica**



**CÁMARA DE DIPUTADOS
LXIII LEGISLATURA**



**CONSEJO EDITORIAL
H. CÁMARA DE DIPUTADOS**