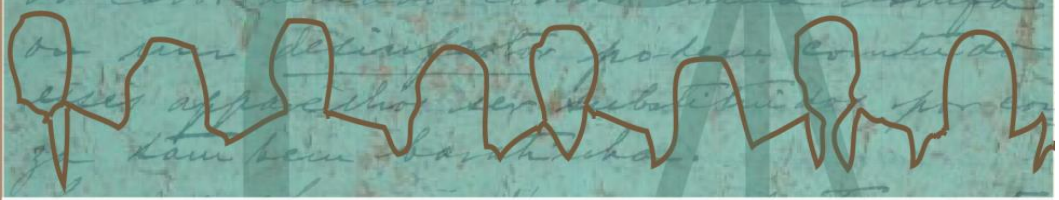
AÑO I ● VOL. 3



Ubi Societas Ibi Ius

CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
DE LA FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE CHIHUAHUA

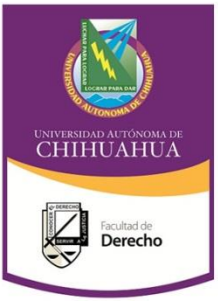
Ubi Societas Ibi Ius

Año I Volumen 3 Septiembre de 2015



Centro de Investigaciones Jurídicas

2015



UNIVERSIDAD AUTONOMA DE CHIHUAHUA

M.C. Enrique Seáñez Sáenz
Rector

Dr. Jesús Villalobos Jión
Secretario General

Ph.D. Alma Delia Alarcón Rojo
Directora de Investigación y Posgrado

FACULTAD DE DERECHO

M.D.H. Enrique Antonio Carrete Solís
Director

Dr. José Luis Chacón Rodriguez
Secretario de Investigación y Posgrado

M.A.R.H. Braulio L. Gutiérrez Almuina
Secretario Administrativo

M.D. Júpiter Quiñones Domínguez
Secretario Académico

M.D. Jaime Ernesto García Villegas
Secretario de Extensión y Difusión

Lic. Roberto Aude Díaz
Secretario de Planeación

PANEL DE DICTAMINADORES

Dr. Lorenzo Mateo Bujosa Vadell
Universidad de Salamanca (España)

Dra. Sorily Carolina Figuera Vargas
Instituto Jurídico Bartolomé De Las Casas (Venezuela)

Dra. Rosa María Alfonso Galán
Universidad de Salamanca (España)

Dr. Cesar Iván Astudillo Reyes
Universidad Nacional Autónoma de México

Dr. Federico Bueno de Mata
Universidad de Salamanca (España)

Dra. Mónica María Bustamante
Universidad de Medellín (Colombia)

Dra. María de Jesús Camargo Pacheco
Universidad de Sonora, Campus Navojoa

Dra. María Teresa Gaxiola Sánchez
Universidad de Sonora, Campus Navojoa

Dr. Adán Carrizo González-Castell
Universidad de Salamanca (España)

Dra. Maria Del Pilar Hernández
Universidad Nacional Autónoma de México

Dra. Alma Delia Herrera Márquez
Universidad Autónoma de Coahuila

Dra. Isabel Huertas Martín
Universidad de Salamanca (España)

Dra. María del Rosario Molina González
Universidad de Sonora, Campus Navojoa

Dr. Miguel Rodríguez Blanco
Universidad de Alcalá (España)

Dra. María Inmaculada Sanchez Barrios
Universidad de Salamanca (España)

Dra. Marta Del Pozo Pérez
Universidad de Salamanca (España)

Dr. Roberto Wesley Zapata Durán
Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo

Dr. Alessandro Martins Prado
Universidad de Matto Grosso Do Sul (Brasil)

Dra. Roberta Pantoni
Universidad de Matto Grosso Do Sul (Brasil)

Universidad Autónoma de Chihuahua

Dr. Jaime Antonio Acevedo Balcorta

Dr. Oscar Arámbula Hernández

Dr. José Luis Chacón Rodríguez

M.D. Carlos Severiano Díaz Rey

M.D. Maricela Fierro Murga

Dr. Jesús Flores Durán

Dr. Manuel Benjamín González González

M.D. Cenobio Terrazas Estrada

UBI SOCIETAS IBI IUS, año I volumen 3, Marzo- Agosto 2015; es una revista arbitrada; arbitraje realizado en doble ciego por pares. Publicación semestral editada en la Universidad Autónoma de Chihuahua, a través del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho. Ave. Universidad s/n Campus Universitario I, C.P. 31220 Chihuahua Chih., México, Teléfonos: 4-13-44-77 ext. 4324 y 4336.
http://www.fd.uach.mx/maestrias/2011/06/17/centro_invest_juridicas/, dirección electrónica: cij@uach.mx . Editora responsable: Dra. Amalia Patricia Cobos Campos. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo n° 04-2014-010809554700-102, ISSN 2695-910X, otorgado por el Instituto Nacional de Derechos de Autor.
Impresa por Groppe Libros S.A. de C.V., Calle Hospital 2295 A, Ladrón de Guevara, 44650 Guadalajara, JAL. Este número se terminó de imprimir el 15 de marzo del 2014 con un tiraje de 300 ejemplares. Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura del editor de la publicación, por lo que el contenido de cada artículo es responsabilidad de su(s) autor(es). Queda estrictamente prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin previa autorización del Centro de Investigaciones Jurídicas.

CONSEJO EDITORIAL

M.D.H. Enrique Antonio Carrete Solís
Director de la Facultad de Derecho

Dr. José Luis Chacón Rodríguez
Secretario de Investigación y Posgrado
de la Facultad de Derecho

Dra. Amalia Patricia Cobos Campos
Coordinadora del Centro de
Investigaciones Jurídicas

Dr. Lorenzo Mateo Bujosa Vadell
Coordinador del Programa de Doctorado en
Derecho Procesal de la Universidad de
Salamanca (España)

Dr. Jesus Flores Durán
Coordinador del Doctorado de la
Facultad de Derecho

DIRECTORIO DE LA REVISTA

COORDINADORA
Dra. Amalia Patricia Cobos Campos

COORDINACIÓN DE DISEÑO
Brenda Belén Flores Bernés
Luz Elena Núñez Guzmán
Fernando Hinojos Galaz
L.D.G Priscila Licón Flores

MISIÓN

Servir como órgano de publicación de trabajos de calidad en materia de investigación jurídica facilitando la proyección de dichos trabajos hacia la sociedad.

VISIÓN

Forjar la revista como un producto científico de calidad que la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chihuahua dirige a la sociedad en general y a los juristas en particular, en aras del enriquecimiento jurídico y consciente de que *conocer el Derecho es Servir a la Justicia*.

Índice

Pág.

07 **El proceso civil electrónico entre la oralidad y la escritura**
Remo Caponi
Amalia Patricia Cobos Campos (Trad.)

29 **Caso Lubanga. Análisis del procedimiento ante la corte penal internacional**
Oscar Altamirano Piña, Humberto Saldívar de Lara, Elizabeth Bucio Ortíz

69 **Pobreza, violencia, delincuencia e inseguridad en México fenómenos sociales ligados íntimamente.**
Luis Alonso Domínguez Ramos, Héctor Martínez Lara, Edgar Omar Gutiérrez Guerrero.

115 **Los derechos de la población transgénero en el derecho comparado.**
Héctor García Aguirre.

159 **La intimidación punitiva en diversos sistemas jurídicos contemporáneos.**
Jaime Ernesto García Villegas.

201 **Los niños, niñas y adolescentes víctimas del delito en tránsito por México y la procuración de justicia.**
María del Rosario Molina González, María Teresa Gaxiola Sánchez, María de Jesús Camargo Pacheco.

241 **El Estatuto de Roma que crea La Corte Penal Internacional**
Luz Elena Núñez Guzmán

289 **Control de detención en el sistema penal acusatorio y el *habeas corpus.***
Edgar Tomás Quiñón Ríos.

337 **Una visión del derecho comparado en cuanto al problema del estado para la protección de la salud y su adecuada regulación.**
Héctor Sánchez Castruita.

EL PROCESO CIVIL ELECTRÓNICO ENTRE LA ORALIDAD Y LA ESCRITURA[1]

REMO CAPONI[2]
Amalia Patricia Cobos Campos (Trad.)[3]

Nota introductoria de la traductora:

En el esquema actual de la introducción de los procesos orales en el país, estimamos relevante el análisis que el prestigiado profesor Remo Caponi realiza en cuanto al uso de las herramientas electrónicas en el proceso, y las dificultades de su implementación que indudablemente son muy similares a las que padecemos actualmente, así como su compleja consagración legislativa. Igualmente interesante resulta el análisis del uso y evolución del lenguaje en el proceso que

---

[1] Publicado en italiano por la *Revista Trimestral de Derecho y Procedimiento Civil*. Año LXIX, fascículo 1 de 2015, Ed. Milano. Giuffrè, traducción realizada con la autorización del autor.

[2] Profesor de tiempo completo e Investigador de la Facultad de Derecho de Universidad de Florencia, Investigador Asociado para estudios globales en la Facultad de Derecho de la Universidad de New York, miembro del Comité Ejecutivo del Instituto de Derecho Europeo (ELI), y del Consejo de la Asociación Internacional de Derecho Procesal (AIDP), de la Junta de Síndicos de la Academia de Derecho Europeo, y el Consejo de Administración de la Asociación Italiana de Procedimiento Civil; Es miembro de la Fundación Alexander von Humboldt. Ha sido profesor visitante en la Universidad de Heidelberg y becario de investigación del DAAD en la Universidad Humboldt de Berlín. Doctor en Derecho por la Universidad de Florencia y Doctor Derecho en el Procedimiento Civil por la Universidad de Bolonia. Cuenta con múltiples publicaciones en revistas internacionales y libros, con permanente participación en congresos internacionales; entre muchas otras actividades. Correo electrónico: remo.caponi@unifi.it

[3]Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, Doctora en Derecho, Profesora de tiempo completo y Coordinadora del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chihuahua, Premio Nuevo León a la Investigación Jurídica 2015, con múltiples publicaciones en revistas nacionales e internacionales, con permanente participación en congresos internacionales. Correo electrónico: pcobos@uach.mx (La traducción fue revisada y avalada por el Mtro. Octavio Vásquez López, perito traductor 1416912-S-VIII, representante del Instituto Magno de Cultura e Idiomas, sede autorizada como centro certificador del idioma italiano por la Universidad para Extranjero de Siena, Italia. No. de Certificación PLIDA C 2.)

realiza el jurista italiano frente al lenguaje común de las partes y demás sujetos procesales involucrados en la controversia.

SUMARIO: I. Introducción; II. Factores de eficiencia; III. Tecnologías informáticas y electrónicas; IV. Lenguaje y proceso electrónico: primera hipótesis; V. Lenguaje y proceso electrónico: segunda hipótesis; VI. ¿El proceso civil cómo punto de encuentro del lenguaje?

I. Introducción

En el otoño del 2013 la Academia de la Crusca[4], ha impulsado en colaboración con la Escuela Superior de la Magistratura y el Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Florencia un congreso sobre *Lengua y proceso. Las palabras del derecho ante el juez.* El objetivo científico del congreso, como se puede colegir de las palabras de la presentación del mismo es el siguiente: <<ver si el lenguaje jurídico dentro del proceso se transforma y como lo hace […]. ¿Es correcto considerar al proceso como el punto de encuentro entre los diferentes registros del lenguaje del derecho: el lenguaje de la ley, el de los jueces y el de los abogados? Esta relación actualiza de diferentes formas si atendemos a los diversos modelos de proceso que existen en nuestro ordenamiento […]>>[5]

El congreso -celebrado en la primavera del 2014- fue articulado en diversas sesiones temáticas (proceso constitucional, proceso civil, proceso penal, proceso administrativo, proceso ante la corte europea, proceso electrónico).

[4] N. T. La *Accademia della Crusca* es la institución más importante de Italia en filología y lingüística.

[5] En el original

En la presentación del congreso, fueron mencionados todos los tipos de proceso, tomándolos en cuenta en las sesiones temáticas del mismo, excepto el proceso electrónico.

Esta leve discrepancia entre la presentación y el programa del congreso mueve a la reflexión sobre su camino y desarrollo.[6] ¿Está en realidad justificado dedicarle un discurso específico al proceso electrónico? ¿No era mejor solicitarles a otros relatores que consideraran los aspectos lingüísticos de las nuevas tecnologías de escritura y de las telecomunicaciones dentro de las relaciones del sector procesal?

Al respecto, es posible delinear de manera plausible dos respuestas opuestas. El presente escrito se articula en consecuencia de la siguiente forma: después de unas breves observaciones sobre el uso de las nuevas tecnologías en el proceso, se concentra la atención del mismo en la relación entre el lenguaje y el proceso civil electrónico, haciendo preceder los argumentos favorables a desarrollar un discurso específico relativo al proceso civil electrónico a aquellos argumentos que lo consideran superfluo. La conclusión no es todavía agnóstica: se toma partido entre las dos tesis, sobre la base de un criterio de evaluación de orden general que merece ser inmediatamente explicado en el siguiente parágrafo.

[6] Nota del autor.- En la fase de preparación me resultó útil la lectura de Ong, *Le tecnologie della parola*, *Bologna*, 1986, (extractos): Mc Luhan, *Unterstanding Media: the Extensions of Man*, New York, 1964, (extractos).

II. Factores de eficiencia

El factor fundamental para tener un proceso eficiente-lo hemos dicho varias veces-son esencialmente tres y podemos colocarlos en orden de importancia ascendente; el factor legislativo, el factor de los recursos y el factor cultural. El primer factor implica que la disciplina legislativa sea moderna y técnicamente adecuada para responder a la demanda de justicia proveniente de la sociedad civil. El segundo factor está integrado por la disposición de recursos humanos y materiales en medida suficientes para aplicar de la mejor manera la disciplina legislativa.

Aunado al factor legislativo y el de los recursos, un papel decisivo lo constituye el tercer factor que es el cultural: la inteligencia, la voluntad, la pasión y el impulso emotivo de las personas. La adecuación técnica de la disciplina legislativa no sirve de nada si no va acompañada de la capacidad y competencia profesional de los abogados, de los magistrados, del personal auxiliar, a través de su recíproca colaboración para interpretar tal disciplina de la mejor manera, para subsanar y no exasperarse por los eventuales defectos, para evitar transformar una oposición material de roles procesales en un conflicto general entre categorías profesionales.

La disponibilidad de recursos sirve de muy poco, si no va acompañada de la capacidad y competencia profesionales para organizar de manera eficiente su uso. La aptitud de interpretar la norma y organizar los recursos de manera idónea

no son más que problemas culturales, a cuya solución contribuyen esencialmente la formación, la experiencia, la calidad profesional (el conocer, el saber hacer, el saber ser) de las personas que bajo diversos títulos, con su actividad, inciden sobre las gestiones del servicio de justicia.

La ventaja estratégica del tercer factor, respecto a los primeros dos, es el no requerir necesariamente de la intermediación de actos de ejercicio del poder de los órganos políticos para ser eficaz de manera inmediata. Cualesquiera que sean las decisiones del Parlamento o del Gobierno (el lanzamiento de una nueva disciplina legislativa, la previsión de un determinado plan de inversiones en el sector de justicia, etc.) siempre permanece un espacio relativamente independiente a disposición de la actividad cotidiana de los operadores del sector para mejorar tales efectos (o también para empeorarlos).

Lo anterior es aún más cierto si se trata de individualizar los elementos capaces de determinar el éxito (o el fracaso) de los nuevos instrumentos en el sector de la justicia civil. Por lo tanto no es pertinente una actitud derrotista y carente de esperanza frente al proceso civil electrónico y así pronosticarle una vida dura y de lento crecimiento. Lo anterior tendría la consecuencia de privar, ya de entrada, al nuevo instrumento, de uno de los ingredientes más potentes, indispensable para su funcionamiento exitoso.

III. Tecnología informática y electrónica

La informática y la electrónica impregnan hoy muchos aspectos de la vida humana.

El proceso se beneficia de los efectos de las nuevas tecnologías de manera particular a causa de su estructura notablemente formalista y secuencial. La forma y límites temporales en que se desenvuelve la actividad de las partes en el juicio, son tendencialmente preestablecidas en términos generales por la ley (cuando menos en los procesos ordinarios, de conocimiento y ejecutivos).

En particular, la disciplina legislativa impone la realización de la actividad en una determinada secuencia temporal, si bien esta última puede contener al interior una pluralidad de variantes. Por otra parte, la disciplina del aspecto formal de los actos, será a la par la disciplina de su contenido.

Esta estructura facilita el uso de la tecnología informática y electrónica que aumentan la eficiencia del proceso civil, el uso óptimo de recursos para conseguir el objetivo de la justa composición de la controversia dentro de un término razonable, especialmente bajo el esquema de reducción de su duración.

Empero, no se trata solo de eso. Un ejemplo sobresaliente de la potencialidad de las formas de resolución de las controversias enteramente electrónicas (*en línea resolución de conflictos, Odr)* es el proceso dirigido por Icann (ONG para la coordinación de las bases de datos, nombres y números de dominios web) para la resolución de las controversias derivadas

de los llamados *cyber-squatting*[7], que es el registro abusivo de un nombre de dominio idéntico o similar a una marca con el objetivo de lucrar con la reventa del nombre al titular de la marca o a terceros.

Antes de la introducción de este procedimiento a fines de los años 90 del siglo XX, el titular de una marca encontraba múltiples dificultades en tutelar sus derechos en este contexto, ello a causa de la discrepancia entre el fragmentado campo de aplicación de la normatividad relativa a la protección de la propiedad intelectual y la ubicuidad del internet. De forma adjunta a la disciplina sustancial adoptada contextualmente, tal procedimiento crea un régimen transnacional autónomo y auto-referencial capaz de dictar las normas y asegurar la aplicación en caso de inobservancia.[8]

El proceso electrónico abre la perspectiva de los procedimientos de resolución de controversias no regulados por una ley estatal y no vinculados a un determinado territorio y por ello es particularmente idóneo para ofrecer una solución al conflicto en un mundo caracterizado por la internacionalización progresiva y la globalización de las relaciones sociales y económicas.

[7] N. T. palabra inglesa que significa ciber-ocupación.
[8] Cfr. www.icann.org y Zekoll. En: Zekoll-Zumbansen (Editor), *Beyond territoriality. Transnational Legal Authority in an Age of Globalization*, Leiden, 2012, pp. 31-369.

IV. Lenguaje y proceso electrónico: primera hipótesis

Concentrando la atención acerca de la relación entre lenguaje y proceso civil electrónico, una primera respuesta posible a la interrogante de entrada, es que no es necesario dedicar un discurso específico al proceso electrónico.

En apoyo a lo antes afirmado sería factible observar que el nombre <<proceso civil telemático>>[9] excede al fenómeno que pretende señalar. No se trata de un nuevo modo de pensar y de realizar el proceso. El proceso civil electrónico presupone simplemente la sustitución de un soporte en papel por un soporte digital de los documentos que representan actos procesales escritos, soporte que consiste en la trasmisión de los documentos (digitales, precisamente) a través de las redes electrónicas.

Es en la provisión de los escritos de los actos procesales dentro de la secuencia procesal, donde reside toda la fuerza del proceso civil electrónico. Entre más frecuente es la provisión de actos escritos, mayor es el incremento de la eficiencia aportada por el proceso civil electrónico. La máxima efectividad se obtiene con la previsión de una secuencia procedimental íntegramente compuesta de actos escritos, en la cual los abogados y el juez intercambian electrónicamente documentos digitales desde los actos introductorios hasta la decisión final, sin moverse de sus oficinas y sin reunirse.

[9] En el original

El proceso civil electrónico no tiende a exhibir características especiales de la relación entre el uso del lenguaje y la redacción de documentos procesales que merecen un análisis científico a profundidad *ad hoc*, diverso a los perfiles (notables) que se encuentra en la escritura de estos últimos, con el auxilio de un procesador electrónico y de un programa de video escritura.

La necesidad de que el documento digital deba sucesivamente circular a través de las redes electrónicas, no orienta por sí mismo el uso de un lenguaje en la redacción del documento, sino que induce a contener las dimensiones del acto a causa de los límites cuantitativos del tráfico de las redes.

A la par de esta primera (reductiva) respuesta, el depósito electrónico de actos, puede ofrecer una opción funcional del desenvolvimiento del proceso frente a la tramitación escrita del mismo.[10] Se recupera ciertamente eficiencia, pero dentro de los horizontes de un despliegue del proceso profundamente marcado por esta derivación. En efecto, el interés y la pasión por este proceso civil electrónico, no se encuentran en jurisdicciones como la de Alemania en que la audiencia tiene el rol principal para la decisión de la controversia.

[10] Cfr. DELLA VEDOVA, Paolo, "La deriva telemática nel proceso civile", *Judicium*, 2014, disponible en: http://www.judicium.it/admin/saggi/597/P.%20Della%20Vedova.pdf

En su Curso de Lingüística General, Ferdinand de Saussure afirma que la palabra hablada tiene preeminencia sobre la palabra escrita. La única razón de ser de la segunda, es representar a la primera, pero la palabra escrita se relaciona tan estrechamente con la palabra hablada que termina por usurpar el rol principal de esta última.[11] Este paso describe fielmente la situación del proceso civil italiano. <<Oralidad, concentración, inmediatez>>[12] son los vocablos divulgados de Giuseppe Chiovenda.[13]

<<El tratado de la causa es oral. Del tratado de la causa se formula el proceso verbal>>[14], prevé el artículo 180 del Código de Procedimientos Civiles, pero se trata de una disposición casi burlona, respecto de la situación real, emergente de la práctica del desenvolvimiento de la primera audiencia del proceso ordinario de cognición (art. 183 c.p.c.).

Con posterioridad a la reforma de 1990, debería revestir una importancia fundamental parar regular al objeto de la controversia, empero el desenvolvimiento oral es casi siempre sustitutivo o complementario de lo escrito.

¿Cómo se ha podido evidenciar este problema? Particularmente, en los últimos años del siglo XX, se difundió en Italia la opinión de que la efectividad y eficiencia de la justicia civil no dependen prevalentemente de la regulación

[11] DE SAUSSURE, Ferdinand, *Cours de linguistique générale,* Balley-Sechehaye-Riedlinger-de Mauro, París, 1985, p. 45.
[12] En el original
[13] CHIOVENDA, Giuseppe, *Principii di diritto processuale civile,* Nápoles, 1923, *passim* (N.T. Locución latina que significa "a lo largo de").
[14] En el original

legislativa del proceso, es decir del derecho procesal civil y de la ideología que sustenta su elaboración, sino más bien, de factores de orden material, en particular de la disponibilidad de recursos y de la organización de las oficinas judiciales.

Entre las causas de la duración anormal de los procesos de cognición plena, se encuentran la desproporción del número de jueces profesionales respecto al número de controversias por resolver; el fracaso del personal de apoyo en el desempeño de sus funciones, la incompleta modernización informática de las oficinas y la exigua condición de la oficina de procesos, que permitan al juez de concentrar sus energías en la actividad del *ius dicere* y no desperdiciarlas en actividades secundarias.

Derivado de lo anterior, se ha creado un considerable atraso en las causas, que torna sumamente ardua la labor del juzgador y de los abogados y hace igualmente difícil realizar la reforma ideada de una manera eficiente. Una confirmación de lo anterior (por contraposición), se desprende de la experiencia de la reforma en el proceso laboral.

En esa ocasión la reforma no se enfocó únicamente a la modificación de normas procesales, sino que también intervino en la organización de las oficinas judiciales, tales como el incremento de magistrados, la introducción de secciones especializadas en materia laboral, el incremento de cancilleres y secretarios. Mientras estas medidas se mantuvieron, el impacto en los procesos litigiosos de índole laboral fue beneficioso. Cuando a partir de 1985, el número de causas se incrementó

considerablemente, sin que se adecuara el número de jueces, cancilleres y secretarios, de las secciones laborales, el proceso laboral ha entrado en crisis.[15]

Las consecuencias de la mutación desde la tramitación escrita a la oral en el proceso ordinario de cognición y, en particular en la primera audiencia, son evidentes. Si el juez no se encuentra en posibilidad de preparar adecuadamente la audiencia, derivado del excesivo número de causas en trámite, no puede ejercitar con prontitud sus facultades para el adecuado desenvolvimiento del proceso, ni la justicia pronta y expedita que le marca el artículo 175 del Código de Procedimientos Civiles.

Los defensores por su parte, se aclimatan bastante bien a esta situación, evitan de igual forma preparar la audiencia y se predisponen psicológicamente a solicitar los términos de la tramitación escrita (como está previsto por la ley: art. 183, inciso 6°, c.p.c.[16]) Esta última permite al abogado repartir de mejor manera la carga de labores hacia el interior de los despachos, empleando con frecuencia, mano de obra barata y dar así seguimiento a un mayor número de causas en forma seriada, en tanto que el trámite oral de la audiencia implica un mayor esfuerzo personal del defensor.

Completamente fuera de todo este panorama se encuentran las personas cuyos derechos están en juego en el

[15] Cfr. PROTO PISANI, *I processi a cognizione piena in Italia dal 1940 al 2012*, Foro, It., 2012, V, c. 321

[16] N.T. Código de Procedimientos Civiles.

proceso. Ellas son víctimas de una profunda alienación. Por un lado, se ven obligados a defenderse en el juicio. Por otro lado, son excluidos, privados de la posibilidad de participar cuando menos en algún momento solemne en el desenvolvimiento del proceso, en el cual adviertan que su causa es tratada ante sus ojos y tal vez resuelta.

V. Lenguaje y proceso electrónico: segunda hipótesis

La segunda posible respuesta a la interrogante del inicio, es opuesta a la primera, y es aquella más viable, según la medida del criterio de valoración ilustrado en el segundo parágrafo.

El proceso civil electrónico amerita un discurso específico, porque es capaz de causar una revolución en el sector de la justicia civil, corrigiendo ciertas distorsiones en la redacción de los actos procesales inducida por el uso de computadores y de programas procesadores de texto.

Desde el inicio de los años 90 del siglo XX, estos son los instrumentos normales de redacción de los actos de las partes y del juez, que abrieron después el camino al desarrollo del proceso electrónico.

Eran dos los caminos que se podían tomar en aquel entonces: la practicidad de la modificación del texto que podía conducir a una búsqueda de la claridad y de lo primordial, pero el desarrollo-solicitado en Italia por algunos cuestionables criterios jurisprudenciales (ad es[17]., <<autosuficiencia>> del recurso de

[17] N.T. Por ejemplo.

casación)- ha caminado en la dirección opuesta: los actos procesales (y no solo aquellos) se convirtieron en el receptáculo de excesos y banalidades. El proceso civil electrónico, está llamado a determinar un giro a esta tendencia.

En segundo lugar, el progresivo aumento de la trasmisión electrónica de los actos procesales, determinado por las novedades normativas que entraron en vigor en Italia[18] a mediados de 2014, probablemente puso ya en marcha el curso de los eventos que desembocará en la elaboración de un nuevo código de procedimientos civiles. No se trata únicamente de reescribir las normas sobre las comunicaciones y notificaciones de los actos procesales, sino de repensar la posibilidad de optar entre comunicación verbal y escrita y entre oralidad y escritura en el proceso civil.

En esta fase constituyente del nuevo proceso civil, carecían de la pertinencia apropiada para ser incluidos en su adecuación, aspectos de la reforma como la que prevé que el abogado pueda recoger las declaraciones de los hechos materia de la causa, así como depositar ante el juez el documento que contiene dichas declaraciones.[19]

[18] Nota del autor: Para un análisis del derecho positivo, véase: POLI, *Processo civile telemático: le novità del d. l. n. 90/2014*, TRECCANI, La Cultura Italiana, 31/07/2014, disponible en: http://www.treccani.it/diritto/approfondimenti/diritto_processuale_civile_e_delle_procedure_concorsuali/processo_civile_telematico.html; El Decreto Ley No. 90 del 2014 se transformó en el l. n. 114 del 2014.

[19] Art. 257-*ter* c.p.c., introducido por el Decreto Ley 15 12 de septiembre 2014, No. 132, pero afortunadamente suprimidas durante la conversión en ley he dicho decreto (1. 10 de noviembre 2014, No. 162).

En estrecha relación con la difusión a gran escala del proceso civil electrónico, ésta propuesta corre el riesgo de dejar en la mente de las personas la idea de que el mejor de los procesos posibles se resuelve mediante una simple y cómoda serie de intercambios electrónicos de actas escritas entre profesionistas completamente aislada de la vida de aquellos que están involucrados en el proceso como partes o testigos.

Resulta suficiente un análisis comparativo, para darnos cuenta de que no estamos en línea con los principios de *schriftlich, vorbeirateter, Mündlichkeit*[20] de la oralidad preparada por escrito, que constituye el principio común europeo de desenvolvimiento del proceso de cognición de primer grado.[21]

Eso se evidencia en consonancia con las modernas sociedades democráticas, porque si armoniza bien con la concepción del individuo como sujeto procesal que tiene acceso personal a las cortes, con los principios de inmediatez, de publicidad y de transparencia; así como con el modelo de un eficiente proceso, basado sobre el diálogo entre las partes, los abogados y el juez.[22]

[20] N. T. alude a los principios procesales, el primer vocablo significa escritura, el segundo formado por dos vocablos alemanes vorbei (pasado) y rate- plazo parece aludir a la idea de inmediatez y el tercero a oralidad.
[21] Cfr. STÜRNER, *Mündlichkeit und Schriftlichkeit im europäischen Zivilprozess in Recht ohne Grenzen, Festschrift für A. Kaissis,* Sellier Ed., 2012, p. 1004.
[22] Ídem.

Dentro de este marco sobresale particularmente el proceso civil alemán que no tiene necesidad de confiar su eficiencia al intercambio electrónico de actuaciones y documentos procesales. Ese se centra en una <<audiencia principal>>[23] precedida por una fase preparatoria que no sirve únicamente para informar a las partes y permitirles prepararse para la audiencia, sino que es útil también para informar al juez y brindarle la posibilidad de ejercer efectivamente sus facultades ejecutivas.

Este modelo, que requiere el manejo de casos de parte de un juez profesional desde el inicio del proceso, ha tenido la gran fuerza de atraer a su órbita entre otros al nuevo proceso civil español y al proceso civil inglés.[24]

VI. El proceso civil ¿cómo punto de encuentro del lenguaje?

Retomando el punto de propuesta de aplicación inicial planteada por los organizadores del congreso.

¿Es justo considerar el proceso como el punto de encuentro entre diferentes registros del lenguaje del derecho: el lenguaje de la ley, el del juez y de los abogados?

Ahora bien, aun cuando el proceso deba ser considerado como lugar de confrontación y de encuentro necesario entre diversos registros lingüísticos, estos no deberían ser los registros lingüísticos del legislador, del juez o del abogado.

[23] En el original

[24] CAPONI, Remo, "Modelli europei del processo di cognizioni: l'esempio tedesco", *Questione Giustizia*, 2007, p. 163 y ss.

Los juristas -si lo desean- tienen muchas ocasiones de convivencia, independientemente de los roles que asumen en el proceso. De hecho, es probable que el proceso, con la tensión generada por la contraposición de roles procesales, no sea el lugar ideal para la perfecta sintonía del lenguaje de jueces y abogados. Esto es especialmente cierto en el ambiente italiano, donde la - en sí fisiológica- contraposición de roles procesales deja frecuentemente fuertes marcas de un patológico conflicto entre las categorías profesionales.

En Italia, son excepción aquellos hábitos mentales y culturales compartidos por los protagonistas de la experiencia procesal, que -junto a un poder político siempre vigilante sobre la suerte de la justicia civil estatal- constituyen el motor propulsor de la eficiencia y de la efectividad de la justicia civil en otros ordenamientos.

Ni una contribución decisiva en dirección de la formación de una cultura y sensibilidad común entre abogados, magistrados y notarios, ha arribado de las escuelas de especialización para las profesiones legales, que no han podido promover una efectiva modificación del modelo de la formación y selección separada. Es más bajo algunos aspectos estas paradójicamente han revigorizado este último y deberían ser abolidas.

En realidad, la perspectiva de investigación más fecunda apunta al proceso como punto de encuentro entre los juristas (abogados y jueces) de un lado, y las personas

involucradas como partes o testigos del otro. El proceso debería ser el punto de encuentro entre el lenguaje jurídico y el lenguaje común. Es la tensión inicial entre estos dos lenguajes, que en su fusión deben dictar a continuación una línea de armonización del lenguaje jurídico del mismo y el encuentro entre los registros lingüísticos adoptados por los abogados y el juez.

Serían por tanto interesantes las investigaciones que se enfocan a medir y evaluar comparativamente el grado de diferenciación del lenguaje del proceso y el común, o mejor aún, el lenguaje utilizado por las partes y testigos en una controversia. Desde esta perspectiva el panorama sería variado, especialmente si se toman en consideración las controversias civiles y comerciales.

A diferencia del proceso penal, el hecho sustancial que ofrece la ocasión para instaurar el proceso, puede promover un interés común de las partes que incide en la disciplina del lenguaje procesal. Esto ocurre, por ejemplo en la práctica del arbitraje internacional, que permite la utilización de varios idiomas en el curso del proceso, si no se depara perjuicio a las partes o a terceros. Lo mismo ocurre con cualquier solución experimental de las ya adoptadas ante las cortes estatales de los ordenamientos más competitivos que el italiano en el plano internacional.[25]

[25] Si se analiza por ejemplo el proyecto piloto lanzado el 1º de enero del 2010 en el distrito de la Corte de Apelaciones de Colonia, que consiente que las partes de un proceso civil acerca de una controversia transnacional, discutan previo acuerdo, la causa en lengua inglesa.

Se trata de fenómenos no carentes de interés en este contexto, porque responden a una disciplina que se convierte en precursora del uso del lenguaje del foro, excesivamente rígida de la instrumentalización de cuestiones tales como la petición de traducción de documentos y de intérpretes de los testigos, incluso en el caso de que las partes y los defensores comprendan el idioma de los documentos o el hablado por los testigos.

Ante estas auténticas formas de abuso del proceso, en espera de que la normativa se torne flexible, una solución puede ser la de aprovechar las cada vez más generalizadas concesiones de nulidad para la consecución del objetivo, ahí donde el acta de nulidad por defecto de un requisito de forma (el uso del lenguaje del foro) haya conseguido su propio fin, siendo comprendido por las partes en causa.

La solución de los principios *Ali/Unidroit* del procedimiento civil transnacional es muy equilibrada, reafirma la regla general, según la cual el proceso se desenvuelve en el idioma de la corte, pero la corte puede consentir el uso de otros idiomas si no depara perjuicio a las partes. Se dispone el uso de intérprete, cuando la parte o el testigo no dominan el idioma en el que se desenvuelve el proceso. La traducción de documentos voluminosos puede ser limitada a las partes relevantes por acuerdo de las partes o por disposición de la corte.

Se trata de fenómenos relevantes pero siempre segmentados, queda sobre la mesa el problema fundamental de la separación entre el lenguaje de los jueces y los abogados en el

proceso civil y el utilizado por las personas involucradas en la controversia. Es muy posible que la difusión del proceso civil electrónico no logre incidir en este uso del lenguaje protegido por la esfera de poder reservada a los jueces mediante en el uso del lenguaje jurídico.

Preferimos, sin embargo, la respuesta que se abre de nuevo a la esperanza: que la mayor accesibilidad y circulación de los documentos digitales, respecto de los de papel, despierte en los ciudadanos el reclamo fundamental hacia la claridad y transparencia del lenguaje procesal.

FUENTES DE INFORMACIÓN

A).- Bibliográficas

CAPONI, Remo, "Modelli europei del processo di cognizioni: l'esempio tedesco", *Questione Giustizia*, 2006, disponible en: http://www.francoangeli.it/riviste/Scheda_rivista.aspx?IDArticolo=26536

CHIOVENDA, Giuseppe, *Principii di diritto processuale civile*, N. Jovene Ed., Nápoles, 1923

DELLA VEDOVA, Paolo, "La deriva telemática nel procceso civile", *Judicium*, 2014, disponible en: http://www.judicium.it/admin/saggi/597/P.%20Della%20Vedova.pdf DE SAUSSURE, Ferdinand, *Cours de linguistique générale*, Balley-Sechehaye-Riedlinger-de Mauro, París, 1985

HANDL, Gunther, ZEKOLL, Joachim y ZUMBANSEN, Peer, *Beyond territoriality. Transnational Legal Authority in an Age of Globalization*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2012.

MC LUHAN, *Understanding Media: the Extensions of Man*, Lewis H. Lapman, New York, 1964.

ONG, Walter J., *Oralità e scrittura. Le tecnologie della parola*, Il Mulino, Bologna, 1986

POLI, Giorgio, Giuseppe, Processo civile telemático: le novità del d. l. n. 90/2014, TRECCANI, La Cultura Italiana, 31/07/2014, disponible en: http://www.treccani.it/diritto/approfondimenti/diritto_processuale_civile_e_delle_procedure_concorsuali/processo_civile_telematico.html

PROTO PISANI, I processi a cognizione piena in Italia dal 1940 al 2012, Foro, It., 2012, V, c. 321

STÜRNER, Rolf, *Mündlichkeit und Schriftlichkeit im europäischen Zivilprozess in Recht ohne Grenzen*, Festschrift für A. Kaissis, Sellier Ed., 2012

B).- Páginas web consultadas

www.icann.org

www.judicium.it.

www.treccani.it

CASO LUBANGA. ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Oscar Altamirano Piña[1]
Humberto Saldívar De Lara[2]
Elizabeth Bucio Ortiz[3]

SUMARIO: Introducción. I.- Análisis de la competencia de la Corte Penal Internacional para juzgar a Thomas Lubanga Dyilo, II.- Responsabilidad penal individual en la sentencia del caso Lubanga, III.- Crítica a la decisión de la Corte Penal Internacional sobre la responsabilidad individual del caso Lubanga, IV.- Legalidad del Rechazo de Intervención de las Víctimas en la Apelación, V.- El trato procesal de los derechos del acusado en la apelación, VI.- La legalidad de la liberación y de la detención de acusado, VII.- Conclusiones. Referencias bibliográficas

Resumen

La creación de la Corte Penal Internacional, representa, en la historia de la humanidad, el mayor de los pasos en el proceso de creación de un sistema de persecución de delitos internacionales. El caso Lubanga es, dentro del proceso histórico de la Corte Penal Internacional, el paradigma a partir del cual, se va inicia la conformación de la base jurisprudencial con el que se juzgarán los siguientes casos, que

[1] Licenciado en Derecho por la Universidad Abierta de San Luis Potosí, Maestro en Derechos Humanos por la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, catedrático en la misma institución.

[2] Licenciado en derecho; Secretario de Tribunal de Garantías en el Distrito Judicial Galena; Actualmente cursa la Maestría en derecho penal en el Instituto de Formación Judicial.

[3] Licenciada en derecho por la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez; Especialidad en derecho penal acusatorio; actualmente cursa la Maestría en Derecho Penal en el Instituto de Formación Judicial.

desgraciadamente no son pocos. Como se podrá concluir al final del artículo, el tribunal tuvo que resolver graves cuestiones como las relativas a su competencia hasta otras de mayor gravedad como las dificultades de realización de un proceso justo, siempre bajo el riesgo de dejar en la impunidad la muerte y las atrocidades cometidas por Lubanga.

De haber caído en el riesgo, la credibilidad y la funcionalidad de la Corte Penal Internacional habría sido su carta de presentación ante el mundo que mantiene la esperanza de sancionar a todas las personas que cometan delitos internacionales. El artículo presenta un breve análisis doctrinal del caso Lubanga seguido en la Corte Penal Internacional que da cuenta de las dificultades y progresos de la justicia penal internacional.

Palabras clave: Corte Penal Internacional, Responsabilidad individual, victimas

Abstract

The creation of the International Criminal Court, represents, in the history of humanity, the major steps in the process of developing a system of prosecution of international crimes. The Lubanga case is in the International Criminal Court, the paradigm from which will initiate the formation of the jurisprudential basis, which will deem the following processes, which unfortunately there are many. As it will conclude at the end of the article, the Court had to resolve serious issues such as those relating to its competence to other more serious as the

difficulties of realization of a fair process, always at the risk of leaving unpunished death and atrocities committed by Lubanga. Having fallen in the risk, credibility and functionality the Criminal Court International would have been his letter of representation before the world that keeps hope to punish all the people that commit international crimes. The paper present one succinct doctrinal analysis of the Lubanga case in the International Criminal Court, which gives an account of the difficulties and progress of international criminal justice.

Key Word: International Criminal Court, Individual Responsibility, Victim

Introducción

La Corte Penal Internacional encuentra su justificación existencial en la reiterada manifestación de crímenes de lesa humanidad, genocidios, crímenes de guerra y agresiones, así como en la búsqueda constante de las naciones de mecanismos eficaces para erradicar la impunidad de la que históricamente han sido beneficiarios los perpetradores de tales crímenes.

De la misma manera, encuentra su razón de ser en los ejercicios insuficientes de los tribunales *ad hoc* (Ex Yugoslavia o Ruanda) cuyas procedimientos y sentencias no lograron satisfacer la esperanza de justicia de la sociedad mundial que ha sufrido la pérdida de miles de vidas humanas en la ejecución de los crímenes cometidos contra la humanidad.

Finalmente, son también su fundamento, la dificultad propia de los estados, principalmente los pobres, para poseer los

recursos económicos y técnico jurídicos, además de la condiciones político sociales, para enjuiciar a sus nacionales que son acusados de perpetrar los crímenes internacionales que han marcado su historia.

La República de El Congo es uno de los estados miembros del Estatuto de Roma que, luego de sufrir los horrores de los crímenes internacionales, solicitó la intervención de la Corte Penal Internacional (en adelante CPI) para someter a la justicia internacional a Thomas Lubanga Dyilo, de 50 años y licenciado en psicología, acusado de perpetrar crímenes de guerra consistentes en Conscripción de niños menores de 15 años para utilizarlos en hostilidades, en el enrolamiento de niños en grupos armados y en su utilización para participar activamente en conflictos armados.

Tales crímenes, contemplados en el Estatuto de Roma, se realizaron en Ituri, provincia de Congo, involucrada en el conflicto entre las etnias Hema y Lendu, que luchaban por el dominio del área, muy rica en oro y otros minerales.

Thomas Lubanga fue comandante del Movimiento de Liberación del Congo aliado con Uganda, con la que conformaba la "Congregación Congolesa para la Democracia".

Lubanga formó la UPC (Unión de Patriotas Congoleses) con ayuda de aquél país, con miembros de la etnia Hema, involucrándose en masacres a gran escala, violaciones a civiles (particularmente de la etnia Lendu) y reclutamiento forzoso de

niños, este último crimen es el que finalmente facultó a la CPI para enjuiciarlo en los términos del Estatuto de Roma.

Durante el juicio, la CPI interrogó y escuchó a 67 testigos durante 204 días de audiencias. La fiscalía citó a 36 testigos, incluidos 3 expertos y ofreció 368 piezas de evidencia.

La defensa llamó a 24 testigos y presentó 992 documentos de prueba; y los representantes legales 13, lo que hizo un total de 1373 piezas consideradas en su totalidad como evidencia. Adicionalmente a las presentaciones escritas, se plantearon también argumentos orales[4].

El procedimiento seguido ante la CPI permitió constatar que los niños involucrados en el conflicto fueron sujeto de severos entrenamientos y castigos y, en muchos casos, fueron víctimas de esclavitud sexual, delito éste que la CPI no admitió como hechos sometidos a juicio, a pesar de que se dio el reconocimiento de la existencia de dicho crimen, decisión que dio motivo a que la sentencia final no fuera emitida por unanimidad, pues la juez costarricense Elisabeth Odio Benito, miembro de la sala encargada del caso, expresó su desacuerdo con la falta de reconocimiento "del daño causado por la violencia sexual padecida por los afectados"[5].

[4] BORNAND, Elena. "Caso Lubanga, la Corte Penal Internacional se abre camino", Instituto de Estudios Internacional de la Universidad de Chile. Visible en http://www.iei.uchile.cl/noticias/83987/caso-lubanga-la-corte-penal-internacional-se-abre-camino. Consultado el 18 de julio de 2015.

[5] FERRER, Isabel. "La Haya condena a 14 años de cárcel al congoleño Lubanga por reclutar niños". El País. Sección Internacional. España 2012. Visible en

Al final del procedimiento iniciado el 26 de enero de 2009, en una audiencia pública realizada el 14 de marzo de 2012, se entregó el veredicto en el que Thomas Lubanga Dyilo fue hallado culpable de cometer los crímenes de guerra de alistar y reclutar niños menores de 15 años y utilizarlos para participar activamente en enfrentamientos bélicos, entre septiembre de 2002 y agosto de 2003, en la República del Congo.

Fue sentenciado a 14 años de prisión y es la primera persona acusada por el caso de la República Democrática del Congo (RDC) así como el primer detenido de la Corte. Al momento de la sentencia, el acusado ya había acumulados seis años de privación de su libertad.

Realizamos a continuación, un breve análisis doctrinario del caso en el que se somete a la reflexión jurídica los aspectos más importantes del proceso, cuya relevancia radica en poner en relieve los avances de las naciones en la lucha contra las más atroces violaciones a los derechos humanos, que si bien, se pueden alcanzar conclusiones poco satisfactorias, sí queda evidente que, con los esfuerzos de la Corte Penal Internacional, se está enviando un claro mensaje a las naciones que les recuerda la decisión de la sociedad mundial de perseguir a quienes cometan crímenes de guerra, genocidio, de lesa

---

http://internacional.elpais.com/internacional/2012/07/10/actualidad/1341908125_307478.html. Consultado el 18 de julio de 2015.

humanidad y agresiones, y que para tal fin, se ha constituido la Corte Penal Internacional.

El análisis propuesto, se desarrolla en seis apartados: La competencia de la CPI, la responsabilidad penal individual en el caso, el trato procesal de los derechos del acusado en la apelación, la legalidad del rechazo de intervención de las víctimas en la apelación y finalmente, la legalidad de la liberación y de la detención de acusado.

En el primer punto se analizan los aspectos legales de las facultades de la CPI en el caso concreto, resaltando el carácter de complementariedad que tiene dicha facultad con respecto al país miembro del Estatuto de Roma que solicitó la intervención internacional en el caso. El segundo apartado pretende señalar cuál figura de la teoría del delito utilizó la Corte Penal Internacional para imputar la responsabilidad penal individual en el juicio seguido a Thomas Lubanga Dyilo.

El tercero hace el señalamiento de la falta de pruebas contundentes para acreditar que Lubanga Dyilo cometió los crímenes de guerra que se le imputan.

En el cuarto apartado se hace un análisis de la legalidad del rechazo de la intervención de las víctimas en la apelación interpuesta ante la Corte Penal Internacional presentada por el señor Thomas Lubanga Dyilo. En la quinta parte se hace un recuento del trato otorgado a los derechos del detenido durante el proceso. Finalmente, en el sexto apartado se realiza un recuento de la legalidad de la detención del acusado.

I. Análisis de la competencia de la Corte Penal Internacional para juzgar a Thomas Lubanga Dyilo

El Estatuto de Roma, en su preámbulo establece algunos principios rectores de la CPI. Entre ellos se encuentra el principio de complementariedad.

Este concepto, de acuerdo a la Real Academia de la Lengua[6], significa que algo perfecciona a otro. Por ejemplo, aplicado a la geometría, un ángulo menor de 90 grados puede ser complementado por otro cuando sumados forman los 90 grados. En materia de espectrometría se dice que son complementarios los colores puros que, reunidos por ciertos procedimientos, dan el color blanco.

Estos ejemplos permiten advertir que hay elementos complementarios y otros complementados. Uno es el que tiene lo que al otro le falta y que, con su conjunción alcanzan, en alguna medida, una perfección de la que carecían.

Así, aplicada analógicamente a los países miembros del Estatuto de Roma, la CPI es complementaria con respecto de un Estado que carezca de recursos, de cualquier índole, que le impidan someter a juicio a un sujeto presunto culpable de crímenes internacionales tipificados en el Estatuto de Roma, de tal forma que su conjunción permite alcanzar la justicia, que el complementado tiene imposibilidad de alcanzar por sí mismo.

[6] Diccionario De la Real Academia de la Lengua Española, 2013, voz: complementariedad, visible en: http://dirae.es/palabras/complementariedad, accedida el 15 de junio de 2015.

El artículo 17 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, al formular las reglas de no admisibilidad de un caso, establece los límites y alcances del principio de complementariedad. Textualmente, dice el primer párrafo del artículo en cita: La Corte "resolverá" la inadmisibilidad, lo que tiene un carácter imperativo, otorgándole a la Corte la facultad de resolver sobre este inicial aspecto del proceso.

En el caso Lubanga, fue el Estado del Congo quien otorgó su consentimiento para que el imputado fuera juzgado por la CPI, lo que satisface el inciso a) del artículo 17, del Estatuto de Roma, toda vez que la solicitud del Estado para que la CPI interviniera y la entrega del imputado a la Corte, son hechos que se subsumen en la hipótesis de la norma establecida en dicho artículo.

Esto es: que la norma en cuestión prevé que el Congo, al ser un Estado con jurisdicción sobre el caso y al no estar dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento de señor Lubanga, se cumplen los requisitos mínimos para que la CPI adquiera por complementariedad las facultades necesarias sobre el caso, sin que resulte relevante que el Estado de El Congo no pueda realmente hacer tal enjuiciamiento o investigación, pues la literalidad del texto involucra una hipótesis alternativa, a saber: que el Estado no esté dispuesto a realizar la investigación o el enjuiciamiento, y, que no pueda realmente hacerlo, estando la primera posibilidad a disposición de la Soberanía del Estado, lo que ocurrió en el caso, y la

segunda, una vez conocida y acreditada, queda sujeta a la liberalidad de la Corte.

En apoyo de este argumento se debe advertir que los siguientes incisos del artículo 17 regulan todas las posibilidades que pueden concretar la segunda de las alternativas.

En cuanto a la competencia *ratione temporis*, la CPI intervino en el caso Lubanga en virtud de que el Estatuto de Roma entró en vigor el 1 de julio de 2002, en tanto que Thomas Lubanga fue acusado de perpetrar tres crímenes comprendidos en el Estatuto de Roma, entre julio de 2002 y diciembre de 2003.

La competencia *ratione personae* satisface también el estatuto de Roma al haber juzgado a un sujeto mayor de 18 años y natural de la República de El Congo que forma parte del Estatuto de Roma (artículo 25 y 26 del Estatuto).

Al tratarse de un crimen de Guerra comprendido en el artículo 8 del Estatuto de Roma, la CPI ejerció su competencia *ratione materiae* exigido por el mismo Estatuto.

Finalmente, La CPI ejerció sus facultades *ratione loci* toda vez que posee la facultad para conocer de casos que hayan tenido lugar dentro del territorio de los Estado Parte, como lo es caso Lubanga, dado que los hechos enjuiciados ocurrieron en la República de El Congo y fueron perpetrados por un sujeto nacional de esa república.

II.- Responsabilidad penal individual en la sentencia del caso Lubanga

El objetivo de este apartado es determinar cuál figura de la teoría del delito utilizó la Corte Penal Internacional para imputar la responsabilidad penal individual en el juicio seguido a Thomas Lubanga Dyilo. El análisis es relevante pues la línea argumentativa que siguió la CPI al culpar a Lubanga de la comisión de delitos de Crímenes de Guerra, deja de lado la doctrina seguida por los tribunales *ad hoc*, específicamente, el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia. El dilema que resolvió la CPI se movió entre la doctrina de la Empresa Criminal Conjunta[7] y la teoría del dominio del hecho[8].

De acuerdo a la doctrina penal, sin hacer referencia de las diferentes escuelas, existe consenso respecto a que solamente las personas físicas tienen la capacidad de intervenir en un hecho, ya sea como autores o como partícipes. Estas categorías se pueden desglosar señalando la autoría directa, autoría mediata o coautor; inclusive, también puede intervenir como inductor o cómplice.

---

[7] Véase: ODRIOZOLA-GURRUTXAGA, Miren, "La doctrina de la empresa criminal conjunta en los tribunales *ad hoc* y su ámbito de aplicación en el Estatuto de Roma", *Anuario Ibero-Americano de Derecho Internacional Penal*, vol. 1, 2013, pp. 86-104, visible en: http://revistas.urosario.edu.co/index.php/anidip/article/view/2861/2336, accedida el 20 de junio de 2015.

[8] Véase: LANDAVERDE, MORIS. "La teoría del dominio del hecho", *Revista Jurídica Digital Enfoque Jurídico*, 24 de febrero de 2015, visible en: http://www.enfoquejuridico.info/wp/archivos/1626, accedida el 14 de junio de 2015.

Según se advierte del artículo 25 del Estatuto de Roma, la Corte Penal Internacional distingue entre autoría y participación.

En efecto, con relación a la sentencia del caso Lubanga, la investigadora Alicia Gil[9], asevera que la Corte Penal Internacional utilizó los conceptos de autoría y participación y desechó el concepto de empresa criminal conjunta que se utilizara en las resoluciones del Tribunal Penal Internacional de la Ex Yugoslavia.

Al respecto, la autora comenta al pie de página:

> La doctrina de la Empresa Criminal Conjunta (JCE por sus siglas en inglés) exige una pluralidad de personas que se pongan de acuerdo para la ejecución de un plan común dirigido a la comisión de delitos o que, al menos, la comisión de dichos delitos sea el medio elegido para la consecución de los fines a los que se dirige el plan común.

Según la autora en cita[10], en la JCE se pueden establecer la responsabilidad penal en tres supuestos o subcategorías:

1) Variante básica;

2) Variante sistémica;

3) Variante amplia

En la primera categoría, se refiere a aquel supuesto en el que exista prueba de un acuerdo de voluntades, que tenga una

[9] GIL GIL, Alicia. *Responsabilidad penal individual en la sentencia Lubanga. Coautoría, en Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: el caso Lubanga. Kai Ambos*, Ezequiel Malarino y Christian Steiner, (editores). Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Colombia 2014, p. 263.
[10] Ídem.

aportación significativa al logro del plan y que quede en evidencia el dolo directo respecto de la ejecución del hecho, por lo que responde, con independencia de la importancia objetiva de la contribución, como coautor de cualquier delito cometido por otro miembro dentro de la empresa común.

En la segunda categoría se incluyen los supuestos en que el sujeto conoce el sistema y tiene intención de favorecerlo.

Finalmente, en la tercera, cada miembro del acuerdo es responsable como autor de los delitos cometidos por los demás participantes, aun cuando dicho delito no forma parte del plan, pero su comisión es una consecuencia natural y previsible de la ejecución del plan común.

Frente a estas posibilidades de consideración de la autoría en el caso Lubanga, y ante a las constantes críticas de los doctrinarios, la CPI adoptó como base para la definición del autor la teoría del dominio del hecho que incluye el dominio de quien directamente ejecuta los actos típicos (autoría inmediata o directa), el dominio de la voluntad del o los ejecutores (autoría mediata) y el dominio funcional (coautoría)[11].

En efecto, de acuerdo a Olásolo[12], en su decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, la Sala de Cuestiones Preliminares I subrayó lo siguiente:

[11] Ídem.

[12] OLÁSOLO ALONSO, Héctor, "La Influencia de la Decisión de la Corte Penal Internacional de Confirmación de Cargos en el Caso Lubanga en el Desarrollo del Derecho Penal Internacional". *Teoría del derecho,* número 3,

> La Sala recuerda que, en su decisión relativa a la emisión de una orden de arresto, ya ha distinguido entre (i) la comisión stricto sensu de un delito por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable, de acuerdo con lo previsto en el subapartado (3)(a) del art. 25 ER, y (ii) la responsabilidad penal de los superiores jerárquicos conforme al art. 28 ER, así como las distintas formas de participación, que a diferencia de la autoría, se recogen en los sub-apartados (3)(b) a (3) (d) ER".

Gil Gil[13] sostiene que el concepto de coautoría por dominio funcional del hecho se fundamenta, según la Sala de Cuestiones Preliminares I, en el principio de división de las tareas esenciales con el propósito de cometer un crimen entre dos o más personas actuando de manera coordinada.

De acuerdo a esta doctrina, cuyo origen se encuentra en la teoría finalista de Welzel y en los desarrollos de Claus Roxin, la división de tareas se realiza de tal forma que, a pesar de que ninguno de los intervinientes tiene un dominio total del hecho porque todos dependen de otro para su comisión, todos ellos comparten dicho dominio, ya que cada uno de ellos puede frustrar la comisión no realizando su contribución.

Por tanto, dice Gil Gil[14], el primer requisito para la coautoría por dominio funcional es, por tanto, la existencia de un plan común o mutuo acuerdo entre dos o más personas.

El segundo de los elementos que la Sala de Cuestiones Preliminares I exigió, consistió en una contribución esencial y

---

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Costa Rica 2008. Páginas 284-321.

[13] Óp. Cit. Nota 3.

[14] Ídem.

coordinada de cada coautor que resulte en la realización de los elementos típicos.

En seguimiento de la doctrina utilizada por la sala de Cuestiones Preliminares I, el 14 de marzo de 2012, en sentencia de primera instancia de la CPI, Thomas Lubanga Dyilo fue considerado culpable de los crímenes de reclutamiento de niños y su utilización en las hostilidades, a título de coautor directo.

En consideración de Gil Gil[15], entre los elementos objetivos de la dicha coautoría, la Sala sitúa el mutuo acuerdo entre los dos o más coautores para realizar un plan que está dirigido específicamente a la comisión de un crimen, bastando con que dicho plan contenga un elemento de criminalidad. Es decir, que la realización del plan común comporta un riesgo suficiente de que, si los acontecimientos siguen un curso ordinario, se cometerá un crimen.

Como segundo requisito objetivo, la sentencia establece la necesidad de una contribución esencial al plan común, que según la Sala de Cuestiones Preliminares I, existen distintas posibilidades de ser autor por dominio del hecho: el dominio de quien directamente ejecuta los actos típicos (autoría inmediata o directa), el dominio de la voluntad de los ejecutores (autoría mediata) y el dominio funcional (coautoría).

Para analizar el elemento subjetivo del coautor se considera, como lo hace la Sala de Cuestiones Preliminares I,

[15] Ibíd., p. 277.

que el sospechoso y los otros coautores deben ser todos ellos mutuamente conscientes del riesgo de que la realización de su plan común pueda dar lugar a la realización de los elementos objetivos del delito, y todos deben aceptar mutuamente tal resultado consintiéndolo, y además debe concurrir al conocimiento por el sospechoso de las circunstancias del hecho que le permiten el dominio conjunto del crimen.

Las anteriores consideraciones permiten concluir que la Corte Penal Internacional, en su sentencia al caso Lubanga abandonó la doctrina seguida por el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia conocida como la doctrina de la Empresa Criminal Conjunta, y resolvió la responsabilidad penal individual utilizando la teoría del dominio del hecho inaugurada por Welzel[16] y ampliamente desarrollada por Claus Roxin[17].

III.- Critica a la decisión de la Corte Penal Internacional sobre la responsabilidad individual del caso Lubanga

La responsabilidad penal individual por violaciones del derecho internacional surgió de los procesos contra los principales criminales de guerra, tras la Segunda Guerra Mundial; en el proceso se examina la jurisprudencia de los Tribunales de Núremberg y de Tokio, pues las acciones de estos tribunales

[16] Véase: HIRSCH, Hans, Joachim; CEREZO MIR, José; DONNA Edgardo Alberto, (Directores), *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2005, pp. 275 y ss.
[17] Véase: ROXIN, Claus, *Teoría del Tipo Penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, GACIGALUPO, Enrique (Trad.), Ed. Depalma, Buenos Aires, 1975, pp. 114 y ss.

marcaron el inicio de una importante evolución jurídica; también se tomó en cuenta la actividad de los Tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda; así como, las disposiciones establecidas para la creación de la Corte Penal Internacional.

Se inició un movimiento en la comunidad internacional, que comenzó a crear conciencia sobre la necesidad de entablar juicios por violaciones graves a las leyes de guerra, en los que se considerara tanto la responsabilidad tradicional de los Estados como la responsabilidad personal de los individuos, en vista de los crímenes cometidos por los nazis y por los japoneses.

No obstante, pasó mucho tiempo para establecer las bases para la incriminación de los individuos por crímenes de guerra considerados como violaciones graves al derecho aplicable en los conflictos armados internacionales.[18]

A lo largo de la sentencia del caso Lubanga, se afirma que se cumplen las condiciones para que continúe la detención de Thomas Lubanga Dyilo, bajo el razonamiento de que no han variado las circunstancias por las que se decidió la orden de detención y se menciona en distintos apartados, que se consideró la gravedad de los crímenes que se le imputan, el riesgo sustancial de la sustracción de la competencia de la

[18]GREPPI, Edoardo. "La Evolución de la Responsabilidad Penal Individual bajo el Derecho Internacional". *Revista Internacional de la Cruz Roja*. Consultada el 26 de julio de 2015. Visible en http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/stdnnf.htm.

Corte; los vínculos con los que cuenta, que están en la República Democrática del Congo, y además, que éste tiene contactos nacionales e internacionales que lo ayudarían a sustraerse de la acción de la justicia.

Asimismo, se analiza constantemente el párrafo 1 del artículo 58 del Estatuto, en el sentido de que existen motivos razonables para considerar que Thomas Lubanga Dyilo ha cometido crímenes de la competencia de la Corte y que su detención sigue siendo necesaria para asegurar su comparecencia a juicio, que no obstruya ni ponga en peligro la investigación ni las actuaciones de la corte e impedir que se sigan cometiendo más crímenes de tal naturaleza.

Sin embargo, en relación a la responsabilidad penal individual, en ningún apartado se mencionan las pruebas, las investigaciones realizadas, o los motivos por los que se considere que Thomas Lubanga Dyilo, ha cometido algún crimen competencia de la Corte que justifiquen su detención, pues en el desarrollo de la sentencia solo se habla de la sospecha de que haya cometido un crimen, sin explicar los razonamientos exactos de por qué se tiene dicha sospecha, tal vez habrá de remitirse a la orden de detención a fin de averiguar el motivo de tales sospechas.

El artículo 2, sobre las infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949, otorga al Tribunal la potestad de enjuiciar a personas que cometan u ordenen cometer dichos delitos.

El proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, preparado por la Comisión de Derecho Internacional, constituyó una gran contribución a la evolución del concepto de responsabilidad individual, en los proyectos de 1951 y 1954, el artículo 1, disponía que los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad son crímenes de derecho internacional, por los que deberá castigarse al individuo responsable.

La responsabilidad penal individual internacional, cubría a los dirigentes, los organizadores, los instigadores, y los cómplices; que hubieran participado en la preparación o ejecución de un plan común o conspiración para cometer cualquiera de los delitos competencia de la Corte, incluso si el derecho interno no considera que dicho acto constituya un delito o que actúe en cumplimiento de una orden de su Gobierno o de un superior jerárquico, no serán por ello exoneradas de responsabilidad, también se establecieron los diversos grados de participación.

IV.- Legalidad del Rechazo de Intervención de las Víctimas en la Apelación

Este apartado analiza la legalidad del rechazo de la intervención de las víctimas en la apelación interpuesta ante la Corte Penal Internacional presentada por el señor Thomas Lubanga Dyilo, así como los argumentos en la misma.

Con motivo de la presunta participación en el reclutamiento y el alistamiento de niños menores de 15 años y

por utilizarlos para participar activamente en las hostilidades, el 10 de febrero de 2006, la Sala de Cuestiones Preliminares I, dictó una orden de detención en contra de Thomas Lubanga Dyilo.

Lubanga fue detenido en Kinshasa (República Democrática del Congo), con motivo de la anterior orden y enseguida fue entregado a la Corte. Antes de esa detención, el Apelante había permanecido privado de libertad a disposición de la República Democrática del Congo en Kinshasa.

En el curso de la Audiencia celebrada con motivo de su comparecencia inicial, la Sala de Cuestiones Preliminares informó al detenido su derecho a solicitar la libertad provisional y le preguntó si quería ejercer ese derecho, a lo que respondió afirmativamente, por lo que, con posterioridad presentó una solicitud para que se le otorgara inmediatamente la libertad provisional, alegando que la Sala de Cuestiones Preliminares tenía la obligación de revisar periódicamente la detención de un sospechoso y no lo había hecho; que había estado detenido durante un período excesivamente prolongado, entre otras causales.

Al respecto, un grupo de víctimas del caso presentaron sus observaciones bajo la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares I, lo mismo hizo el Fiscal.

La Sala de Cuestiones Preliminares decidió rechazar la solicitud de puesta en libertad provisional de Lubanga, así como la solicitud de autorización para replicar, por lo que la defensa

presentó la apelación contra la decisión relativa a la solicitud de puesta en libertad de Thomas Lubanga Dyilo. Igualmente, y sin haber presentado previamente una solicitud a la Sala de Apelaciones, las víctimas presentaron la respuesta a la solicitud de apelación.

En atención a esta participación, el Apelante afirmó que la respuesta de las víctimas se había presentado fuera del plazo de cinco días establecido para dicho recurso y sin haber pedido que se modificara el plazo aplicable, por lo que requirió que la Sala de Apelaciones rechazara la respuesta de las víctimas.

Sobre este particular es que versa el análisis que a continuación se presenta.

El concepto de víctima para los fines del Estatuto y de las Reglas de Procedimiento y Pruebas, la Regla 85 determina que se entenderá por tales, "a) […] las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte."

La Sala de apelaciones se manifestó en relación a los alegatos realizados por el apelante y el fiscal y dispuso no tomar en cuenta la Respuesta de las víctimas, porque se había presentado sin la autorización de la Sala de Apelaciones determinando que las víctimas pueden participar en una apelación solo con arreglo al apartado b) del párrafo 1 del artículo 82 del Estatuto.

Sin embargo, analizando el Estatuto de Roma, no queda claro quiénes son considerados "parte" en un proceso seguido

ante la Corte Penal Internacional, razón por la que se desestima la participación de las víctimas, pese a que son ellas quienes supuestamente sufrieron la felonía directamente por el apelante; asimismo, la Regla 89 fracción 1 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, establece que las víctimas para formular sus opiniones y observaciones, deberán presentar solicitud por escrito.

Sin embargo, la Corte está obligada a tomar las medidas adecuadas para proteger la seguridad de las víctimas, según lo dispone el numeral 68, fracción 1 del Estatuto de Roma, toda vez que la víctima no queda en facultad expresa para apelar, pues el artículo 82 del Estatuto, reza que cualquiera de las partes puede, de conformidad con las Reglas del Procedimiento y Prueba, apelar una decisión en la que se autorice o niegue la libertad personal, pero si es el acusado quien apela tal determinación, la víctima para estar en posibilidad de defender su postura, deberá pedir autorización por escrito, corriendo el riesgo de ser rechazada.

Un punto más que queda en vaguedad, no en relación a la respuesta dada a las víctimas, por parte de la Corte, sino en la postura del Fiscal, (que en el sistema Penal Mexicano es quien defiende los derechos de las víctimas y/u ofendidos), en la sentencia que nos ocupa, pareciera que es quien está en contra de los intereses de las víctimas, pues realiza extensos argumentos para persuadir a la Corte a fin de que no permita su participación, aduciendo que el hecho de que la Sala de

Cuestiones Preliminares haya dado participación a las víctimas en el juicio no implica automáticamente una autorización para que intervengan en la apelación.

Ante los argumentos esgrimidos por el apelante, el defensor y el fiscal, la Corte limitó su decisión a permitir que las víctimas presentaran sus opiniones y preocupaciones respecto de sus intereses personales en las cuestiones planteadas y que se tomen en cuenta los temores que la libertad del acusado les agravia. En relación a lo anterior, mencionaremos un concepto de medida cautelar:

> […] Atribúyase su origen al pensamiento positivista que, junto a la pena, creó las medidas de seguridad aplicables a los sujetos considerados peligrosos pero no dignos de sufrir una pena, ello por la idea de su fin utilitario y de prevención tanto general como espacial […][19]

Son de considerar las lagunas de la normatividad y razonamientos de la Corte, que inicia procedimientos temerosa de que sus resoluciones afecten actos futuros, que vayan en contra de intereses de unos cuantos, pues de lo que resuelvan en el presente asunto, sería el *parteaguas* para que las víctimas pudiesen estar presentes en todos los actos procesales.

Cabe destacar, que no fue posible la aplicación de la legislación de la República Democrática del Congo, pues la resolución también debió apegarse a la legislación que

[19] PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, "Diccionario de Derecho Penal", Tercera edición, Porrúa, México 2003.

prevalece en el lugar de los hechos, misma de la que ni mención se hace.

Por tanto, es importante considerar, que es difícil analizar una sentencia elaborada de manera poco clara, pues la falta de tecnicismos hace complicada la lectura y la comprensión, pero en lo que se logra comprender, se puede concluir que es de suma importancia que se dé participación a las víctimas en el proceso, toda vez que son ellas en conjunto con el acusado quienes generan el acto procesal, entonces, son los directamente interesados en cada parte del proceso; tampoco la Corte debe limitarse a notificar a las partes que haya participado en las actuaciones, pues si bien es cierto, las víctimas no siguieron las formalidades establecidas en el Estatuto y en las Reglas de Procedimiento y Prueba, también lo es que pudieron ser prevenidos para seguir las formalidades establecidas y darles el respeto e importancia que estas merecen, pues tan válidos son sus argumento frente al temor que les implica la libertad del acusado, así de valioso es el derecho del acusado de acceder a los beneficios que las leyes internacionales le otorgan.

V.- El trato procesal de los derechos del acusado en la apelación.

Como se ha dicho antes, el caso contra Thomas Lubanga Dyilo fue el primero en llegar a juicio ante la Corte Penal Internacional. La situación de la República Democrática del Congo trajo consigo al primer detenido, siendo su juicio

iniciado el 26 de Enero de 2009. Sin embargo, la crítica al proceso ha señalado en múltiples ocasiones lo que parece una constante violación a los derechos fundamentales del acusado. Analizaremos enseguida, algunas de las irregularidades procesales que se registraron en el caso.

De acuerdo al análisis realizado por Ramírez Lemus[20], el proceso contra Lubanga fue suspendido en más de una ocasión. La primera de ellas, en Junio de 2008, la Corte anunció la suspensión de procedimientos por considerar que la Fiscalía no otorgó a la defensa materiales de suyo importantes frente a las expectativas de defensa del acusado.

En Julio de 2008, la Sala de Cuestiones Preliminares I estudió y concedió, en *el papel* la libertad provisional al procesado, tal como se analizó en el apartado anterior, la Fiscalía apeló la orden cuya decisión se esperó con efecto suspensivo, con lo que Lubanga no gozaría de libertad hasta que fuere confirmada o revocada la decisión por la Sala de Apelaciones.

Como era de esperarse, para el 21 de Octubre de 2008, la Sala de Apelaciones rechazó los argumentos de la Sala I y ordenó seguir los procedimientos en el caso Lubanga sin conceder la libertad que se esperaba para el detenido, sin embargo, la Sala de Apelaciones difirió de la opinión de la Sala

[20] RAMÍREZ LEMUS, Jhaslen Ricardo, "Corte Penal Internacional ¿Algún horizonte?", en Investigaciones en Ciencias Jurídicas: Desafíos actual del Derecho. Consultado el 25 de julio de 2015. Visible en http://www.eumed.net/libros-gratis/2014/1397/corte-penal-internacional.html.

de Cuestiones Preliminares I, sugiriendo que esta se habría equivocado en su consideración inicial, lo que derivó en la necesidad de mantener a Thomas Lubanga Dyilo en detención.

Al siguiente año, 2009, dice el analista consultado, la Sala de Cuestiones Preliminares I decidió reanudar el proceso, al percibir que las razones para imponer la suspensión y su libertad carecían de sentido.

Luego en 2010, existió una segunda orden de suspensión del mismo, pues, además del fallido intento de recalificación de los hechos por parte del Fiscal (intentando incluir delitos sexuales), de nuevo la Sala de Cuestiones Preliminares I ordenó la suspensión de los procedimientos al advertir que la Fiscalía le había desobedecido en cuanto a la orden de revelar confidencialmente a la Defensa la identidad del intermediario ciento cuarenta y tres (143); intermediarios que utilizó la Fiscalía para obtener la información, pues no la obtuvo de manera directa.

De nueva cuenta, el mismo año de 2010, pero en el mes de julio, la Sala ordenó la liberación de Thomas Lubanga Dyilo tomando como base de su determinación la negativa a mantener al acusado detenido sobre la base de la especulación, en el entendido que este tuviese que esperar hasta cuando el procedimiento fuere reanudado.

Como era de esperarse, la Fiscalía apeló la decisión, de nuevo siendo cobijada con el efecto suspensivo, lo que tuvo como derivación que en octubre del mismo año, la Sala de

Apelaciones revocó la decisión de su inferior, sustentando que la desobediencia del Fiscal no bastaba por sí sola para suspender el procedimiento, pues los Jueces de la Sala de Cuestiones Preliminares I debieron aplicar sanciones a la fiscalía y no acudir a una decisión extrema como lo sería la suspensión. Por decisión de la Sala de Apelaciones, el caso fue reanudado.

Todavía se registró otra solicitud de la defensa para la suspensión del procedimiento, habida cuenta del difícil acceso a los testigos y otro material probatorio, empero, ninguna de ellas volvió a ser considerada de manera positiva.

Luego de los constantes tropiezos del proceso, el 14 de Marzo de 2012, Thomas Lubanga Dyilo fue hallado culpable de cometer los crímenes de guerra de enlistar y reclutar niños menores de 15 años y utilizarlos para participar activamente en los enfrentamientos en la República Democrática del Congo.

Pese a la conclusión de la parte principal del procedimiento, el 13 de Junio de 2012, con motivo de las atenuantes y agravantes que pudieran formulares, el Fiscal solicitó imponer al culpable una pena de 30 años de prisión, o 20, en caso que este aceptare ofrecer disculpas genuinas a las víctimas y se comprometiera con la prevención de nuevos crímenes y el mantenimiento-promoción de la paz. Dicha moción no fue aceptada y el 10 de Julio de 2012, la Sala de Cuestiones Preliminares I sentenció a Lubanga con la pena de catorce 14 años de prisión, a los cuales deben descontarse los 6 años que permaneció detenido.

Para el analista Seils[21], exdirector de la Unidad de Análisis de la Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional, el veredicto del caso Lubanga, deja constancia de un largo y complicado proceso en el que en ocasiones, más que las víctimas, los protagonistas han sido jueces y abogados.

Para la justicia internacional, dice el analista, también ha sido muy preocupante la duración del proceso, pues una detención que dura siete años antes de obtener una condena, suscita preguntas sobre la calidad de la propia justicia internacional.

Por otra parte, los críticos del tribunal señalan que la fiscalía actuó con negligencia, ocasionándole considerables pérdidas de tiempo y dinero. Tal conducta tiene que ver con el hecho de recurrir a agentes conocidos con el nombre de "intermediarios" para conseguir testigos y, en algunos casos, pruebas, lo que resulta de dudosa calidad probatoria.

Lo anterior además del prolongado debate sobre el problema de la revelación de pruebas en las primeras fases del juicio, razón por la que el tribunal critica la calidad de la investigación.

La negligencia de la fiscalía podría alcanzar hasta la calidad de las pruebas que se ofrecieron para acreditar la

[21] SEILS, Paul. "Una primera e histórica sentencia que plantea preguntas difíciles *a la CPI.* Centro Internacional para la Justicia Transicional". Consultado el 26 de julio de 2015. Visible en https://www.ictj.org/es/news/una-primera-e-historica-sentencia-que-plantea-preguntas-dificiles-la-cpi.

responsabilidad de Lubanga en lo relacionado con los abusos sexuales a menores, aunque durante el proceso sí se mencionaron hechos que parecían avalar tales acusaciones. Por razones que pocas personas, entre ellas los jueces, han podido comprender, dice el analista en consulta, la fiscalía se opuso a ampliar los cargos para incorporar esas imputaciones. Es claro que en el proceso no se realizaron todas las actividades necesarias para alcanzar un alto nivel de credibilidad para las comunidades de víctimas como para el conjunto de la comunidad internacional.

De acuerdo a Seils y a pesar de los aspectos reseñados que ponen en duda la calidad del proceso, sí hay aspectos claramente positivos: "nadie puede dudar de la escrupulosa equidad de los jueces; podríamos afirmar, dice Seils, pocos fiscales han tenido que empeñarse tanto en lograr un veredicto condenatorio".

VI.- Legalidad de la liberación y de la detención

Desde el inicio del procedimiento, el caso Lubanga se vio afectado por violaciones a los derechos fundamentales del acusado.

Así, la detención de Lubanga involucró violaciones a sus derechos fundamentales, puesto que se ejecutó una orden de arresto en su contra sin todavía existir un mandamiento de captura.

Fue detenido el 19 de marzo del 2005, en la ciudad de Makala, en Kinshara, y la orden de arresto fue anunciada

públicamente hasta el 17 de marzo pero del 2006, un año después; cuando Lubanga ya estaba privado de su libertad, es decir, detenido, fue extraditado a los Países Bajos de Holanda, en la Haya, sin involucrarlo en un proceso formal de extradición.

Igualmente se puede advertir que fue acusado hasta el 29 de agosto del 2006 por la CPI. Vulnerando así los derechos fundamentales de Lubanga al ser detenido sin una orden de aprehensión, sin la existencia de una acusación formal y víctima de una extradición irregular. Violándole con ello todo el debido proceso a que una persona tiene derecho de ser sujeto.

En cuanto a la libertad de Lubanga, también se observa que le fueron violados sus derechos fundamentales, puesto que el 8 de julio de 2010 se suspendió el procedimiento en virtud de que no se cumplieron los requisitos para llevarlo a un juicio justo, toda vez que no se revelaba la identidad de un testigo intermediario, (violando el debido proceso respecto al derecho del acusado a ser informado de quien lo acusa).

La Cámara de Apelaciones de la CPI en su sala de Primera Instancia, revocó la suspensión y ordenó la libertad de Lubanga: sin embargo no fue puesto en libertad, violando con ello esa resolución y el principio de inocencia y sobre todo el derecho a la libertad. Mientras tanto, el 8 de octubre de 2012 se revocó la decisión argumentando que antes de haber suspendido el proceso, los jueces debieron aplicar sanciones y el caso se reanudó. En el 2011, nuevamente se suspende el

proceso, debido a cuestiones relacionadas también con la revelación de la identidad de testigos y víctimas.

Como se sabe, Thomas Lubanga fue líder de la Unión de los Patriotas para la liberación del Congo (FPLC) y comandante en jefe de su ala militar. Fue acusado de cometer crímenes de guerra consistentes entre otros, de alistar y reclutar niños menores de 15 años para participar activamente en las hostilidades y enfrentamientos en la RDC entre septiembre de 2002 y agosto de 2003, donde resultaron miles de pérdidas humanas.

La orden de arresto para Lubanga fue anunciada públicamente el 17 de marzo de 2006, dos días después, el 19 de marzo del 2006, fue ejecutado dicho mandamiento de captura y Lubanga fue transferido a La Haya en los Países Bajos (hoy Holanda) ese mismo día, sin un proceso formal de extradición. Pese a todo, ya estaba detenido con prisión preventiva desde el día 19 de marzo del año 2005, al ser detenido en la Ciudad de Makala en Kinshasa y fue acusado formalmente hasta el 29 de agosto del 2006.

Su primera comparecencia por primera vez ante la Sala de Cuestiones Preliminares I fue el 20 de marzo de 2006 y fue hasta el 29 de enero de 2007, cuando la Sala de Cuestiones Preliminares I confirmó los cargos en contra de Thomas Lubanga Dyilo, llevando este caso a juicio, toda vez que la Sala encontró fundamentos suficientes para creer que Thomas Lubanga Dyilo era penalmente responsable como co-

perpetrador de los crímenes de los que se le acusa, cometidos desde comienzos de septiembre de 2002, cuando se fundaron las *Force Patriotiques pour la Liberation du Congo* (FPLC) hasta el 13 de agosto de 2003.

Dicho proceso genera algunos interrogantes: ¿al momento de la emisión de la orden de arresto no se conocían los datos de su previa detención? Si fue así, ¿por qué los cargos no se le comunicaron desde su primera comparecencia?

El 13 de junio de 2008 la Corte anunció la suspensión en el procedimiento, porque la Fiscalía no puso a disposición de la defensa materiales potencialmente eximentes. La Fiscalía había obtenido pruebas de carácter confidencial de varias fuentes, incluyendo la ONU, y esas fuentes no estaban dispuestas a revelarlas a la Defensa, y la mayoría de ellas tampoco a la Sala de Primera Instancia. Durante una audiencia el 24 de junio de 2008, la SPI I expresó que sería prematuro conceder la libertad al acusado en ese momento.

Esto constituye otra violación al debido proceso, pues no fue debidamente informado de las pruebas en su cargo y de las cuales debía defenderse, dejándolo en total estado de indefensión.

El 2 de julio de 2008, la Sala de Primera Instancia I emitió una orden otorgando la liberación provisional a Thomas Lubanga Dyilo. La Fiscalía apeló la orden y tuvo efecto suspensivo, es decir, que no sería liberado hasta que la Sala de Apelaciones tomara una decisión definitiva sobre el tema.

El 11 de julio de 2008, la Fiscalía le solicitó a la Sala de Primera Instancia I que retome el proceso judicial y que revoque la orden de liberación de Thomas Lubanga Dyilo, dado que los nuevos procedimientos de la ONU permitirían la revisión de las pruebas potencialmente exculpatorias.

El 3 de septiembre de 2008, la Sala de Primera Instancia I decidió que se mantuviera el procedimiento. "Las propuestas que se explayan en la solicitud no cumplen los prerrequisitos delineados por esta misma Cámara para permitir la continuación del proceso, y a la vez infringen aspectos fundamentales del derecho a un juicio justo al acusado," dijeron los Magistrados en su decisión.

Thomas Lubanga Dyilo, sin embargo, permanecerá en custodia hasta que la Sala de Apelaciones tome una decisión final sobre su liberación incondicional, infringiendo con ello el derecho fundamental del acusado a la libertad, pues la custodia en lo personal podría realizarse, como hoy en la actualidad se lleva a cabo, mediante una medida cautelar, sin necesidad de la privación de la libertad, máxime que los jueces ya la habían decretado.

El 14 de octubre de 2008, la Fiscalía decidió suspender la primera y la segunda cláusulas de su apelación ante la decisión de la Sala de Primera Instancia con respecto a la suspensión en el proceso en contra de Lubanga. De acuerdo a la Fiscalía, quienes brindan información están de acuerdo con permitir el pleno acceso a todos los documentos del artículo

54(3) (e) a la Sala de Primera Instancia y a la Cámara de Apelaciones, si es necesario. Esta información no afecta ni la tercera cláusula de la apelación presentada, que se refiere a la imposición formal de la suspensión del proceso, ni tampoco la apelación con respecto a la liberación del acusado.

El 21 de octubre de 2008, la Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional (CPI) rechazó la apelación presentada por el Fiscal de la CPI Luis Moreno Ocampo de retomar el juicio de la CPI en contra de Thomas Lubanga. Sin embargo, los magistrados fallaron a favor de la apelación del fiscal de rechazar la liberación del acusado, a pesar de la suspensión del proceso.

La Sala de Apelaciones dijo que la Sala de Primera Instancia se equivocó al decidir que la liberación del acusado era la consecuencia inevitable de la suspensión del proceso.

Los Magistrados reenviaron el asunto de la liberación del acusado a la Sala de Primera Instancia para una nueva determinación sobre la liberación, Lubanga, a la luz de la decisión y tomando en cuenta todos los factores relevantes, incluyendo la necesidad de mantener al Sr. Lubanga en detención de conformidad con las condiciones previstas en el Estatuto de Roma, según lo contemplado en los artículos 60 y 58 (1).

La incongruencia notoria de los magistrados en el caso se hizo patente, puesto que si no se iba a retomar el juicio, tal y como se negó o rechazó la apelación del fiscal en ese sentido,

entonces, ¿por qué se falló a favor de que permaneciera detenido?

El 22 de octubre de 2008, la Sala de Primera Instancia I reaccionó ante la decisión de la Sala de Apelaciones solicitando a la Fiscalía, a la Defensa y los Representantes Legales de las víctimas, para hacer presentaciones del caso. La fecha límite de presentación fue el 31 de octubre de 2008.

El 18 de noviembre de 2009, la Sala de Primera Instancia I de la CPI anunció su decisión de reanudar el proceso en contra de Lubanga, dado que las razones para imponer la suspensión "carecen de sentido." Los magistrados anunciaron el comienzo del juicio para el 26 de enero de 2009. La Sala de Primera Instancia I decidió que el señor Lubanga no gozaría del derecho a tener libertad provisional durante la celebración del juicio.

Igualmente aparecieron violaciones a la legalidad del procedimiento, así como contradicciones de los jueces y magistrados de la CPI en sus resoluciones, pues resulta incongruente y falto de razón el hecho de que el justo proceso que en un principio ellos mismos adujeron para la suspensión del procedimiento y ordenar la libertad del acusado.

De esta forma y sin fundamentación y motivación alguna, se dejaron de observar y se retractaron fácilmente en su fallo, dejando ver que el procedimiento era con la finalidad de imponer una sentencia condenatoria a Thomas Lubanga,

favoreciendo desde entonces, una equiparación del proceso con la doctrina "del derecho penal del enemigo".

VII.- Conclusiones

Como se puede advertir del proceso de conformación de la Corte Penal Internacional, ésta sigue siendo de reciente creación, pero bien se puede observar que ya ha dejado una fase primordialmente organizativa que la ocupó durante sus primeros años para entrar de lleno en operación.

En esta fase de la vida de la CPI, y sin duda, el caso Lubanga es el precedente de mayor importancia para la Corte Penal Internacional. Las dificultades que superó en el caso involucran un tribunal que todavía tiene mucho camino por recorrer y que avanzó sin tener asideros jurisprudenciales en los cuales apoyarse.

El Tribunal tuvo que resolver desde cuestiones relativas a su competencia, hasta aquellas relacionadas con las dificultades de un proceso justo, lo que implicó correr el riesgo de dejar en la impunidad la muerte y las atrocidades cometidas por Lubanga. De haber caído en el éste, la credibilidad y la funcionalidad la Corte Penal Internacional habría sido su carta de presentación ante el mundo que mantiene la esperanza de sancionar a todas las personas que cometan delitos internacionales.

En este sentido es que la importancia del proceso de Lubanga radica en ser el primero llevado a cabo ante la CPI, e incluye el primer arresto ordenado por ésta, reafirmando su

autoridad en crímenes del Artículo 5 del Estatuto de Roma (genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y agresión), sin perjuicio de las irregularidades en las que se incurrió en el proceso de detención. A partir de esta experiencia, se puede confiar en que con el tiempo, los problemas que se vislumbran en un juicio internacional ante la CPI, y los que en un futuro puedan ir surgiendo, sean subsanados a través de la experiencia adquirida a lo largo de su gestión.

FUENTES DE INFORMACIÓN

BORNAND, Elena. "Caso Lubanga, la Corte Penal Internacional se abre camino". Instituto de Estudios Internacional de la Universidad de Chile. Visible en http://www.iei.uchile.cl/noticias/83987/caso-lubanga-la-corte-penal-internacional-se-abre-camino. Consultado el 18 de julio de 2015.

DONDÉ, MATUTE Javier, "Derecho Penal Internacional", editorial Oxford, México, 2008.

FERRER, Isabel. "La Haya condena a 14 años de cárcel al congoleño Lubanga por reclutar niños". Periódico El País. Sección Internacional. España 2012. Consultado el 26 de julio de 2015. Visible en http://internacional.elpais.com/internacional/2012/07/10/actualidad/1341908125_307478.html. Consultado el 18 de julio de 2015.

GIL GIL, Alicia. "Responsabilidad penal individual en la sentencia *Lubanga"*. Coautoría, en Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: el caso *Lubanga*. Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Christian Steiner, (editores). Fundación Konrad

Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica. Colombia.

HIRSCH, Hans, Joachim; CEREZO MIR, José; DONNA Edgardo Alberto, (Directores), *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2005

ODRIOZOLA-GURRUTXAGA, Miren, "La doctrina de la empresa criminal conjunta en los tribunales ad hoc y su ámbito de aplicación en el Estatuto de Roma", *Anuario Ibero-Americano de Derecho Internacional Penal*, vol. 1, 2013, pp. 86-104, visible en: http://revistas.urosario.edu.co/index.php/anidip/article/view/2861/2336

GREPPI, Edoardo. "La Evolución de la Responsabilidad Penal Individual bajo el Derecho Internacional". Revista Internacional de la Cruz Roja. Consultada el 26 de julio de 2015. Visible en http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/stdnnf.htm

OLÁSOLO, Héctor Alonso. "La Influencia de la Decisión de la Corte Penal Internacional de Confirmación de Cargos en el Caso Lubanga en el Desarrollo del Derecho Penal Internacional", Teoría del derecho número 3, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Costa Rica 2008.

LANDAVERDE, MORIS. "La teoría del dominio del hecho", Revista Jurídica Digital Enfoque Jurídico, 24 de febrero de 2015, visible en: http://www.enfoquejuridico.info/wp/archivos/1626

RAMÍREZ LEMUS, Jhaslen Ricardo. "Corte Penal Internacional ¿Algún horizonte?", en Investigaciones en Ciencias Jurídicas: Desafíos actual del Derecho. Consultado el 25 de julio de 2015. Visible en

http://www.eumed.net/libros-gratis/2014/1397/corte-penal-nternacional.html.

ORTIZ, Ahlf Loreta, Derecho Internacional Público, Tercera edición, Oxford, México, 2006.

OVALLE, FAVELA José, Teoría General del Proceso, Quinta edición, Oxford, México, 2003.

PAVÓN, VASCONCELOS Francisco, Diccionario de Derecho Penal, Tercera edición, Porrúa, México 2003.SEILS, Paul. Una primera e histórica sentencia que plantea preguntas difíciles a la CPI. Centro Internacional para la Justicia Transicional. Consultado el 26 de julio de 2015. Visible en https://www.ictj.org/es/news/una-primera-e-historica-sentencia-que-plantea-preguntas-dificiles-la-cpi.

ROXIN, Claus, Teoría del Tipo Penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico, GACIGALUPO, Enrique (Trad.), Ed. Depalma, Buenos Aires, 1975

REGLAS DE PROCEDIMIENTO Y PRUEBA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Sentencia de la apelación interpuesta por el acusado Sr. Thomas Lubanga Dyilo contra la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I titulada "Decisión relativa a la solicitud de puesta en libertad provisional de Thomas Lubanga Dyilo" consultada el 25 de julio de 2015, visible en: http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc655867.PDF

POBREZA, VIOLENCIA, DELINCUENCIA E INSEGURIDAD EN MÉXICO. FENÓMENOS SOCIALES LIGADOS ÍNTIMAMENTE

Luis Alonso Domínguez Ramos [1]
Héctor Martínez Lara [2]
Edgar Omar Gutiérrez Guerrero [3]

"La Pobreza es la peor forma de violencia"

Mahatma Gandhi

Dedicatoria:

A todos aquellos mexicanos que se han revelado y se han atrevido a cambiar su destino ante las condiciones adversas…

SUMARIO: I.- Introducción II.- La Pobreza y la Migración III.-La Violencia y la Delincuencia: Su relación con las carencias. IV.- Los Jóvenes: Un segmento social sumamente vulnerable ante la Pobreza, la Violencia y la Delincuencia. V.-Conclusiones, VI.- Fuentes de Consulta.

Resumen

Dentro del presente artículo, se realiza un análisis sobre el comportamiento en los últimos años de uno de los principales

[1] Doctor en Administración Pública, Catedrático de las Facultades de Ingeniería y Ciencias Políticas y Sociales de la U.A.CH. y del Instituto Internacional del Derecho y del Estado; Autor del Libro: "El Porqué de la Violencia en México"; Correo electrónico: ladominguez@uach.mx
[2] Doctor en Administración, Catedrático de las Facultades de Contaduría y Administración y de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chihuahua; correo electrónico hectormartinezlara@yahoo.com
[3] Maestro en Administración por la Universidad Autónoma de Chihuahua, cursando actualmente el Doctorado en Administración Pública en el Instituto Internacional del Derecho y del Estado; correo electrónico guma_yb@hotmail.com

problemas sociales que ostenta nuestro país: la pobreza y algunas de sus consecuencias: la violencia, la inseguridad, y la delincuencia; por otra parte, se analiza la relación que pudiera existir entre cada uno de estos fenómenos sociales; finalmente, se analiza uno de los segmentos sociales de nuestro país que se encuentran más vulnerables ante tales condiciones: Los jóvenes.

El presente artículo busca a través del análisis de los fenómenos sociales citados anteriormente el entendimiento y la concientización social ante tales problemáticas, dado que en los últimos años dichas problemáticas se han ido agudizando en algunas regiones de nuestro país, situaciones que de no atenderse de manera efectiva a través de políticas públicas incluyentes y visionarias que permitan el desarrollo integral de las personas, puede convertirse al paso de los años en un problema de seguridad nacional.

Palabras Clave: Pobreza, Migración, Inseguridad, Jóvenes.

Abstract

In this article, an analysis of the behavior in recent years one of the major social problems that holds our country is performed: poverty and some of its consequences: violence, insecurity and delinquency; moreover, the relationship that may exist between discusses each of these social phenomena; finally, we analyze one of the social segments of our country that are most vulnerable to such conditions: Youth.

In that sense, this article aims through the analysis of social phenomena mentioned above understanding and social awareness to such problems, since in recent years these problems have become more acute in some regions of our country, which in not addressed effectively through inclusive public policies that allow the integral development of people, can become the passage of the years into a national security problem.

Keywords: Poverty, Migration, Violence, Insecurity, Youth.

I. Introducción

Una de las situaciones más inquietantes y preocupantes para nosotros los mexicanos en los últimos años se encuentra relacionado con la violencia, la delincuencia y la inseguridad que se vive en muchas comunidades urbanas y rurales de nuestro país, lo cual sin lugar a dudas ha venido afectando de manera importante y paulatina el desenvolvimiento social, económico, político y cultural, por mencionar solo los ámbitos más relevantes, así como el desarrollo grupal y personal de muchas de las familias mexicanas.

Tal situación puede ser atribuible por una parte a la lucha que mantienen algunas organizaciones criminales desde hace ya algunos años en nuestro país, que se dedican a la producción, el tráfico y la comercialización de diversos tipos de drogas, así como a la comisión de delitos conexos, lucha debido principalmente a que tiene como objeto de establecer un dominio territorial, incrementar su mercado de consumidores.

Además de su poder corruptor e influencia ante la sociedad y ante las diferentes autoridades y poderes, y desde luego incrementar sus ingresos económicos, subrayando que dichas organizaciones criminales se encuentran en constante metamorfosis, lo que las convierte en entes sumamente dinámicos.

Siendo un reto sumamente complejo para las instituciones públicas del Estado dedicadas a combatirlas; en ese mismo tenor, nuestro país dejó de ser un territorio de trasiego de diferentes drogas hacía los Estados Unidos de América principalmente, para convertirse en un territorio de producción, tráfico y consumo, con todas las avenencias que esto implica, por lo que el reto de las autoridades de los tres órdenes de gobierno se torna aún más complejo.

Sin embargo, este no es el único factor al que podemos atribuirle la generación de violencia, delincuencia e inseguridad en nuestra sociedad; otros factores pueden ser las problemáticas sociales como la falta de oportunidades laborales y educativas, la carencia de empleos dignos, una distribución inequitativa de la riqueza y de oportunidades, lo que se han convertido en situaciones que han ido contribuyendo a hacer más grande la "brecha" entre pobres y ricos, y por ende, a incrementar la desigualdad social.

Lo anterior, va generando necesidad, frustración, inconformidad y malestar de millones de personas al no poder satisfacer sus necesidades más elementales, y es precisamente

en base a lo anterior, que se va contribuyendo a agudizar el fenómeno de la violencia, la delincuencia y la inseguridad, dado que las carencias de las personas son un precursor en ese sentido.

Según cifras del CONEVAL[4], las diez principales entidades federativas que presentaron un incremento significativo de personas en situación de pobreza en el país según fueron Chiapas, Guanajuato, Hidalgo, México, Michoacán, Morelos, Oaxaca, Puebla, Sinaloa y Veracruz, en donde en el año 2012 dichos estados sumaban 29.9 millones de personas en tal situación, mientras que para el año 2014 eran 32.5 millones de personas, representando lo anterior un incremento solo en esas entidades del 8.7 por ciento en el referido período.

Es importante precisar, que la magnitud de algunas de nuestras más agudas problemáticas sociales, específicamente el de los temas centrales del presente artículo, así como su relación y consecuencias, se hayan fraguado de la noche a la mañana, en un corto plazo y se deban a un solo factor y/o gobierno en específico, ésta situación como ya lo mencionamos anteriormente, es y ha sido consecuencia de un modelo económico, político y social no incluyente y visionario del cual todos somos parte y corresponsables.

[4] Consejo Nacional de Evaluación (CONEVAL), Medición de la Pobreza en México y en las Entidades Federativas 2014, publicado en Julio 2015, www.coneval.gob.mx

De igual manera, no sería correcto el menos preciar y no valorar el esfuerzo institucional y los logros y resultados obtenidos por parte del Gobierno Federal, y por algunos Gobiernos Estatales y Municipales de nuestro país, en cuanto a la prevención, la investigación y el combate de la violencia, la delincuencia y la inseguridad a través de políticas públicas efectivas e incluyentes.

Estos fenómenos sociales a que hacemos alusión en el presente artículo, no deben reducirse a un problema exclusivo del Estado Mexicano y de sus instituciones, sino que, por el contrario, representa una problemática que es de incumbencia general y nos compete resolver a todos, Sociedad-Gobierno, debido a su naturaleza multifactorial.

Cabe señalar que el presente artículo sustenta la siguiente hipótesis central: *el crecimiento paulatino de la población en situación de pobreza en México genera un increm*ento progresivo de la incidencia delictiva en el país.

II. La Pobreza y la Migración

La pobreza es un fenómeno social presente en mayor o menor grado en todas las sociedades del mundo, y el cual, resulta sumamente lastimoso para quien lo vive debido a las diferentes tipos de carencias que son experimentadas durante un período de tiempo, carencias y tiempo que sin lugar a dudas tienen en muchas ocasiones una influencia no positiva en lo que respecta al comportamiento y al desenvolvimiento social de las personas;

Para Vic George, la pobreza consiste en "un núcleo de necesidades básicas y en un conjunto de otras necesidades que cambian en el tiempo y en el espacio"[5], mientras que Baratz y Grigsby determinan a la pobreza como "una privación severa de bienestar físico y bienestar mental, estrechamente asociada con inadecuados recursos económicos y consumos"[6], enfocando ambos autores a la carencia de recursos para acceder a las cosas que necesita.

Aunado a ambos términos, el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL), quien es la institución responsable de medir la pobreza en nuestro país, establece que:

> Una persona se encuentra en situación de pobreza cuando tiene al menos una carencia social (en los seis indicadores de rezago educativo, acceso a servicios de salud, acceso a la seguridad social, calidad y espacios de la vivienda, servicios básicos en la vivienda y acceso a la alimentación) y su ingreso es insuficiente para adquirir los bienes y servicios que requiere para satisfacer sus necesidades alimentarias y no alimentarias.[7]

En México, la pobreza ha alcanzado ya a 55.3 millones de personas al cierre del año 2014, de los cuales 11.4 millones de personas se encuentran en situación de pobreza extrema, esto

[5] GEORGE, V. 1988 Wealth, poverty and starvation (Hemel Hempstead: Harvester Wheatsheaf), 1988, p. 208
[6] BARATZ, M.S. y GRIGSBY, W.G. 1971 "Thoughts on poverty and its elimination" en Journal of Social Policy (Cambridge) Vol. 1, Nº 2, Año 1971, p.120
[7] Consejo Nacional de Evaluación (CONEVAL), Glosario de Términos, www.coneval.gob.mx

según datos del mencionado Consejo (CONEVAL)[8], este indicador nos deja entrever que el 45 por ciento de los mexicanos se encontraba en esta condición, considerando una población para ese mismo año de poco más de 117 millones de personas[9], lo cual, es una situación preocupante, dado que en los últimos años las cifras han aumentado de manera considerable en este rubro.

Como antecedente y teniendo como referencia los resultados de medición de pobreza 2010 del CONEVAL, entre los años 2008 y 2010 la población en pobreza en el país aumentó de 48.8 millones de personas a 52.8 millones, aumentando en un 7.57 por ciento durante ese periodo de tiempo.[10]

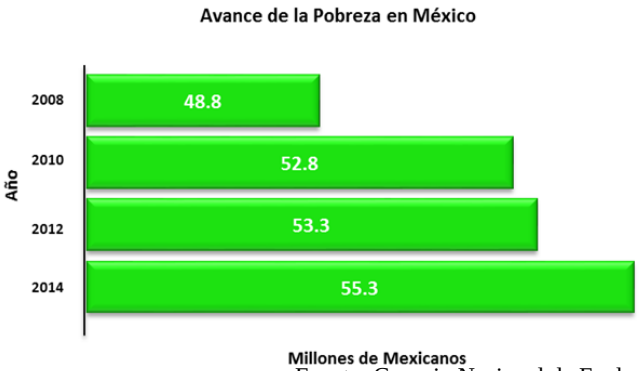
En lo que respecta a la evaluación del periodo 2010-2014, la población en pobreza en nuestro país aumentó en 2, 500,000 mil personas, esto es, pasó de 52.8 millones de personas que se encontraban en esta situación a 55.3 millones, lo cual representa un aumento del 4.7 por ciento en cuatro años.

Si comparamos un periodo de 6 años, es decir, de los años 2008 a 2014, podemos establecer que 6.5 millones de mexicanos cayeron en esta condición, representando lo anterior

[8] Consejo Nacional de Evaluación (CONEVAL), Medición de la Pobreza en México y en las Entidades Federativas 2014, publicado en Julio 2015, www.coneval.gob.mx
[9] Consejo Nacional de Población (CONAPO), Proyecciones de Población 2010-2050, www.conapo.gob.mx
[10] Consejo Nacional de Evaluación (CONEVAL), "Resultados de Medición de Pobreza 2010", www.coneval.gob.mx

un aumento del 13.3 por ciento de la población en situación de pobreza en México durante ese periodo de tiempo.[11]

Gráfico 1. Millones de Personas en situación de Pobreza en México, período 2008-2014



Fuente: Consejo Nacional de Evaluación (CONEVAL)

El problema de la pobreza en nuestro país se encuentra acentuado principalmente en regiones del centro-sur del país, ya que durante el periodo 2012-2014 se presentó un incremento del número de personas pobres en dichas regiones según el CONEVAL[12] al cierre del año 2014.

Las entidades federativas que conforman la región centro sur del país con un incremento de personas en situación de pobreza son: Chiapas, Guanajuato, Hidalgo, México, Michoacán, Morelos, Oaxaca, Puebla y Veracruz.

Por otra parte, cabe señalar que en el país existen comunidades que viven en condiciones de pobreza, debido a

[11] Ídem
[12] Ídem

que su población en algunos de los casos no cuentan con la capacidad para satisfacer sus necesidades de alimentación, ya no digamos las demás; dentro de esas comunidades se encuentran poblaciones urbanas y rurales (se especifican a continuación), dado que la naturaleza de dicho fenómeno no es necesariamente exclusivo de las zonas rurales como pudiera pensarse, ya que en las zonas urbanas también existen ejemplos muy claros de pobreza, aunque es una pobreza con características distintas a la establecida en zonas rurales.

Dentro de las zonas urbanas más representativas de nuestro país, que cuentan además con una alta concentración poblacional se encuentran el Valle de Chalco, Ciudad Nezahualcóyotl y Ecatepec en el Estado de México; por ejemplo, en este último municipio, el 10.2 por ciento de la población que asciende a aproximadamente 173 mil personas, viven en pobreza extrema.

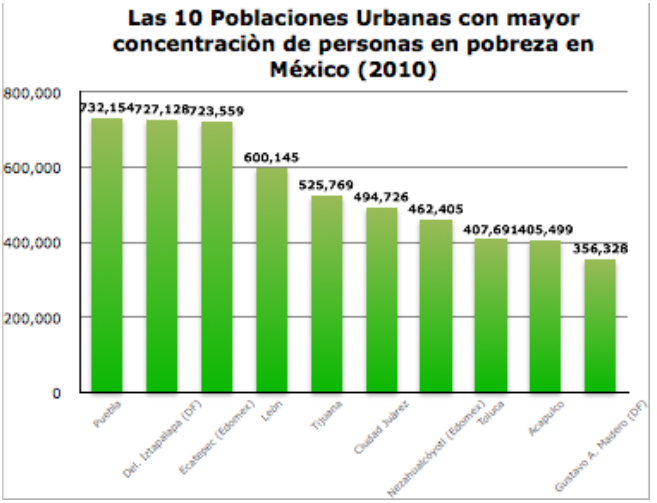
A esto hay que sumarle más de 300 mil que viven en pobreza moderada, los ingresos de estas personas apenas les alcanza para alimentarse, más no para cubrir las necesidades de educación y salud; además, casi la mitad de la población de este municipio puede comer, educarse en escuelas públicas y atender su salud con dificultades, sin embargo, es incapaz de cubrir con sus ingresos las necesidades básicas de vestido, calzado,

vivienda y transporte, equivaliendo a casi 850 mil personas que viven con carencias de la más diversa índole. [13]

Mientras que los 10 municipios y/o con mayor número de personas en pobreza en nuestro país correspondieron a la Ciudad de Puebla, Puebla, con 732 mil 154 personas; la Delegación Iztapalapa, en el Distrito Federal con 727 mil 128 personas; Ecatepec de Morelos, Estado de México con 723 mil 559; León, Guanajuato con 600 mil 145 personas; Tijuana, Baja California con 525 mil 769; Ciudad Juárez, Chihuahua con 494 mil 726 personas; Nezahualcóyotl, Estado de México con 462 mil 405; Toluca, Estado de México con 407 mil 691; Acapulco de Juárez, Guerrero con 405 mil 499, y la delegación Gustavo A. Madero, Distrito Federal con 356 mil 328 personas.[14]

[13] Ídem
[14] Ídem

Gráfico 2. 10 Poblaciones Urbanas con mayor concentración de personas en Pobreza en México, año 2010.



Fuente: Consejo Nacional de Evaluación (CONEVAL)

En tanto a lo referente a las localidades rurales con mayor cantidad de personas en situación de pobreza en México se encuentran las siguientes: San Juan Tepexuila, Oaxaca con 97.4 por ciento de la población; Aldama, Chiapas con 97.3 por ciento; San Juan Cancuc, Chiapas presentando el 97.3 por ciento y Mixtla de Altamirano, Veracruz con el 97.0 por ciento,[15] sólo por mencionar algunos.

De igual manera, organismos internaciones también se han manifestado con respecto al avance de la pobreza en los últimos años en nuestro país; en ese sentido, el Banco Mundial brindó datos al respecto y en base a la nota que fue publicada

[15] Ídem

por el Periódico La Jornada el 20 de Agosto de 2009, menciona que en ese año en México por lo menos 4.2 millones de personas se sumaron a los 5.9 millones que cayeron en esa condición entre el año 2006 y el año 2008.[16]

Por otro lado, un indicador de una instancia internacional que no podemos perder de vista, es el que realizó la Dirección de Políticas de Desarrollo del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), con motivo del Encuentro Empresarial organizado por la Confederación Patronal de la República Mexicana (COPARMEX) en el año 2011, en donde se mencionó que los índices de pobreza en México están muy por encima del promedio de América Latina.

Esto provoca la exclusión social de miles de jóvenes que no tienen acceso a la educación ni al trabajo y son presa fácil del crimen organizado, mencionando también que los índices de pobreza en México han subido alarmantemente desde hace diez años.

En ese mismo tenor se pronuncia también la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), la cual mencionó en el mes de noviembre del año 2011, que entre los años de 1990 y 2010 la tasa de pobreza en América Latina se redujo 17 puntos porcentuales, pasando de 48.4 por ciento a 31.4 por ciento de la población, mientras que la de indigencia, bajó 10.3 puntos porcentuales, de 22.6 a 12.3, por lo que ambos

[16] GONZÀLEZ, Amador Roberto, "Reporte del Banco Mundial", Periódico *La Jornada*, 20 de agosto de 2009.

indicadores se sitúan en su nivel más bajo de los últimos 20 años.

Significando lo anterior que la región cerró ese año con 174 millones de habitantes en situación de pobreza, 73 millones de ellos en condiciones de pobreza extrema o indigencia, también menciona que cinco países registraron disminuciones significativas en sus tasas de pobreza entre los años 2009 y 2010 (Perú, Ecuador, Argentina, Uruguay y Colombia), mientras que Honduras y nuestro país fueron los únicos países con incrementos relevantes en sus porcentajes de pobreza con 1.7 y 1.5 puntos porcentuales respectivamente entre los años 2008 y 2010.[17]

Definitivamente que pudiéramos citar, describir y analizar una gran variedad de indicadores estadísticos con respecto al tema de la pobreza, los cuales, en su mayoría coincidirían que las tendencias de este fenómeno social siguen afectando a millones de mexicanos y se encuentran en franco crecimiento, dejando en claro que existen millones de mexicanos con carencias de diversa índole y que el tener una buena calidad de vida resulta cada vez más complicado, al menos, las cifras analizadas y las tendencias que reflejan dichas cifras así lo escenifican.

[17] Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Estudio Económico de América Latina y el Caribe, "Modalidades de inserción externa y desafíos de política macroeconómica 2010-2011".

Una de las principales causas generadoras de condiciones de pobreza en cualquier país, incluido el nuestro, son los desaciertos en el diseño e implementación de su política económica; en ese sentido.

La economía es definida por Lionel Robbins como: "La Ciencia que estudia la conducta humana como una relación entre fines y medios escasos que tienen usos alternativos"[18], por lo que, podemos entender a la economía como la realización de actividades de cualquier índole por parte de las personas, en la búsqueda de satisfacer sus necesidades a través de bienes y servicios.

Podemos afirmar que la economía se encuentra presente de manera permanente en nuestra vida cotidiana, independientemente de la etnia, condición social, religión, afiliación política o cualquier otro tipo de característica sociodemográfica, lo cual confirma que esta ciencia social se convierte en una de las principales áreas de estudio con respecto a las actividades fundamentales del ser humano.

En materia económica, el Fondo Monetario Internacional (FMI) publicó en su informe anual titulado "Perspectivas Económicas Mundiales" el ranking de las mayores economías del mundo para el año 2013, encabezado por nuestro vecino país del norte, los Estados Unidos de América; en cuanto a la región de Latinoamérica, Brasil se

[18] ROBBINS, Lionel, "An Essay on the Nature and Significance of Economic Science", Londres, 1935.

convirtió en la mayor economía de la región, con una población que llega a los 200 millones de habitantes, mientras que nuestro país se ubicó en la posición número 14 del ranking mundial con un Producto Interno Bruto (PIB) anual de 1.258 billones de dólares.[19]

Si analizamos lo anterior, nos damos cuenta de que nuestro país se encuentra generando riqueza, dado que produce una buena cantidad de bienes y servicios, ese lugar 14 dentro del ranking de las economías mundiales así lo demuestra, sin embargo, en la distribución inequitativa y mal administrada de esa riqueza se encuentra uno de los grandes motivos de que tengamos en el país poco más de 53 millones de pobres, por lo que en nuestro país los indicadores macroeconómicos pueden no tener una influencia positiva y directa en el bolsillo de los mexicanos.

En relación con lo anterior, y con base en una mención que realizó a finales del año 2005, Carlos Slim Helú, uno de los hombres más ricos del mundo, mexicano, de origen libanés, a través de una conferencia ante estudiantes de la Universidad Anáhuac sobre su percepción sobre los retos de México en el contexto global, este precisó lo siguiente:

> "Llevamos veintitantos años sin crecimiento per cápita, o sea que la economía ha crecido como a dos por ciento en 27 años, ese crecimiento es insuficiente en un país como México […]

[19] Fondo Monetario Internacional, "Perspectivas Económicas Mundiales, el ranking de las mayores economías del mundo para el año 2013".

> Ese esquema de 27 años sin crecimiento ha significado problemas graves ya que no hay oportunidades de empleo, no hay crecimiento, la gente tiene que irse a buscar trabajo en otros lados y una marginación o rezago ha continuado acentuándose".[20]

En relación con el modelo económico al que hicimos referencia anteriormente, se desprende el bajo nivel salarial o de ingreso que reciben los trabajadores; en nuestro país los trabajadores que tienen la suerte de contar con un empleo formal, dependen de un ingreso que se denomina "salario mínimo", el cual, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 90 de la Ley Federal del Trabajo, se refiere a la cantidad "menor" que debe recibir en efectivo el trabajador por los servicios prestados en una jornada de trabajo[21].

Dicho salario deberá ser suficiente para satisfacer las necesidades normales de un jefe de familia en el orden material, social y cultural, y para proveer la educación obligatoria de los hijos, sin embargo, lo que plasma la Ley Federal del Trabajo a través del artículo 90 dista mucho de la realidad a las que se enfrentan millones de mexicanos que perciben este ingreso por su trabajo.

Según la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo (ENOE) aplicada por el Instituto Nacional de Geografía (INEGI), uno de cada cinco mexicanos con empleo apenas gana un salario mínimo para vivir, o de plano no recibe ingreso, el cual se trata de un grupo conformado por más de 10 millones de

[20] MARTÍNEZ, José, *Retrato inédito de Carlos Slim*, Océano, pp. 79 y 80.
[21] Ley Federal del Trabajo, artículo 90.

mexicanos en esa condición, contabilizados hasta el tercer trimestre del año 2011.

Dividiéndose el grupo en poco más de 6 millones de trabajadores que ganan hasta un salario mínimo, sumado a otros 4 millones que, pese a no estar desempleados, aseguran no recibir ingresos, asimismo, más de la mitad de los 6 millones de trabajadores que solo ganan un salario mínimo son mujeres.[22] Los salarios mínimos vigentes para el año 2015 establecidos por la Comisión Nacional de los Salarios Mínimos son los siguientes:

a) Área geográfica "A" $ 70.10

b) Área geográfica "B" $ 66.45[23]

Según datos de la Comisión Nacional de los Salarios Mínimos, misma que fija los salarios mínimos generales y profesionales en México y que son publicados en el D. O.F. durante la última década, los salarios mínimos en las tres áreas geográficas establecidas en el país han aumentado en promedio casi 24 pesos en 10 años, 2.4 pesos por año, haciendo mención que en el mes de noviembre del año 2012, el Área Geográfica B se integró a la A y la C se renombró como B.

A través del tiempo, el salario mínimo en México ha sufrido una devaluación significativa en su poder adquisitivo. ¿A que nos referimos con lo anterior?, a que día a día

[22] Instituto Nacional de Geografía e Informática (INEGI) , Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo (ENOE 2011) www.inegi.gob.mx
[23] Comisión Nacional de Salarios Mínimos, www.conasami.gob.mx

simplemente se pueden adquirir menos cosas con él, lo cual ha venido contribuyendo a que se vaya deteriorando el nivel y la calidad de vida de la población que recibe pocos ingresos, dado que en la medida en que mayor sea el crecimiento de los precios de los satisfactores con respecto al salario, menos será la capacidad de las personas para adquirirlos.

Las diferentes crisis económicas a las que nos hemos enfrentado como país a lo largo de nuestra historia, que no han sido pocas en los últimos años (años de 1976, 1982, 1987, 1995, 2009), cinco en los últimos 40 años, así como el incremento en los precios de alimentos y servicios, han afectado significativamente el poder adquisitivo del ingreso de los mexicanos; crisis en las cuales también el desempleo se ha incrementado de manera importante.

En México, desde hace varias décadas, se crean anualmente menos de un millón de empleos formales, siendo cada vez más las personas que demandan un empleo digno y formal para satisfacer sus necesidades y las de su familia, entrando en un proceso de déficit laboral, por si fuera poco lo anterior, el mercado laboral en México se caracteriza por tener ingresos bajos para un porcentaje elevado de la población como ya lo mencionamos anteriormente.

Una de las repercusiones de la pobreza y de los bajos salarios en nuestro país, así como la escasez de empleos, es el fenómeno de la migración; en ese sentido, el Consejo Nacional de Población dentro de su glosario de términos conceptualiza a

la migración como el desplazamiento de personas que cambian su residencia habitual desde una unidad político-administrativa hacia otra dentro de un mismo país, o que se mudan de un país a otro, en un periodo determinado[24]; este fenómeno social se ha agudizado en los últimos años, convirtiendo a nuestro país en un "expulsador" de personas, situación que nos hace cuestionar de nueva cuenta la efectividad del modelo y la política económica implementada hasta nuestro días en nuestro país.

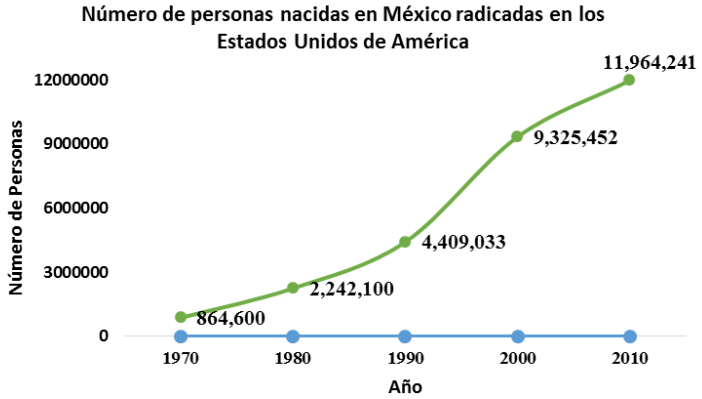
Dentro de los principales destinos que buscan los migrantes mexicanos, se encuentran los Estados Unidos de América, país que, se establece como la primera economía en el mundo en cuanto al valor de su Producto Interno Bruto.[25]

De acuerdo con cifras proporcionadas dentro del apartado de Migración y Salud ubicado en el portal de Internet del Consejo Nacional de Población, para el año de 1900 se estimaban 100 mil personas nacidas en México radicando en los Estados Unidos de América, 70 años después, se tenía una estimación de 800 mil; para el año de 1980, la población de mexicanos se estimaba en 2.2 millones, mientras que para el año de 1990 se duplicó la cantidad a 4.4 millones de mexicanos; para el año 2000 se volvió a duplicar la cantidad con respecto a la década anterior con 8.8 millones y para el año 2007 se tenía

[24] Consejo Nacional de Población (CONAPO), Glosario de términos.
[25] Véase: The World Factbook, Central Intelligence Agency, visible en: https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/, accedida el 16 de junio de 2015.

una estimación de 11.8 millones de mexicanos radicando en los Estados Unidos de América.[26]

Gráfico 3. Número de personas nacidas en México radicadas en los Estados Unidos de América.



Fuente: Consejo Nacional de Población, apartado de Migración y Salud

Esos 11.9 millones de mexicanos a los que hacemos referencia en la gráfica anterior, y que se encontraban viviendo en Estados Unidos para el año 2010, representan el cuatro por ciento de la población total de ese país y alrededor de 30 por ciento de la población inmigrante, colocando a nuestro país como el principal exportador de personas a Estados Unidos de América, por encima de grandes regiones del mundo como Asia (26 por ciento), el resto de América Latina y el Caribe (23 por ciento) y Europa (14 por ciento), siendo como uno de los

[26] Consejo Nacional de Población (CONAPO), apartado de Migración y Salud, www.conapo.gob.mx

principales factores la vecindad que se tiene con este país y las carencias económicas y sociales que tenemos nosotros. [27]

Dentro de las repercusiones sociales y consecuencias de la migración, nuestro país va experimentado al paso de los años la pérdida y la fuga de capital humano y de trabajo, principalmente capital a través de personas jóvenes que se encuentran en edad productiva que buscan un trabajo y una oportunidad para mejorar su calidad de vida, situación que no logran encontrar en su propio país, por lo que muy a su pesar, prefieren dejar la tierra que los vio nacer.

Según las estimaciones del Consejo Nacional de Población, para el año 2030 nuestro país dejará de ser un país de jóvenes, y sin duda, llegará el momento en el que se tendrá que pagar la factura y se resienta la salida de ese capital humano al que hacemos mención.

Haciendo referencia de nueva cuenta a la conferencia del señor Slim en el año 2005, y con respecto al tema de la migración, el menciona que:

> Afortunadamente ha habido una válvula de escape muy importante, desgraciadamente y afortunadamente, es que se van a Estados Unidos 400 mil o 500 mil personas al año a buscar trabajo.
> Hay muchas zonas del país, en esas zonas rurales que antes encontraban trabajo en la ciudad, ahora se tienen que ir a Estados Unidos a trabajar y mandan mucho dinero a México, entonces estamos hablando que quizás 10 millones de personas que se han ido en estos años estén mandando de 18 a 20 millones de dólares…Es triste que no hayamos podido

[27] Ídem

> generar empleos aquí, ni retenerlos, ni siquiera pensar en que pudieran regresar y encontrar un trabajo aquí.[28]

Los fenómenos de pobreza, desempleo, migración, aunado a los salarios bajos, temas que hemos tocado hasta el momento, pudieran considerarse un círculo vicioso, en donde un fenómeno contribuye a que se detone el otro y viceversa.

III. La Violencia y la Delincuencia: Su relación con las carencias.

Es lógico suponer que las personas que han caído y que se encuentran en esta desagradable, difícil y complicada situación de vivir llenas de carencias de diversa índole y de no tener los satisfactores necesarios, buscan de manera legítima en la mayoría de las ocasiones, las formas y los medios a su alcance para subsanar las mismas, sin embargo, desgraciadamente, también existen ocasiones en donde las personas y sus familias, al no encontrar las formas y al no contar con los recursos que les brinden las soluciones a sus problemáticas y a sus necesidades, se resignan y adoptan esta situación con todas las dificultades que implica como un estilo de vida, generando esto, sentimientos de molestia, frustración, enojo y decepción, primero en ellos mismos y posteriormente en el entorno que les rodea.

Las personas que se encuentran en situación de pobreza regularmente se encuentran expuestos a condiciones precarias que atentan en contra de su dignidad como seres humanos,

[28] MARTÍNEZ José, op. cit., p. 79.

atenta contra su salud y bienestar, dado que entre otras cosas, las viviendas carecen en muchos de los casos de la higiene elemental, además de encontrarse con cuestiones de hacinamiento, falta de espacio, y un entorno en general muy desfavorable para su desarrollo integral, que tienen sin duda repercusiones de salud física y psicológica, para muchas de las personas y de las familias que viven en condiciones de pobreza en nuestro país, los sentimientos de preocupación y angustia son vivencias constantes con las que tienen que lidiar día con día, afectando esta situación claramente su estabilidad emocional y el desarrollo de sus relaciones interpersonales.

Un fenómeno que se encuentra íntimamente ligado a la pobreza es la violencia, la delincuencia y la inseguridad; dentro de las características principales de los delincuentes que han sido aprendidos en nuestro país y que se encuentran recluidos en algún Centro de Reinserción Social Federal se encuentran una serie de carencias económicas, sociales, afectivas y emocionales.

En base a un estudio realizado por el Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE) en el año 2012 fue posible identificar varios factores que son proclives a la realización de conductas delictivas.

Identificando en dicho análisis importantes carencias en el entorno en que crecieron los internos, tales como el abandono o negligencia por parte de los padres, bajo nivel de escolaridad, deserción escolar e incorporación al mercado laboral informal a

temprana edad, abandono del hogar, consumo de alcohol o drogas ilícitas entre los adultos responsables, familiares en prisión, violencia o conflictos en la familia, abuso sexual, bajos ingresos, empleo inestable, formación de pareja y procreación a temprana edad, entre otros. [29]

En ese tenor se pronuncia el investigador del Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE) Fernando Tenorio Tagle, el cual menciona que el estar ubicado en segmentos débiles de la sociedad, ubica a las personas igualmente en una situación de debilidad frente al sistema penal como también frente al delito; esta desventaja de las clases inferiores no se ha modificado hasta nuestros días, pero sí el avance de la criminalidad, la cotidianeidad del delito, sus partícipes y sus víctimas no se concentran en algún específico estrato social, sino que se distribuye en todos estos.[30]

En concordancia con Tenorio Tagle, las personas que se encuentran en situación de pobreza, ya no digamos en pobreza extrema, definitivamente se encuentran más susceptibles a generar violencia, delinquir e incorporarse a las filas de la delincuencia organizada y/o en su caso desorganizada, debido a diferentes factores, como los ya mencionados e identificados por el CIDE en su estudio, causando en las personas

[29] Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), Resultados de la Primera Encuesta realizada a Población Interna en Centros Federales de Readaptación Social, Pág. 22, Año 2012.
[30] TENORIO Tagle, Fernando, Seguridad pública, Tres puntos de vista convergentes, Ediciones Coyoacán, agosto 2006.

insatisfacción e inconformidad con su vida, con su situación y con su entorno.

En ese sentido, muchas personas que se encuentran a lo largo de su vida con situaciones como las descritas anteriormente y que no tienen a su alcance los medios lícitos necesarios para obtener una mejor calidad de vida en ocasiones se ven orilladas a cometer delitos, debido a la necesidad que tiene de hacerse de recursos para satisfacer sus necesidades más básicas.

Sin embargo, es importante aclarar que ésta no es la única condicionante ni el único factor que influye en las personas a cometer ilícitos, ni a generar violencia, existen también muchas personas que cometen delitos y que generan violencia y que no tienen carencias económicas de ningún tipo, en este caso, las carencias van en otro sentido, mas no en el económico.

Aun cuando la pobreza no es la única causa de la delincuencia, está asociada a ella, teniendo influencia otros factores del tipo social y emocional, además de la desigualdad y la injusticia social, situaciones que ya mencionamos anteriormente abundan en nuestro país.

Otra de las características que cobra realce dentro del estudio realizado por el CIDE, es el promedio de edad de las personas sentenciadas dentro de los Centros Federales de Reinserción Social, dentro del cual se establece que el 25.2 por ciento de los hombres tienen una edad entre 21 y 30 años,

mientras que en el caso de las mujeres el porcentaje aumenta a 29.5 por ciento[31], tema que abordaremos en el siguiente punto.

IV. Los Jóvenes: Un segmento social sumamente vulnerable ante la Pobreza, la Violencia y la Delincuencia.

Uno de los segmentos más vulnerables de nuestro país al encontrarse en condiciones adversas y/o de carencias son los jóvenes; hablar de la juventud es hablar de una etapa en la vida en donde existen una serie de variaciones e inestabilidades del tipo físico y emocional, siendo esta etapa de la vida en la que mayormente se termina de moldear y transformar a un individuo.

En esta etapa de la vida, puede decirse que se definen prácticamente y se establecen algunas de las cosas que habrán de ser determinantes para el futuro y para la vida en general; entre ellas, la personalidad, el carácter, los valores, y la conducta, las cuales, requieren de la guía, la supervisión y el apoyo de figuras moldeadores y ejemplos a seguir como la familia, la escuela, los docentes, los amigos y la sociedad, figuras que sin lugar a dudas influyen de manera positiva y negativa y en diferentes medidas. Dado que en esta etapa de la vida el aprendizaje, las conductas y las costumbres que se inculquen se vuelven fundamentales para el futuro y la prosperidad.

[31] Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), Resultados de la Primera Encuesta realizada a Población Interna en Centros Federales de Readaptación Social, Pág. 14, Año 2012.

La participación de los jóvenes es sumamente importante para el desarrollo integral de una sociedad y de un país, más en un país como el nuestro en donde poco menos de la mitad de la población tiene esta preciada característica; en la actualidad en nuestro país este nicho de la población se ha visto afectado por tiempos sumamente complejos y difíciles, los cuales han traído a su paso desempleo, pobreza, desigualdad social, falta de oportunidades laborales y educativas, delincuencia, inseguridad y violencia, además de mucha desesperanza

Siendo ellos, los jóvenes, uno de los sectores de la población que se ha visto más vulnerable y afectado ante esta situación. México es un país de jóvenes; según el Instituto Nacional de Geografía (INEGI), la mitad de la población en nuestro país tiene 26 años o menos, esto según los resultados del Censo de Población y Vivienda del año 2010, de los cuales, el 47.1 por ciento trabaja y el 26.7 por ciento estudia, mientras que el 26 por ciento restante pudiera considerarse, según la propia institución, que no estudia ni trabaja, encontrándose en una situación de "improductividad parcial".[32]

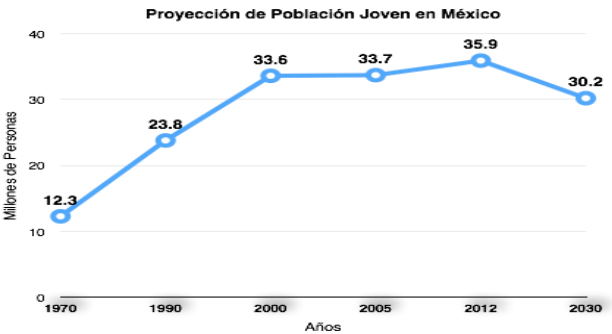
De acuerdo con las estimaciones del Consejo Nacional de Población, en el año 2012 será el año en el que la población juvenil en nuestro país alcanzará su máximo histórico y se ubicará en casi 36 millones de personas.

[32] Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI), Boletín informativo con motivo del día internacional de la Familia.

Mientras que según las predicciones del propio Consejo para el año 2030 la población de jóvenes habrá decrecido en un 15 por ciento con poco más de 30 millones, según se puede visualizar en la siguiente gráfica.[33]

Gráfico 4. Proyección de la Población Joven en México (1970-2030)

CONAPO



Fuente: Consejo Nacional de Población.

Según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), la situación de los jóvenes en México "es preocupante", debido a que 19.2 millones de personas entre los 15 y los 29 años[34] no están matriculados en algún centro de estudio, se quedaron en el rezago educativo.

Esto les impide incorporarse al mercado de trabajo en condiciones de bienestar, dentro de este grupo, se identificó a 6.7 millones de jóvenes[35] de la llamada generación de "*ninis*",

[33] Consejo Nacional de Población, www.conapo.gob.mx
[34] Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), "Mejorar las Escuelas: Estrategias para la Acción en México", disponible en: http://www.oecd.org/edu/preschoolandschool/47101613.pdf
[35] Ídem

es decir, que no estudian, ni trabajan, ni realizan actividad alguna.

Por otro lado, un estudio realizado por la Secretaría de Educación Pública, específicamente por la Subsecretaría de Educación Superior a través de la Encuesta los Jóvenes y la Educación 2010, menciona que existen 7.8 millones de jóvenes que no estudian ni trabajan, de los cuales 3 millones pertenecen a las clases de mayor poder económico o son de clase media.

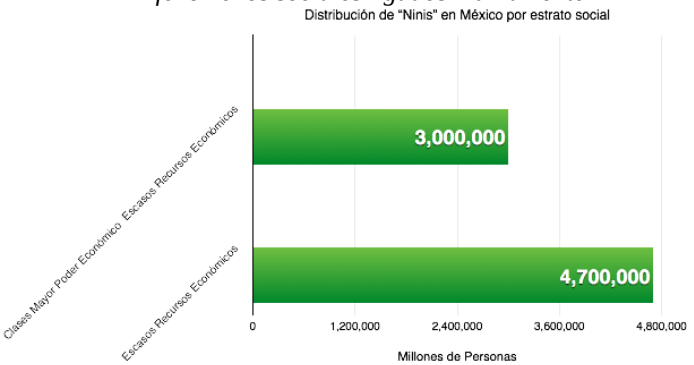
Otros 4.7 millones son muchachos de escasos recursos que sobreviven en la pobreza, siendo en el país el Estado de México el que contribuye con el mayor número de estos jóvenes, número que asciende a un millón 36 mil personas.[36]

La investigación realizada donde se reconoce la existencia de millones de jóvenes en esa condición, también establece que de estos 7.8 millones de "ninis" el 26.6 por ciento no concluyó el nivel básico, el 43.8 por ciento concluyó el nivel de educación básica o incluso incursionó en el nivel medio superior dejándolo inconcluso

El 18.6 por ciento concluyó el nivel medio superior y el 11 por ciento aprobó algún grado de educación superior o incluso concluyó sus estudios en ese nivel.[37]

Gráfico 5. Distribución de Ninis por Estrato Social en México, 2010

[36] Secretaria de Educación Pública, Subsecretaría de Educación Superior, Encuesta Nacional de Juventud 2010, http://www.sep.gob.mx/work/models/sep1/Resource/2249/1/images/vf-jovenes-educacionninis.pdf
[37] Ídem



Fuente: Encuesta Nacional de Juventud 2010, Subsecretaría de Educación Superior, Secretaría de Educación Pública.

Con respecto a la "inactividad" de los jóvenes, es necesario que los gobiernos federal y estatal amplíen la cobertura educativa en todos sus niveles y que se creen una mayor cantidad de oportunidades de empleos para ellos, que se eleve la calidad de la educación a través de contenidos de actualidad, que den respuesta a las circunstancias actuales, que se brinde más tiempo a analizar contenidos con temas de actualidad que permitan visualizar lo que está pasando en México y en el mundo.

Con el objeto de que se permita conocer, entre otras cosas, los riesgos y las problemáticas que existen en su entorno, que les permita obtener habilidades y herramientas para afrontar con mayores elementos y atributos el futuro, que se vincule a los jóvenes con el sector empresarial y con las actividades productivas que el país requiere, en sí, considerar la re-

ingeniería del modelo educativo que hemos venido implementando hasta el momento.

Siguiendo con la situación de los jóvenes de nuestro país, muchos de ellos se convierten en presa fácil de la delincuencia organizada y del narcotráfico; se cuentan por millones y están distribuidos a lo largo y ancho del territorio nacional, son jóvenes que para su infortunio y para infortunio de la sociedad se encuentran pasando inadvertidos, negándose para ellos y negándose ellos mismos la posibilidad de ser miembros productivos para la sociedad y sus comunidades, siendo lo anterior un problema sumamente grave debido a que la mayoría de esas personas se encuentran sin trabajo y sin posibilidad de estudiar, buscando en algunos casos, sin fortuna, alguna actividad productiva que les permita desarrollarse de manera integral.

Desgraciadamente para el país, los jóvenes en esta situación viven en condición de marginación, discriminación y exclusión, son personas que en la mayoría de los casos se encuentran obligados al ocio y a la incertidumbre, causando en ellos graves problemas psicológicos y de salud, además de una caída drástica de su autoestima.

Por si esto no fuera suficiente, existe un enemigo silencioso que los vigila sigilosamente: la delincuencia organizada, delincuencia que encuentra en la inactividad de los jóvenes un centro de reclutamiento para sus actividades y un

caldo de cultivo, lo que los convierte en un botín sumamente deseado para cualquier grupo criminal.

Diversos autores han señalado, que de no atenderse de manera inmediata esta problemática, existe el riesgo de que la condición "nini" haga presa fácil de la violencia, las adicciones y el crimen organizado a los jóvenes y a los niños de este país.

Haciendo referencia a este último párrafo, desgraciadamente en los últimos años han caído miles de niños y jóvenes en la comisión de actividades delictivas y consumo de enervantes, según la Dirección de los Centros de Integración Juvenil (CIJ), la edad de iniciación de los consumidores de drogas en nuestro país ha bajado de entre los 15 y 19 años que se reportaba en el año 2002, a los 12 y 15 años de edad que se reportaba en el año 2008.[38]

Por otro lado, y según cifras del Sistema Institucional de Información Estadística de la Procuraduría General de la República, en el sexenio anterior (2006-2012) fueron detenidos 26 mil 856 menores de edad por delitos federales, entre ellos 11 mil 548 niños y adolescentes, que afrontan juicios por asesinato.[39]

[38] Revista de los Centros de Integración Juvenil (CIJ) Informa, año 15, número 50, enero-marzo 2010.
[39] Procuraduría General de la República (PGR), Sistema Institucional de Información Estadística, www.pgr.gob.mx

La Procuraduría General de la República (PGR), reveló que la mayoría de los menores infractores participan, principalmente, en delitos contra la salud, como es el comercio, posesión y consumo de droga, así como por portación de armas de fuego prohibidas, lo cual coincide con el estudio realizado por el CIDE, el cual establece que los delitos contra la salud constituyen el principal delito de los internos sentenciados en los centros penitenciarios federales, en donde el 60.2 por ciento de los internos están sentenciados por estos delitos, en el caso de las mujeres, el porcentaje es significativamente mayor ya que el 80 por ciento está sentenciada por esos delitos.[40]

Algunos autores y autoridades han hecho hincapié en los últimos años en la importancia de subrayar los aspectos cognitivos interpersonales en la descripción del delincuente juvenil; sin embargo, la mayoría de los estudios descriptivos de la carrera delictiva señalan una serie de factores individuales, sociales y familiares que caracterizan al delincuente juvenil y que llevan a la conclusión de que el delincuente juvenil es una persona con un gran conjunto de deficiencias y carencias. Entre los factores que Garrido Genovés cita como características de los jóvenes delincuentes tenemos los siguientes:

1) Impulsivos.

[40] Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), Resultados de la Primera Encuesta realizada a Población Interna en Centros Federales de Readaptación Social, Pág. 7, Año 2012.

2) Con afán de protagonismo.
3) Fracaso escolar.
4) Consumidores de drogas.
5) Baja autoestima.
6) Familia desmembrada.
7) Clase baja.
8) Sin habilidades sociales.
9) Poco equilibrio emocional.
10) Inadaptados.
11) Frustrados.[41]

Es importante mencionar que si el gobierno y la sociedad no ponen cartas en el asunto al proporcionarles verdaderas oportunidades para un desarrollo integral y permanente, valores sólidos y arraigados, y una mejora en la calidad de vida a niños y jóvenes en la próxima década.

Dado que México registrará la más alta población de jóvenes en los siguientes diez años, este sector se puede convertir en un sector demasiado vulnerable y en una problemática de "seguridad nacional" debido al riesgo que implica de que sean utilizados no solo para el consumo, transporte o comercio de drogas, sino para llevar a cabo actos delictivos y de desorden social, sin tener conciencia plena de que su vida y su integridad se encuentra en alto riesgo, además de lacerar de manera drástica a la sociedad.

Finalmente, y en la medida en que la mayoría de las personas de este país no cuenten con condiciones decorosas de

[41] GARRIDO Genovés, V.: Redondo Illescas, S.: Manual de criminología aplicada, Ediciones Jurídicas,Mendoza, 1997, p. 143-144.

vida, una educación adecuada y horizontes laborales promisorios, las posibilidades para un desarrollo permanente para las personas serán menores y la violencia y la delincuencia serán, desgraciadamente, un invitado permanente en la sociedad mexicana.

Consideramos que el Estado Mexicano en su conjunto y la sociedad debemos de tener una mayor visión y responsabilidad para brindar un futuro promisorio para las próximas generaciones. A lo largo de nuestra historia, millones de nuestros niños y jóvenes han sido "víctimas", por llamarlo así, del modelo social y económico de nuestro país, de las organizaciones delincuenciales, de la sociedad, de las circunstancias y hasta de ellos mismos.

¿Hasta cuándo?, definitivamente hasta que obremos de manera distinta y creemos verdaderas oportunidades de desarrollo integral para ellos y para todos.

V. Conclusiones

Nos encontramos inmersos en un mundo sumamente globalizado y cambiante, en donde las condiciones y necesidades de vida de la población cobran una atención especial para la evolución y el desarrollo de nuestra sociedad; una de las situaciones que urge atender en nuestro país son los altos niveles de pobreza que se muestran dentro de nuestra sociedad; en ese sentido, nuestro país tristemente se ha

caracterizado a lo largo de su historia de una desigual distribución de la riqueza y por ende de un bajo nivel socioeconómico y calidad de vida de gran parte de su población.

Ocasionando que dicha población se vea afectada entre otras cosas por consecuencias como la marginalidad, la desigualdad social y la falta de oportunidades para un verdadero desarrollo integral, ocasionando lo anterior serios problemas colaterales dentro de los que se encuentran la delincuencia, la inseguridad y la violencia, convirtiéndose lo anterior en un círculo vicioso que va afectando de manera directa e indirecta a toda la sociedad, pero muy especialmente a un segmento que se encuentra sumamente vulnerable ante tales situaciones como lo son los jóvenes, por ende, se requiere desde el punto de vista de los autores de una reingeniería de políticas públicas incluyentes y equitativas en los aspectos económico, político, social y educativo principalmente que les permitan a millones de personas cambiar sus circunstancias y la de sus familias.

Por otra parte, la hipótesis central del presente artículo que asevera que *el crecimiento paulatino de la población en situación de pobreza en México genera un incremento progresivo de la incidencia delictiva en el país* se *comprueba,* dado que se aprecia claramente que la situación de pobreza en México ha ido incrementándose paulatinamente, ya que durante el periodo 2008-2014 se aprecia un incremento representativo

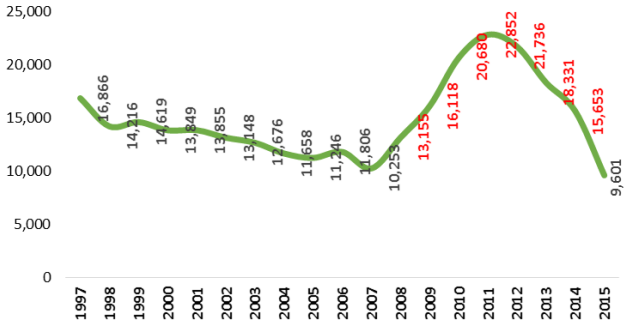
de 6.5 millones de personas en situación de pobreza en México[42], lo que representa el 13 por ciento de incremento.

También se aprecia que la incidencia delictiva de delitos de alto impacto social (homicidio doloso, secuestro, extorsión y robo de vehículo con y sin violencia) se han ido incrementando progresivamente durante el periodo 2008-2014 en el país, en donde en tal periodo el delito de homicidio doloso llegó a presentar un incremento del 73 por ciento; el secuestro presentó un aumento del 87 por ciento; la extorsión incrementó 68 por ciento; el robo de vehículo con violencia aumentó 92 por ciento y el robo de vehículo sin violencia también presentó un incremento del 6 por ciento[43].

A continuación, y aunado al análisis anterior, se presentan las tendencias delictivas de los delitos de mayor impacto social en México durante el periodo 1997-2015, que junto con las tendencias de los millones de personas en situación de pobreza en México del período 2008-2014 mostradas en el gráfico 1, muestran una clara perspectiva de la hipótesis planteada y comprobada del presente artículo, entre más se presente el crecimiento de personas en situación de pobreza en México, tienden a incrementarse los casos de violencia, delincuencia e inseguridad en el país.

[42] Consejo Nacional de Evaluación (CONEVAL), Resultados de Medición de Pobreza 2015, www.coneval.gob.mx
[43] Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública 2015, www.secretariadoejecutivo.gob.mx

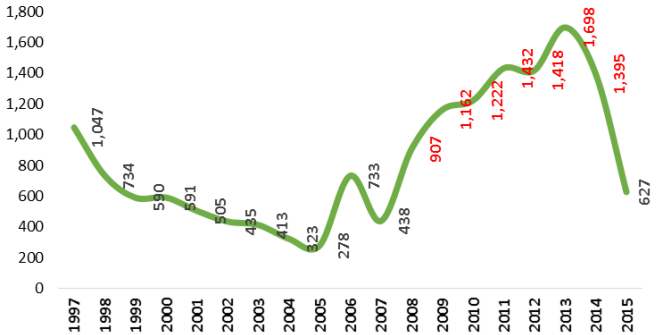
Gráfico 6. Carpetas[44] de Investigación Iniciadas por el Delito de Homicidio Doloso en México 1997-2015[45]



Fuente: Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública (SESNSP)

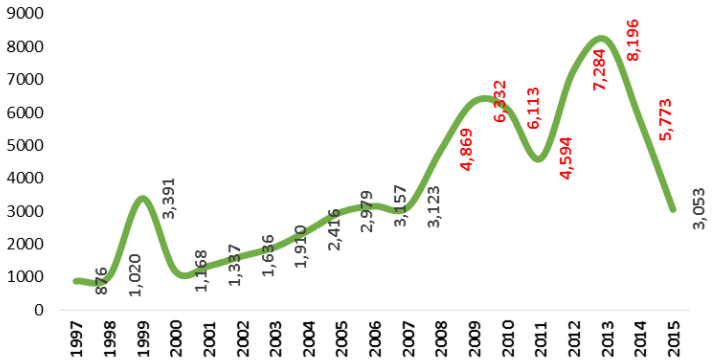
[44] Las carpetas de investigación son iniciadas por los Ministerios Públicos de las Entidades Federativas del País.
[45] Las cifras del año 2015 corresponden hasta el día 31 de julio.

Gráfico 7. Carpetas de Investigación Iniciadas por el Delito de Secuestro en México 1997-2015[46]



Fuente: Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública (SESNSP)

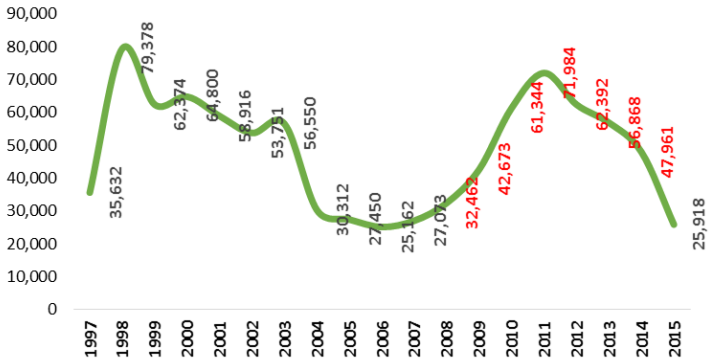
Gráfico 8. Carpetas de Investigación Iniciadas por el Delito de Extorsión en



Fuente: Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública (SESNSP)

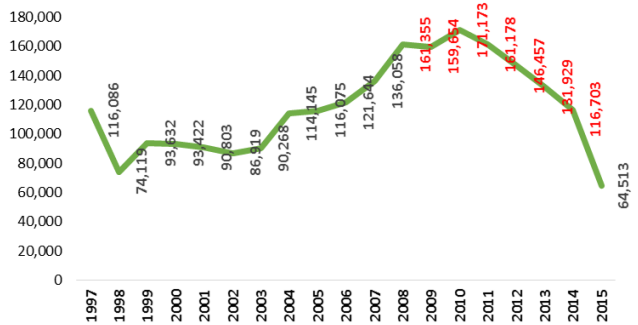
[46] Las cifras del año 2015 corresponden hasta el día 31 de julio.
[47] Las cifras del año 2015 corresponden hasta el día 31 de julio.

Gráfico 9. Carpetas de Investigación Iniciadas por el Delito Robo de Vehículo con Violencia en México 1997-2015[48]



Fuente: Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública (SESNSP)

Gráfico 10. Carpetas de Investigación Iniciadas por el Delito Robo de Vehículo sin Violencia en México 1997-2015[49]



Fuente: Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública (SESNSP)

[48] Las cifras del año 2015 corresponden hasta el día 31 de julio.
[49] Las cifras del año 2015 corresponden hasta el día 31 de julio.

Una vez atendida tal problemática y sus efectos, será posible atacar los fenómenos sociales de violencia, delincuencia e inseguridad en México, ya que a medida que se mejoren las condiciones de vida de las personas con un trabajo digno bien remunerado y el acceso a servicios básicos como la salud, vivienda y educación, es probable que las personas no recurran a actos ilícitos para satisfacer dichas necesidades básicas requeridas por el ser humano.

VI. Fuentes de Consulta

Bibliográficas y hemerográficas

BARATZ, M.S. y GRIGSBY, W.G. 1971 "Thoughts on poverty and its elimination" en Journal of Social Policy (Cambridge) Vol. 1, Nº 2, Año 1971, p.120

--- --- (CIDE), Resultados de la Primera Encuesta realizada a Población Interna en Centros Federales de Readaptación Social, Pág. 7, Año 2012.

--- --- (CIDE), Resultados de la Primera Encuesta realizada a Población Interna en Centros Federales de Readaptación Social, Pág. 14, Año 2012.

--- --- (CIDE), Resultados de la Primera Encuesta realizada a Población Interna en Centros Federales de Readaptación Social, Pág. 22, Año 2012

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Estudio Económico de América Latina y

el Caribe, "Modalidades de inserción externa y desafíos de política macroeconómica 2010-2011".

Fondo Monetario Internacional (FMI), "Perspectivas Económicas Mundiales, el ranking de las mayores economías del mundo para el año 2013".

GARRIDO Genovés, V.: Redondo Illescas, S.: Manual de criminología aplicada, Ediciones Jurídicas, Mendoza, 1997, p. 143-144.

GEORGE, V. 1988 Wealth, poverty and starvation (Hemel Hempstead: Harvester Wheatsheaf), 1988, p. 208

GONZÀLEZ, Amador Roberto, "Reporte del Banco Mundial", Periódico La Jornada, 20 de agosto de 2009.

Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI), Boletín informativo con motivo del día internacional de la Familia.

MARTÍNEZ, José, Retrato inédito de Carlos Slim, Océano, pp. 79 y 80.

Revista de los Centros de Integración Juvenil (CIJ) Informa, año 15, número 50, enero-marzo 2010.

ROBBINS, Lionel, "An Essay on the Nature and Significance of Economic Science", Londres, 1935.

TENORIO Tagle, Fernando, Seguridad pública, Tres puntos de vista convergentes, Ediciones Coyoacán, agosto 2006.

The World Factbook, Central Intelligence Agency, visible en: https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/

Legislativas

Ley Federal del Trabajo, artículo 90.

Electrónicas

Comisión Nacional de Salarios Mínimos, www.conasami.gob.mx

Consejo Nacional de Evaluación (CONEVAL), Glosario de Términos, www.coneval.gob.mx

Consejo Nacional de Evaluación (CONEVAL), Resultados de Medición de Pobreza 2015, www.coneval.gob.mx

Consejo Nacional de Evaluación (CONEVAL), Resultados de Medición de Pobreza 2012, www.coneval.gob.mx

Consejo Nacional de Evaluación (CONEVAL), "Resultados de Medición de Pobreza 2010", www.coneval.gob.mx

Consejo Nacional de Población (CONAPO), Proyecciones de Población 2010-2050, www.conapo.gob.mx

Consejo Nacional de Población (CONAPO), Glosario de términos.

Consejo Nacional de Población (CONAPO), apartado de Migración y Salud, www.conapo.gob.mx

Instituto Nacional de Geografía e Informática (INEGI), Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo (ENOE 2011) www.inegi.gob.mx

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), "Mejorar las Escuelas: Estrategias para la Acción en México", http://www.oecd.org/edu/preschoolandschool/47101613.pdf

Procuraduría General de la República (PGR), Sistema Institucional de Información Estadística, www.pgr.gob.mx

Secretaria de Educación Pública (SEP), Subsecretaría de Educación Superior, Encuesta Nacional de Juventud 2010, http://www.sep.gob.mx/work/models/sep1/Resource/2249/1/images/vf-jovenes-educacionninis.pdf

Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública (SESNSP), "Tasas por cada 100 mil habitantes 1997-2015"

LOS DERECHOS DE LA POBLACIÓN TRANSGÉNERO EN EL DERECHO COMPARADO

Héctor García Aguirre [1]

SUMARIO: I. Introducción II. Colombia III.- Argentina IV.- España V.-Conclusiones V.- Nota final VI.- Fuentes de información

Resumen

La comunidad vive en constante cambio así como su percepción sobre: sexualidad, familia, adopción o el matrimonio y entreverados tabúes, prejuicios, machismo, feminismo u homofobia; no obstante, debemos aceptar que como seres humanos inmersos en una sociedad que es parte del Estado, hemos decidido sacrificar una parte de nuestra libertad para su conformación; ese acuerdo nos lleva al sometimiento a determinadas reglas de convivencia social que se transforman en normas jurídicas obligatorias y es en este sentido en el que debemos buscar que todos los sectores de la sociedad se vean favorecidos por esas reglas de convivencia traducidas en derechos humanos; excluir a la población transgénero por su forma de manifestarse, de vestir, de caminar, de ver la vida de una forma diferente al heterosexual, es discriminación y si como sociedad hemos decidido aceptar las reglas, entonces debemos entender y someternos al mandato constitucional de nuestros países -sobre todo occidentales- que en su mayoría prohíben esa

[1] Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Veracruz Villa Rica, en Boca del Río, Maestro de Tiempo Completo en la Universidad Autónoma de Chihuahua

práctica deleznable. Este trabajo forma parte de una investigación jurídica del fenómeno transgénero y tiene como objetivo general hacer una comparación del derecho por cuanto hace al tratamiento que se la da a esta comunidad en los países más avanzados en la materia.

Palabras Clave: derechos humanos, discriminación, convivencia social, población transgénero, mandato constitucional.

Abstract

Society lives in continuous change as well as its perception about sexuality, family, adoption, marriage, and, intrinsic to these concepts, ideas such as taboos, prejudges, "machismo" or women oppression (machismo), feminism and homophobia. Nevertheless, we must accept that as human beings living in a society that is part of the State we have decided to cease part of our liberty in order to define it. This common agreement subdues us to legal regulations which are mandatory for all of us and it is in that sense we must look forward to all segments of society being favored by these rules. Excluding transgender population because of its way of expressing itself, dressing, walking, or generally thinking and living in a different way than the heterosexual one is discrimination and if as a society we have accepted to live by those rules, it is our responsibility to understand and obey the constitutional command of our respective countries, which mostly prohibit this atrocious practice. This work is part of a legal research about the transgender phenomenon and has by general object that of

making a comparison of the laws about the treatment given to this community in the countries that are most advanced in this topic.

Key Words: human rights, discrimination, social coexistence, transgender people, constitutional mandate.

I. Introducción

Consideramos que la inclusión del derecho comparado en cualquier investigación jurídica no sólo es válida sino necesaria; siguiendo el criterio de Fix Zamudio[2], consideramos la comparación como un método, porque al investigar diferencias y coincidencias entre los diversos ordenamientos jurídicos de otros estados, resulta en un mejor conocimiento de nuestro derecho nacional, haciéndonos de un conocimiento más amplio sobre el tema derivado de esa exploración de otros criterios, conceptos o definiciones.

Así las cosas, es evidente que estamos siguiendo un camino a través de la búsqueda en los diversos codificaciones de la comunidad internacional, dando pasos para encontrar esos puntos coincidentes o divergentes con nuestra propia legislación, luego entonces, se justifica la adhesión a Fix Zamudio de que el derecho comparado es un método de trabajo.

El tema de la transexualidad está rodeado de múltiples factores sociológicos, pero sobre todo jurídicos, que dan soporte

[2] MORINEAU, Martha, "Evolución de la familia jurídica romano-canónica", *el derecho comparado,* p. XXI, disponible en la biblioteca jurídica de la UNAM en su página http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1855/5.pdf consultada el 23/08/2015

indiscutible a nuestra investigación en el sentido de la necesaria construcción de una verdadera cultura de respeto a la inocultable diversidad sexual, pero sobre todo a la población transgénero y transexual en el Estado de Chihuahua a través de su configuración, reconocimiento y protección jurídica. Esos factores jurídicos son derechos fundamentales que si bien es cierto algunos de ellos no aparecen como tales en nuestra Constitución, sí los contempla ésta, indirectamente, en los diversos tratados de los que México forma parte, de conformidad con el artículo 133 de la Constitución; nos referimos a la dignidad, intimidad sexual y personal, identidad sexual y personal, libre desarrollo de la personalidad, la propia imagen o la reasignación sexual.

Nos hemos decantado por el análisis de algunos de esos valores universales en ordenamientos jurídicos de países que van a la vanguardia en el tema del reconocimiento a los derechos de la población LGBTTTI[3], particularmente al transgénero y transexual, como lo son Holanda, España, Argentina y Colombia, pero también de Estados que tienen un considerable atraso, desde nuestra perspectiva, del respeto a los derechos fundamentales, como Somalia en África por ejemplo y otros de Oriente Medio como Yemen y Siria en los que sus libros sagrados y sus teocracias les impiden visualizar otras formas de vida.

[3] La población lésbico, gay, bisexual, transexual, travesti, transgénero e intersexual.

Como valores universales y presupuestos de los derechos fundamentales de la diversidad sexual, particularmente de la población transgénero y transexual, haremos una confrontación de algunos conceptos vistos tanto por el derecho extranjero como por el derecho nacional; por cuestión de método, plantearemos en primer término desde la óptica internacional y posteriormente cómo son tratados en el ámbito local; esos valores en estudio, desde nuestra perspectiva, constituyen algo valioso para todo ser humano, entre otros, como ya quedó asentado: dignidad, igualdad, libre desarrollo de la personalidad, identidad personal, identidad sexual, intimidad, propia imagen, no discriminación, salud, información y educación.

Finalmente haremos un examen del tratamiento que diversas entidades federativas de nuestra República le dan a los temas fundamentales que afectan a la población transgénero; entre otros: el Distrito Federal, pionero en la construcción jurídica de esa realidad insoslayable, y Coahuila, pero también analizaremos dos Estados que se resisten a la modificación de sus leyes para satisfacer las necesidades de la población transgénero.

II. Colombia

Seleccionamos a Colombia por considerar que es uno de los países hispanoparlantes que más ha avanzado en darle el valor que merece a la fuente de todo sentimiento de las personas y origen innegable de todo derecho humano: la dignidad. Es la

Corte Constitucional de Colombia la que, en el año 2002, entre otros lineamientos dice que: "[…] (i) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor […]", como más adelante se detalla. No se pasa por alto que en México fue hasta 2011 en que la Suprema Corte de Justicia de la Nación incorporó a la jurisprudencia la definición y concepto del término dignidad; la Constitución de Colombia lo hizo en 1991 y en la nuestra fue hasta el año 2001 cuando se incorporó el término.

El diccionario Larousse la define como: [1. Sentimiento de amor propio o autoestima de las personas muy sensibles a las ofensas, desprecios o faltas de respeto.][4]; la Real Academia Española como: [1.f. Cualidad de digno. 2. f. Excelencia, realce.][5]. Por nuestra parte, consideramos que es una esfera de sentimientos muy íntima de todo ser humano, que tiene que ver con lo que quiere, con lo que estima de él, de sus sentimientos, de su personalidad, de su forma de ser, de su manera de hablar, de caminar, de conducirse en sociedad, de todo lo que para él es valioso y para lo cual espera de los demás, respeto.

La dignidad, nos dice Karen Castillo: "no está en función de una creencia, una ritualidad o un concepto excluyente de salvación, sino en la realización plena de cada

[4] Véase: http://www.larousse.mx/resultados/, ultima vez consultada el 23/08/2015

[5] http://lema.rae.es/drae/?val=dignidad consultada el 23/08/2015

persona [...] puede vivirse más allá de doctrinas excluyentes y centrarse en lo común a todos los seres humanos [...]"[6]

En el caso de las personas transgénero o transexuales, esa esfera de sentimientos está en juego, desde que nace en un cuerpo equivocado, esto es, tener la percepción firmemente arraigada en la psique del transgénero de pertenecer a un sexo opuesto a sus características gonadales y fenotípicas, es una situación que le acarrea una disforia de género, daño a la salud que ha sido clasificado como trastorno mental en el Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales de la Asociación Estadounidense de Psiquiatría[7]; en consecuencia, sometido a una calidad de vida totalmente ajena a la deseable para un ser humano. En el contexto jurídico, la dignidad se concibe como un principio del cual derivan todos los derechos humanos, así lo previene el artículo primero de nuestra Constitución Federal:

> Queda prohibida toda discriminación motivada por […] el género, […] las condiciones de salud, […] las preferencias sexuales, [...] o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.[8]

Por su parte la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido una definición y un concepto para ese principio fundamental; como definición ha determinado que la dignidad

[6] CASTILLO, Karen, "Dignidad y religiones", Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México, 2012, p. 36-37

[7] Disponible en: http://psychiatry.org/ consultada el 23/08/2015, consultado el día 20 de agosto del 2015.

[8] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

humana es el origen, la esencia y el fin de todos los derechos humanos[9] y como concepto ha asentado que la dignidad humana es "un valor supremo en virtud del cual se reconoce una calidad única y excepcional a todo ser humano por el simple hecho de serlo, cuya plena eficacia debe ser respetada y protegida integralmente sin excepción alguna."[10] En el plano internacional, analizamos el concepto de dignidad establecido por autoridades jurisdiccionales y administrativas, entre otras, por la Corte Constitucional de Colombia, quien ha dicho que:

> [I]ntegra la noción jurídica de dignidad humana (en el ámbito de la autonomía individual), la libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle. Libertad que implica que cada persona deberá contar con el máximo de libertad y con el mínimo de restricciones posibles, de tal forma que tanto las autoridades del Estado, como los particulares deberán abstenerse de prohibir e incluso de desestimular por cualquier medio, la posibilidad de una verdadera autodeterminación vital de las personas, bajo las condiciones sociales indispensables que permitan su cabal desarrollo.[11]

Para la Carta Fundamental colombiana, la dignidad ocupa un lugar preponderante como principio rector de un estado social de derecho, pues funda su organización integral en el respeto a la dignidad humana, así lo expresa en su artículo

[9] Tesis: I.5o.C. J/30 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. 3, octubre de 2011, p. 1528.
[10] Tesis: I.5o.C. J/31 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. 3, octubre de 2011, p. 1529.
[11] Sentencia T-881-02. Corte Constitucional de Colombia disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/t-881-02.htm consultada el 23/08/2015

primero como presupuesto de la prevalencia del interés general; además considera inviolable la dignidad de la familia, de los trabajadores y de las diversas culturas nacionales.

Nuestro país asume la dignidad como un principio y como un derecho fundamental, así quedó establecido a raíz de la reforma constitucional de 2011, al consignar la prohibición expresa de toda discriminación que atente contra la dignidad humana, asimismo, como un derecho, que orienta la política social del Estado hacia una vivienda y trabajo dignos; al respeto por la dignidad de la persona en el contexto educativo y en el entorno económico, en una justa distribución del ingreso y la riqueza, que permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos.

La dignidad en la legislación secundaria de Colombia es considerada como principio inmanente a la atención que el Estado le brinda a sus conciudadanos; diversos ordenamientos tienen como objetivo ese preciado patrimonio del ser humano; por ejemplo, en el derecho penal, Colombia privilegia el respeto a ese principio, así lo establece su artículo primero cuando prescribe que: "El derecho penal tendrá como fundamento el respeto a la dignidad humana"[12]; por su parte la Ley 100 de 1993 referente al Sistema de Seguridad Social Integral considera que: "El sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la

[12] Código Penal Colombiano, Ley 599/2000, Publicada en el diario oficial número 44.097 del 24 de julio de 2000.

comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten."; y el sistema educativo, a través del artículo 1 de la Ley 115 del 8 de febrero de 1994 señala que: "La educación es un proceso de formación permanente, personal, cultural y social que se fundamenta en una concepción integral de la persona humana, de su dignidad, de sus derechos y de sus deberes".

El Derecho punitivo mexicano no ha quedado al margen de la protección de la dignidad como bien jurídicamente tutelado, así, el artículo 149 Ter del Código Penal Federal sanciona con pena alternativa al que*:*

> Artículo 149. Ter […] por razones de origen o pertenencia étnica o nacional, raza, color de piel, lengua, género, sexo, preferencia sexual, edad, estado civil, origen nacional o social, condición social o económica, condición de salud, embarazo, opiniones políticas o de cualquier otra índole atente contra la dignidad humana […]

En otros ordenamientos jurídicos mexicanos ha sido abordado el valor fundamental de la dignidad, entre otros, la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación cuyo objeto es como su nombre lo indica "prevenir y eliminar todas las formas de discriminación que se ejerzan contra cualquier persona en los términos del Artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", de aquí que la dignidad, como principio rector de los derechos fundamentales asuma un papel preponderante dentro de los fines que persigue esta ley.

Si bien es cierto, ni la Constitución colombiana ni ordenamiento secundario alguno, definen el término dignidad, existe un criterio derivado de la sentencia T-881/02 de la Corte Constitucional y que por su relevancia bien vale la pena transcribir textualmente lo que a nuestra materia interesa:

> Al tener como punto de vista el objeto de protección del enunciado normativo "dignidad humana", la Sala ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, tres lineamientos claros y diferenciables: (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones). De otro lado al tener como punto de vista la funcionalidad, del enunciado normativo "dignidad humana", la Sala ha identificado tres lineamientos: (i) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor. (ii) La dignidad humana entendida como principio constitucional. Y (iii) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo.[13]

En diversa sentencia, la Corte dejó en claro que por dignidad se entiende "[...] la supremacía que ostenta la persona como atributo inherente a su ser racional, cuya valoración y reconocimiento no puede estimarse como la causa o el efecto de

[13]PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA-Naturaleza, Sentencia T-881/02, disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/ relatoria/2002/T-881-02.htm, accedida el 23 de junio de 2015.

alguien o de algo (es decir, como objeto), sino como un fin superior que subyace en sí mismo[...]"[14]

Por su parte la Corte mexicana ha establecido en sendas tesis de jurisprudencia, muy recientemente, la definición y concepto del término dignidad, bajos los rubros:

> DIGNIDAD HUMANA. DEFINICIÓN. La dignidad humana es el origen, la esencia y el fin de todos los derechos humanos.[15]
>
> DIGNIDAD HUMANA. SU NATURALEZA Y CONCEPTO. La dignidad humana es un valor supremo establecido en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud del cual se reconoce una calidad única y excepcional a todo ser humano por el simple hecho de serlo, cuya plena eficacia debe ser respetada y protegida integralmente sin excepción alguna.[16]

Abordaremos a continuación los elementos inherentes a la igualdad, para ello debemos aclarar que desde el preámbulo de su Carta Magna, Colombia despliega un particular interés en ensalzar la igualdad entre sus compatriotas, como condición *sine qua non* para el fortalecimiento de la unidad nacional. Inmersa en el capítulo de los derechos fundamentales

[14] Corte Constitucional De Colombia, Sentencia C-111-06 de 22 de febrero de 2006, Disponible en http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-111-06.htm, consultada el 23/08/2015

[15] Época: Décima Época, Registro: 160870, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro I, Octubre de 2011, Tomo 3, Materia(s): Civil, Tesis: I.5o.C. J/30 (9a.), Página: 1528.

[16] Época: Décima Época, Registro: 160869, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro I, Octubre de 2011, Tomo 3, Materia(s): Civil, Tesis: I.5o.C. J/31 (9a.), Página: 1529

encontramos que el Estado debe promover las condiciones para que tal prerrogativa ciudadana sea real y efectiva.

Pregona por otro lado, la igualdad de derechos y deberes en la pareja; establece la igualdad para los trabajadores y la equidad para el acceso a la cultura de sus ciudadanos, como también reconoce la igualdad de todas las culturas que conforman la geografía colombiana; en la administración pública es un principio rector en la actividad de sus funcionarios. Además, no sólo divulga la igualdad interna, también promueve la equidad de trato entre los países vecinos, concretamente América Latina y el Caribe.

Por su parte el Estado Mexicano a través de su Carta Magna arropa toda su actividad jurídico-política-administrativa con la túnica de la dignidad humana, no hay pues, derecho, facultad, prerrogativa, potestad, atribución ni obligación alguna dentro de nuestro máximo ordenamiento, que no se concilie con la igualdad, así lo estatuye el artículo 1o. [...] En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección[...]

De trascendencia, la legislación secundaria, en su Código Penal[17], sanciona el trato discriminatorio y racial que pueda implicar un impedimento, obstrucción o restricción del

[17]Código Penal Colombiano, Disponible en: http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/ley148230112011.pdf consultada el 23/08/2015

pleno ejercicio de los derechos de las personas fue considerado una conducta con tintes punitivos al haberse adicionado al Código Penal de Colombia los artículos 134A, 134B y 134C; el que nos interesa, particularmente es el artículo 134A, que tipifica una conducta discriminatoria por razón de orientación sexual, sancionando con una pena determinada la adecuación de la conducta al tipo cuando se trata de particulares, agravándose cuando aquella es desplegada por servidores públicos.

Creemos que el tipo penal se queda corto con la única inclusión del elemento subjetivo *orientación sexual*, frente a la diversidad de razones por las que se atenta contra la igualdad entre la población transgénero; si bien es cierto, en diversos ordenamientos colombianos se hace extensiva la protección de los derechos fundamentales, entre ellos la no discriminación, lo cierto es que, en materia penal tiene prevalencia la tipicidad, esto es, cada elemento del tipo ha de acreditarse plenamente para justificar la existencia de un delito; en el caso que nos ocupa se sanciona al particular o al servidor público por discriminar y hacer nugatorio el ejercicio de un derecho a la víctima cuando el activo considera que el pasivo tiene determinada orientación sexual que no es del agrado del infractor pero no sólo por la orientación sexual resulta segregable, a la población transgénero, se le discrimina también por su identidad de género, por la apariencia física, por sus preferencias sexuales y otras razones que no contempla el citado Código Penal.

En México, la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación prohíbe [...] toda práctica discriminatoria que tenga por objeto o efecto impedir o anular el reconocimiento o ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades [...][18]

Sin embargo, resulta paradójico que teniendo no sólo una ley especializada contra la discriminación, sino un tipo penal que pregona la igualdad, se sigue exigiendo la carta de no antecedentes penales, lo peor de todo, por quien protestó cumplir y hacer cumplir la Constitución: el gobierno federal, estatal y municipales siguen condicionando un empleo a la no existencia de antecedentes penales; hay testimonios reales de transgéneros y transexuales que no han logrado encontrar trabajo por la incompatibilidad entre su forma de vestir y su rostro con el género asentado en su documento de identificación.

El problema se gesta ante las lagunas legislativas que existen en las entidades federativas en cuanto a la inscripción del cambio de género y sus consecuencias sumado a la ausencia total de conocimientos en la materia de quienes elaboran tales documentos.

Por lo que hace a las decisiones judiciales, la Corte Constitucional de Colombia tiene como principal misión ser garante de la Constitución y en múltiples jurisprudencias se ha

[18] Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 2003

pronunciado por el tema de la igualdad el cual tiene, en la Carta Fundamental una doble función: como principio, contemplado en el preámbulo y como derecho fundamental, especialmente en el artículo 13, amén de variadas referencias a través del capitulado. Pues bien, la Corte ha establecido que:

> Existe, pues, un principio general de igualdad entre las personas, cuyo carácter no puede tomarse como absoluto, ya que el supuesto del cual se parte no es el de la plena identidad entre los individuos (igualdad de hecho), de suyo imposible, sino el de una *esencia común* perfectamente compatible con la natural diversidad de caracteres, propiedades, ventajas y defectos de cada uno y con las distintas circunstancias en medio de las cuales actúan. De ahí que la igualdad ante la ley en su genuina concepción jurídica, lejos de significar ciega uniformidad, representa razonable disposición del Derecho, previa ponderación de los factores que inciden de manera real en el medio dentro del cual habrá de aplicarse y de las diversidades allí existentes."[19]

De ahí que resulte justificable la inclusión de las diversidades que existen en la sociedad para comprender la aplicación del principio y derecho de igualdad a todos los ciudadanos.

Un tercer componente, ineludible para nuestro análisis, lo es el derecho al libre desarrollo de la personalidad, al respecto, la Carta Magna colombiana tiene entre sus principios ser una república fundada en la prevalencia del interés general y como algunos de sus fines, promover la prosperidad general, garantizar los principios y derechos constitucionales, asegurar la

[19] Sentencia No. C-479/92 de la Corte Constitucional de Colombia, disponible en http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/C-479-92.htm, consultada el 23/08/2015.

convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo y proteger a las personas en sus creencias.

Atendiendo a esos principios y fines, de acuerdo con el artículo 44 segundo párrafo de la norma fundamental, es obligación de la familia, la sociedad y el Estado asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

Como corolario, el artículo 16 de la Constitución colombiana dispone: "Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico", disposición contenida en el capítulo de los derechos fundamentales, de ahí la importancia que el legislador le da a la mejora continua del individuo, al elevar su desarrollo personal a rango constitucional desde la infancia de sus ciudadanos.

La Constitución mexicana no contempla explícitamente el derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin embargo, al estar vinculado con la comunidad internacional por pactos multilaterales, es evidente que, en términos de los artículos 1o. y 133 de la Norma Fundamental, queda obligado a proteger ese derecho que sí contemplan implícitamente, V. gr. el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[20], que en su artículo 13, apartado 1 reconoce el derecho de toda

[20] Adopción: Nueva York, EUA, 16 de diciembre de 1966 Adhesión de México: 23 de marzo de 1981 Decreto Promulgatorio DOF 12 de mayo de 1981, Disponible en http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D50.pdf. consultada el 23/08/2015.

persona a la educación, orientada: [...] hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana[...]

Aporte importante para el derecho comparado lo hace la Ley 115 de febrero 8 de 1994[21], de Colombia, la que, en relación con el tema que nos ocupa, establece en el artículo 5o. que entre los fines de la educación se encuentra: "[...] el pleno desarrollo de la personalidad sin más limitaciones que las que le imponen los derechos de los demás y el orden jurídico, dentro de un proceso de formación integral, física, psíquica, intelectual, moral, espiritual, social, afectiva, ética, cívica y demás valores humanos."

Como objetivo primordial establece el desarrollo integral de los educandos, particularmente favorecer el pleno desarrollo de su personalidad.

Por su parte, el artículo 69 de la Ley General de Educación de México[22] prevé la operación de un consejo de participación social en cada escuela de nivel básico (preescolar, primario y secundario), integrado con padres de familia y representantes de sus asociaciones, maestros y representantes de su organización sindical, este consejo: [...] Opinará en asuntos pedagógicos y en temas que permitan la salvaguarda del libre

[21] Ley General de Educación, Ley 115 de febrero 8 de 1994, disponible en: http://www.mineducacion.gov.co/1621/w3-channel. html. consultada el 23/08/2015

[22] Ley General de Educación, D.O.F. el 13 de julio de 1993, disponible en la página oficial de la Cámara de Diputados, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/137_191214.pdf. consultada el 23/08/2015.

desarrollo de la personalidad, integridad y derechos humanos de las y los educandos [...]

Creemos que tanto la ley colombiana como la mexicana privilegian la inclusión de los derechos humanos desde los primeros años de escuela de los educandos, es buena señal, considerando que con esto los futuros ciudadanos serán respetuosos de la diversidad y no crecerán con el tabú sobre el tema con el que la mayoría de los adultos hemos crecido.

En 1993 fue expulsado un alumno de la Escuela de Carabineros "Eduardo Cuevas García" de la Policía Nacional de Colombia, al haber sido acusado por un compañero de haber presenciado que entre el alumno sancionado y otro "[…] se hacían mutuas caricias, abrazos y actos inmorales y anormales entre los hombres, situación violatoria del artículo 121 decreto 100 de 1989"[23], abonando a la decisión del Consejo Disciplinario que conoció del proceso contencioso administrativo la versión de algunos oficiales y educadores de la escuela al referirse "[…]a la conducta "amanerada" y a "los modales afeminados" del alumno […]"[24].

Diversas instancias confirmaron la decisión de la directiva del plantel de separar al alumno por considerar incompatible su personalidad (aparentemente homosexual) con la expectativa que se tiene de un miembro de la policía.

[23] Antecedente 2 de la sentencia T-097/94 de la página oficial de la Corte Constitucional de Colombia.
http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/t-097-94.htm. consultada el 23/08/2015.
[24] Idem, Antecedente 2.2

La Corte Constitucional determinó que se violó el debido proceso como un derecho fundamental, ordenando al Director de la Escuela la reposición del procedimiento, concluyendo la Corte que "[…] 4) la condición de homosexual, por sí misma, no puede ser motivo para la exclusión de la institución armada […]"; sin embargo, lo relevante de la sentencia de la Corte es la defensa de los derechos humanos constitucionalizados, entre ellos, el que en este punto nos ocupa al establecer:

> […] 30. Entre las innovaciones de la Constitución política de 1991, tienen especial relevancia aquellas referidas a la protección del fuero interno de la persona. Es el caso del derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16) y del derecho a la intimidad y al buen nombre (art. 15). El Constituyente quiso elevar a la condición de derecho fundamental la libertad en materia de opciones vitales y creencias individuales y, en consecuencia, enfatizó el principio liberal de la no injerencia institucional en materias subjetivas que no atenten contra la convivencia y organización social.

Debemos destacar asimismo al derecho a la intimidad, conforme a la premisa de que todo ser humano guarda dentro de sí: sentimientos, preferencias, percepciones u orientaciones, pero también es valioso para él su entorno particular: su casa, sus comunicaciones, sus propiedades; es incuestionable que el Estado debe salvaguardar ese derecho del justiciable para que su vida no se vea amenazada por la indiscreción, intervención o irrupción indebidas en esa esfera de posesiones y propiedades.

El diccionario enciclopédico *Nauta Maior*[25] se refiere a la intimidad como una parte personalísima de los asuntos, designios o afecciones de un sujeto o de un grupo"; por su parte, el Diccionario de la Real Academia Española[26] la define como: "zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia". El artículo 16 de la Constitución Federal contiene, en lo general, disposiciones tendentes a la protección de ese atributo del ciudadano: […] Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento […]; pero además prevé, particularmente el resguardo de sus datos personales, de su casa y negocios y de sus comunicaciones privadas. La doctrina, entre otros conceptos, acepta que:

> La intimidad como noción filosófica alude a un presupuesto fundamental del hombre en cuanto persona; como construcción jurídica, se proyecta en la estructuración de un derecho subjetivo a la intimidad o, al menos, confiriendo los resortes coactivos del derecho para la protección y defensa de ese decisivo bien personal.[27]

La Constitución colombiana recoge en su artículo 15 es en este sentimiento de propiedad de nuestras ideas donde se encarece la autoestima, condición *sine qua non* para vivir en paz

[25] Diccionario Enciclopédico Nauta Maior, Ediciones Nauta C., S.A., Colombia, 1998.
[26] Disponible en: http://lema.rae.es/drae/?val=intimidad. consultada el 23/08/2015, consultado por última vez el 20 de agosto del 2015.
[27] ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde M., *Derecho a la intimidad*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982, p.17.

con la sociedad y con nosotros mismos, en consecuencia, desplegar todas nuestras capacidades en libertad, única forma que tiene toda sociedad de progresar; el citado artículo previene que: "Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar […]"; por su parte el artículo 42 considera como inviolable la intimidad familiar.

Si bien es cierto, nuestra Constitución no delimita expresamente el derecho a la intimidad, debe entenderse que se encuentra inscrito dentro del derecho a la privacidad[28] que protege el artículo 16, pues éste regula el cateo, que es una forma de injerencia en la vida interna del hogar, pues ahí se encuentra gran parte de la intimidad de una persona; reglamenta también las comunicaciones privadas, como una forma de proteger la privacidad de una persona a través del habla telefónica o radiofónica; pero aún más, al ser parte México de varios tratados internacionales, se somete a la obligación de proteger a sus connacionales contra toda injerencia arbitraria o ilegal en su vida privada, su familia su domicilio, su correspondencia, tal como lo dispone, entre otros, el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El 6 de marzo de 2014, entró en vigor en Colombia la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información

[28] Aunque la doctrina jurídica distingue a cabalidad ambas figuras, al efecto véase entre otros autores a ídem.

Pública Nacional[29] que puede considerarse como reglamentaria de los artículos 15 y 42 de la Constitución Política Federal, destacándose en su artículo 18 que la información exceptuada por daño de derechos a personas naturales o jurídicas, es toda aquella cuyo acceso podrá ser rechazado o denegado siempre que el acceso pueda causar daño a las personas en su intimidad.

Cabe enfatizar que no obstante haber sido declarado como exequible (o constitucional) este artículo, causó polémica la inclusión de la palabra "podrá", porque a juicio de la representante del Ministerio de Educación Nacional que pretendía la inconstitucionalidad de la norma "[...] la expresión "podrá", contenida en los artículos 6 y 18 del proyecto de la ley estatutaria, vulnera el derecho fundamental a la intimidad consagrado en el artículo 15 de la Constitución Política, que es una garantía de las personas[…]que el verbo "podrá" otorga una facultad discrecional a los sujetos obligados para decidir si suministran o no la información de las personas[...]".

Finalmente, esta norma fue declarada exequible (constitucional) por la Corte Constitucional, quien determinó, entre otras razones, que:

> [...] además de determinar el tipo de información que puede ser divulgada y el que no puede serlo, las autoridades administrativas y judiciales están en la obligación de guiarse por los principios de libertad, necesidad, veracidad, integridad,

[29]Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional, Ley1712 de 2014, disponible en: http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/LEY%201712%20DEL%2006%20DE%20MARZO%20DE%202014.pdf. Página oficial del gobierno de la República de Colombia, consultada el 23/08/2015.

> incorporación, finalidad, utilidad, circulación restringida, caducidad e individualidad del dato, con el fin de garantizar la protección, no solo del derecho a la intimidad, sino también la del habeas data.

En Colombia la Corte Constitucional revisa el proyecto de ley y da vista a los diferentes actores: Cámara de Senadores, Cámara de Representantes, Procurador General de la República y a todos los ministros de Estado (secretarios en México) para sus observaciones; éstas pueden ser en el sentido de solicitar exequible o inexequible (constitucional o inconstitucional) determinado artículo de la ley en consulta.

El derecho a la intimidad ha sido reiteradamente analizado y protegido por la Corte Constitucional de Colombia, destacándose la sentencia C-640 de 2010, que en esencia determina que:

> Este derecho, que se deduce de la dignidad humana y de la natural tendencia de toda persona a la libertad, a la autonomía y a la auto conservación, protege el ámbito privado del individuo y de su familia como el núcleo humano más próximo […] Ese terreno privado no puede ser invadido por los demás miembros de la comunidad a la que se integran la persona o familia, ni por el Estado. Aun dentro de la familia, cada uno de sus componentes tiene derecho a demandar de los demás el respeto a su identidad y privacidad personal. [30]

III. Argentina

La Carta Magna de Argentina no contiene alusión alguna directa y expresa del término dignidad, ni como principio ni como derecho fundamental, sin embargo, al ser parte de diversos pactos multilaterales, lo incluye implícitamente; así, el

[30] DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR, C-640 de 2010, Agosto 18, Bogotá DC, http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-640-10.htm, consultada el 23/08/2015.

artículo 75[31] dispone las atribuciones del Congreso, entre las que destacan: "**22.**Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones […] Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes."

En este mismo apartado, la norma fundamental especifica cuáles acuerdos internacionales tienen jerarquía constitucional; a continuación los enunciaremos con un señalamiento preciso del principio de dignidad contenido en ellos.

La declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad); la Declaración Universal de los Derechos Humanos (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); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad).

[31] Página oficial del gobierno de la República de Argentina, disponible en: http://www.argentina.gob.ar/pais/63-constitucion-nacional.php, consultada por última vez el 23/08/2015.

A los anteriores hay que añadir El Pacto Internacional de Derechos económicos, Sociales y Culturales (la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos y su Protocolo Facultativo (estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana); la Convención sobre la prevención y la sanción del Delito de Genocidio.

Sumadas a La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de discriminación Racial (la Asamblea General afirma solemnemente la necesidad de eliminar rápidamente en todas las partes del mundo la discriminación racial en todas sus formas y manifestaciones y de asegurar la comprensión y el respeto de la dignidad de la persona humana).

Asimismo, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de discriminación contra la Mujer (la discriminación contra la mujer viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana); la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (el reconocimiento de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana es la base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo[...] Reconociendo que estos derechos emanan de la dignidad inherente de la persona humana).
La Convención sobre los Derechos del Niño (el niño debe estar

plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad).

La Constitución argentina no contiene un capítulo especial sobre derechos fundamentales, sin embargo, por disposición expresa del artículo 75 dispone la obligatoriedad de aplicación de los tratados, al decir que: [...] en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos [...]; en tal sentido, el derecho a la igualdad que se encuentra disperso en los tratados internacionales, resulta un derecho humano indirectamente constitucionalizado por el Estado argentino.

Pero además, es explícito ese derecho por disposición expresa del artículo 16: "La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas."

Postura similar sostiene el Estado mexicano al incorporar a su Constitución, por disposición del artículo 133, los derechos humanos contenidos en los tratados multilaterales de los que forma parte; pero además, la igualdad está

expresamente contenida en diversos artículos de la Carta Fundamental, básicamente en el capítulo de derechos fundamentales a raíz de la reforma de 2011.

La Ley de Educación Nacional de la República Argentina,[32] es el ordenamiento jurídico de los más progresistas de América Latina y la que más pondera el derecho a la igualdad en esa región del Cono Sur, no sólo contiene diversas hipótesis sobre este tópico: 4o, 8o, 11, 21, 27, 61 y otros numerales, sino que contiene un título exprofeso para ese derecho fundamental, siendo el artículo 80 posiblemente el más completo y que refleja con más contundencia el espíritu del legislador por cuanto a la igualdad en la educación, piedra fundamental del desarrollo de toda sociedad.

> Las políticas de promoción de la igualdad educativa deberán asegurar las condiciones necesarias para la inclusión, el reconocimiento, la integración y el logro educativo de todos/as los/as niños/as, jóvenes y adultos en todos los niveles y modalidades, principalmente los obligatorios. El Estado asignará los recursos presupuestarios con el objeto de garantizar la igualdad de oportunidades y resultados educativos para los sectores más desfavorecidos de la sociedad. El Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología, en acuerdo con el Consejo Federal de Educación, proveerá textos escolares y otros recursos pedagógicos, culturales, materiales, tecnológicos y económicos a los/as alumnos/as, familias y escuelas que se encuentren en situación socioeconómica desfavorable.[33]

La igualdad es un derecho humano que no puede tener otro punto de partida para su promoción si no es en el ámbito

[32] Ley de Educación Nacional de la República Argentina, Ley 26,206, vigente a partir del 15 de diciembre de 2006, disponible en www.me.gov.ar/doc_pdf/ley_de_educ_nac.pdf , Consultada el 23/08/2015.
[33] Ibíd, art. 80.

educativo, es en este entorno en el que puede el Estado inculcar ese y todos los valores que pueden contribuir a una mejor sociedad; en nuestro país, también ha adquirido carta de nacionalidad la inclusión de este derecho en el orden constitucional, reflejándose en la Ley General de Educación[34] donde dispone, en su artículo 7o., que la educación impartida por el Estado tendrá como uno de sus fines más relevantes:

> Promover el valor de la justicia, de la observancia de la Ley y de la igualdad de los individuos ante ésta, propiciar la cultura de la legalidad, de la paz y la no violencia en cualquier tipo de sus manifestaciones, así como el conocimiento de los Derechos Humanos y el respeto a los mismos.[35]

Disponiendo, a su vez, el artículo 8o que el criterio que orientará a la educación:

> **[...]**Contribuirá a la mejor convivencia humana, tanto por los elementos que aporte a fin de robustecer en el educando, junto con el aprecio para la dignidad de la persona y la integridad de la familia, la convicción del interés general de la sociedad, cuanto por el cuidado que ponga en sustentar los ideales de fraternidad e igualdad de derechos de todos los hombres, evitando los privilegios de razas, de religión, de grupos, de sexos o de individuos [...]

Las facultades que tiene el Congreso argentino se encuentran contenidas dentro del artículo 75 de su Constitución, dentro de ellas, en el apartado 19, se establece que debe proveer

[34] Ley General de Educación, vigente a partir del 13 de julio de 1993, disponible en la página de Orden Jurídico Nacional de la Secretaría de Gobernación, http://www.ordenjuridico.gob.mx/leyes.php, consultada el 23/08/2015.
[35] Ibíd, art. 7º.

o conducente al desarrollo humano, particularmente: [...] Dictar leyes que protejan la identidad [...] [36]

El artículo 4o. párrafo octavo de nuestra Carta Fundamental prevé como un derecho contar con una identidad, prerrogativa que no se encuentra explícitamente en la Constitución Argentina y sólo la deja como una facultad del Congreso, misma que ha sido ya ejercida como más adelante se expondrá.

Dentro de las facultades que tiene el Congreso argentino es dictar leyes sobre identidad, en tal sentido, a través de la ley 26,743[37] se ejercitó dicha atribución y dotó de certeza jurídica la identidad de las personas *trans* sin necesidad de acreditar intervención quirúrgica por reasignación genital total o parcial, ni acreditar terapias hormonales u otro tratamiento psicológico o médico. Lo más relevante de esta ley se transcribe a continuación:

> Artículo 1º Derecho a la identidad de género. Toda persona tiene derecho:
> a) Al reconocimiento de su identidad de género;
> b) Al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género;
> c) A ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada.

[36] Constitución Nacional Argentina, sancionada el 1º de mayo de 1853 reformada en 1994, disponible en la página oficial del gobierno de la República Argentina http://presidencia.gov.ar/images/stories/constitucion-nacional-argentina.pdf, consultada el 23/08/2015.

[37] Ley de Identidad de género, publicación BO 24/05/2012, disponible en la página oficial de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación http://www.diputados.gov.ar/leyes/ley.jsp?num=26743, consultada el 23/08/2015.

Definiendo la *identidad de género* como:

> [L]a vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

Convirtiéndose así, en el primer país de América Latina en reconocer el derecho de la identidad sexual de las personas *trans*.

Desafortunadamente en nuestro país es poco lo que se ha hecho, si bien es cierto el Distrito Federal es pionero en el trato digno de estas personas, el resto del país se ha relegado sin que podamos contar actualmente con una ley similar; no obstante ya existe un atisbo de respeto de la identidad de género en la fracción III del artículo 1 de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, la que entre otras garantías humanas establece que:

> [...] Para los efectos de esta ley se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que, por acción u omisión, con intención o sin ella, no sea objetiva, racional ni proporcional y tenga por objeto o resultado obstaculizar, restringir, impedir, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades, cuando se base en uno o más de los siguientes motivos: ... el sexo, el género,... la apariencia física... las preferencias sexuales, la identidad [...][38]

En el Distrito Federal, se reformó el Código Civil adicionándose el artículo 135 Bis[39] a fin de facilitar el reconocimiento de su identidad de género, entendiendo por ésta "[...] la convicción

[38] Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, art. 1º frac. III.
[39] Gaceta Oficial del Distrito Federal, 5 de febrero de 2015, disponible en http://www.df.gob.mx/index.php/gaceta-oficial, 15/03/2015

personal de pertenecer al género masculino o femenino [...]" y cuya consecuencia es contar con una nueva acta de nacimiento por reasignación de concordancia sexo-genérica.

IV. España

El artículo 10 del Pacto español establece, entre otros principios, que: "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social."[40]

Esta manifestación garantista del constitucionalismo español coincide con el artículo primero de la Constitución Mexicana que prohíbe cualquier práctica discriminatoria que atente contra la dignidad de las personas; mientras la Constitución española considera a la dignidad como un derecho fundamental, la nuestra la considera como un principio; ambas posturas comulgan desde nuevo con la Declaración Universal de los Derechos Humanos al considerar 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."[41]

La ley General de Sanidad en España[42], por su parte, contiene disposiciones sobre el principio de *dignidad,* acordes

[40] Constitución Española, sancionada por s. m. el rey ante las cortes el 27 de diciembre de 1978, disponible en: http://www.boe.es/boe/dias/ 1978/ 12/ 29/ pdfs/A29313-29424.pdf, consultada el 23/08/2015.
[41] Declaración Universal de los Derechos Humanos
[42] Ley General de Sanidad en España, BOE núm. 102, de 29 de abril de 1986, Referencia: BOE-A-1986-10499, reformado el 28 de marzo de 2014,

tanto con su Constitución Política, como con los diversos pactos internacionales de los que la península es parte, así, entre otras hipótesis instituye en su artículo 10 que todos tienen derecho, en el entorno de las distintas administraciones públicas sanitarias al respeto a su dignidad humana: "[…] sin que pueda ser discriminado por su origen racial o étnico, por razón de género y orientación sexual, de discapacidad o de cualquier otra circunstancia personal o social[...]".

La Constitución de la Organización Mundial de la Salud contiene a su vez, principios que enaltecen el derecho a la salud como un patrimonio del ser humano, que debe ser consolidado a través de acciones gubernamentales que propicien su constante mejoramiento, entre estos principios:

> La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social.

Es plausible que el gobierno español privilegie la dignidad de las personas en su vertiente de su salud como un derecho inalienable; México por su parte también ha sido congruente con el principio constitucional de dignidad en el rubro de la salud al reglamentar, en su Ley General de Salud, el artículo 4º párrafo cuarto de la Constitución,

Proyecto

---

disponible en www.boe.es/buscar/pdf/1986/BOE-A-1986-10499-consolidado.pdf

No obstante ser uno de los países con mayores avances en el reconocimiento de la población transgénero y transexual, España se ha rezagado en su proceso legislativo hacia temas como la discriminación y la igualdad de trato; desde 2011 se encuentra pendiente en la Cámara de los Diputados el proyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y la no Discriminación[43] que se relaciona con la dignidad y la no discriminación. Por cuanto hace al tema que nos ocupa, el Congreso español ha dicho en la exposición de motivos que:

> En España hemos vivido con éxito un proceso de apertura y respeto de la diversidad y pluralidad... este proceso de apertura, de la mano del desarrollo económico y social, ha dado lugar a una diversificación mayor de la ciudadanía, cuya convivencia y cohesión tiene que garantizarse a través del reconocimiento de la dignidad de la persona [...]

El Tribunal Constitucional español, en la materia de estudio, se ha referido a la dignidad en los siguientes términos:

> Junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de ésta, nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona [...]. Define a la dignidad como: [...] un valor espiritual y moral inherente a la persona,· que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respecto por parte de los demás.[44]

Por nuestra parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunció, en jurisprudencia firme, con relación al concepto de dignidad, en los siguientes términos:

[43] Proyecto de ley 121/000130, disponible en la página oficial del Congreso español http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/A/A_130-01.PDF, consultada el 23/08/2015.

[44] Sentencia 53/1985 del 18 de mayo de 1985, capítulo II de fundamentos jurídicos, disponible en http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/docs/BOE/BOE-T-1985-9096.pdf, consultada el 23/08/2015.

> DIGNIDAD HUMANA. SU NATURALEZA Y CONCEPTO. La dignidad humana es un valor supremo establecido en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud del cual se reconoce una calidad única y excepcional a todo ser humano por el simple hecho de serlo, cuya plena eficacia debe ser respetada y protegida integralmente sin excepción alguna.[45]

La igualdad para el pueblo español es tanto una aspiración -contenida en el preámbulo de su Constitución Política[46]- como un derecho fundamental -contenido en los artículos 1o., 9, 14, 23, 31, 32, 39 y 149, destacando los numerales 1 [...]España se constituye en un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político; y 14: Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

En nuestro país, ha permeado el principio de igualdad, desde la Constitución, hacia todo el ordenamiento jurídico secundario, fortalecido por la adhesión de México a diversos tratados multilaterales en los que se preconiza la igualdad, que junto con la dignidad, son principios rectores que han evolucionado el entorno jurídico de los Estados constitucionales.

---

[45] Tesis: I.5o.C. J/31 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima época, Tomo 3, octubre de 2011, p. 1529.
[46] Constitución Española, Op. Cit, consultada el 23/08/2015.

Respecto a la legislación secundaria, España cuenta desde 2007 con la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres que deriva precisamente del ordenamiento constitucional; la que proclama que:

> Las mujeres y los hombres son iguales en dignidad humana, e iguales en derechos y deberes. Esta Ley tiene por objeto hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural para, en el desarrollo de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria.[47]

Indudablemente es un buen avance en el trato igualitario entre los géneros femenino y masculino, pero a España le falta dar un paso más hacia el reconocimiento "oficial" del tercer género, porque siendo uno de los países más liberales del mundo por cuanto hace a la inclusión y respeto hacia la comunidad LGBT, no cuenta con una ley que reconozca la igualdad de todos los españoles, porque, si bien es cierto la Ley Orgánica 3/2007 preconiza la igualdad, se enfoca exclusivamente hacia hombres y mujeres, entendiendo que se trata de una comunidad heterosexual.

El avance más significativo hacia una ley que pregone la igualdad entre todos los sectores de la población española es el Proyecto de Ley Integral para la Igualdad de trato y la no Discriminación, exponiendo, entre otros motivos, para su

[47] Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

elaboración que el artículo 14 de la Constitución de 1978 proclama el derecho a la igualdad y a la no discriminación, citando como motivos especialmente rechazables el nacimiento, la raza, el sexo, la religión u opinión, y prohibiendo la discriminación por cualquier otra circunstancia personal o social.; sin embargo no ha culminado con la sanción regia para su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

El Tribunal constitucional español ha destacado el principio de igualdad en varias sentencias, entre otras la 8/1983, de 18 de febrero, al referir que:

> La igualdad se configura como valor superior que, en lo que ahora importa, se proyecta con una eficacia trascendente de modo que tal situación de desigualdad persistente a la entrada en vigor de la norma constitucional deviene incompatible con los valores que la Constitución, como norma superior proclama.(Sentencia recaída en la RA número 240/1982 8BOE de 23 de marzo de 1983, sentencia de suma importancia en el análisis del criterio jurisprudencial que ha mantenido el TC en relación con el principio de igualdad y su carácter de valor; STC 67/1982, de 15 de noviembre (BOE de 10 de diciembre) RA número 256/1981)."[48]

Nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación por su parte, se ha pronunciado en este tema en los siguientes términos:

> La igualdad en nuestro texto constitucional constituye un principio complejo que no sólo otorga a las personas la garantía de que serán iguales ante la ley en su condición de destinatarios de las normas y de usuarios del sistema de

[48] HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, María del Pilar, "El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* México, Nueva Serie, Año XXVII, núm. 81, septiembre-diciembre 1994, disponible en http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/81/art/art4.htm, consultada el 23/08/2015.

> administración de justicia, sino también en la ley (en relación con su contenido). El principio de igualdad debe entenderse como la exigencia constitucional de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, de ahí que en algunas ocasiones hacer distinciones estará vedado, mientras que en otras estará permitido o, incluso, constitucionalmente exigido.."[49]

Dentro del título que contiene los derechos y deberes fundamentales, la Constitución española considera el […] libre desarrollo de la personalidad[..] como [...]fundamento del orden político y de la paz social.[50]; en este sentido, España se consolida como un líder en Iberoamérica por cuanto al reconocimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad, cuya esencia, como derecho:

> [E]s el reconocimiento que el Estado hace de la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción, ni controles injustificados o impedimentos por parte de los demás. El fin de ello es la realización de las metas de cada individuo de la especie humana, fijadas autónomamente por él, de acuerdo con su temperamento y su carácter propio, con la limitación de los derechos de las demás personas y del orden público.[51]

La Constitución mexicana no hace mención directamente a este principio, sin embargo, por la adhesión de nuestro país a diversos pactos internacionales que sí lo contienen, se obliga a su protección por mandato expreso de los artículos 1o. y 133 de la Constitución Federal.

---

[49] Tesis 1a./J. 55/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIV, Septiembre de 2006, p. 75.

[50] [50] Constitución Española, Op. Cit, consultada el 23/08/2015.

[51] Sentencia No. T-594/93, Disponible en la página oficial de la Corte Constitucional de la República de Colombia: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-594-93.htm. consultada el 23/08/2015.

El tratamiento que la tema le da la legislación secundaria parte de la Ley 10/2007, de 22 de junio[52], la cual pone de manifiesto que en España se atiende al principio del desarrollo de la personalidad desde la vertiente de la lectura, así lo establece en el preámbulo de la ley y en su articulado, dentro del cual destaca la participación del Ministerio de Cultura en la elaboración y desarrollo de planes tendentes al fomento de la lectura con una constante actualización.

Es evidente que España le apuesta a la educación, mediante la lectura, como ya se dijo, en temas tan trascendentes como el desarrollo libre de su personalidad; interviniendo como política de Estado no sólo en la niñez, sino para toda la comunidad, como la propia ley en comento lo estipula "[…] las bibliotecas, muy especialmente las públicas, las escolares y las universitarias,[…] garantizan, en condiciones de igualdad el acceso de todos los ciudadanos al pensamiento y la cultura[…]"; en la medida en que el pueblo acceda a la información sobre tópicos tan relevantes como el aquí tratado, habrá mayores elementos de discernimiento para comprender y respetar la otredad, como en nuestro objeto de estudio: al transgénero.

En México, la Ley General de Educación en su artículo 2 privilegia la educación como un "[…] medio fundamental para adquirir, transmitir y acrecentar la cultura; es proceso permanente que contribuye al desarrollo del individuo y a la

[52] Disponible en: http://www.boe.es/boe/dias/2007/06/23/pdfs/A27140-27150.pdf, ultima vez consultada el 23 de agosto del 2015.

transformación de la sociedad […]"[53]; así, en ambas legislaciones secundarias, la educación de la población es de capital importancia para fomentar la armonía social, y así, implícitamente, el reconocimiento de cada uno es diferente y en esa medida podemos crecer como sociedad y fortalecer un auténtico Estado constitucional.

V. Conclusiones

Para comprender la situación real del tratamiento jurídico que se está dando a nivel internacional al tema de las personas que transitan de un género a otro, es necesario acudir al derecho comparado, entendiendo éste como:

> [U]na actividad intelectual que tiene por objeto al derecho y por método a la comparación. Agregan que se pueden comparar diferentes reglas o normas de un sistema legal específico, pero que el alcance del derecho comparado es más amplio, y uno debe tener en mente, además de la comparación de instituciones de un determinado derecho nacional, el aspecto internacional de la disciplina, en otras palabras, el derecho comparado implica también la comparación entre los diferentes sistemas jurídicos del mundo.[54]

En este trabajo se compararon tres países hispanoparlantes que van a la vanguardia en el reconocimiento a sus derechos, tales son: España, Colombia y Argentina, el primero de ellos, ha destacado sobre todo en las decisiones jurisdiccionales que han sido referente incluso para algunas decisiones que se han tomado en nuestro país por la Suprema Corte de Justicia de la Nación quien califica a la dignidad como:

[53] Ley General de Educación, Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 13 de julio de 1993, art. 2o.
[54] MORINEAU, Martha, "Evolución de la familia jurídica romano-canónica, Op, cit. p. XXI.

"un valor supremo [...] en virtud del cual se reconoce una calidad única y excepcional a todo ser humano por el simple hecho de serlo, cuya plena eficacia debe ser respetada y protegida integralmente sin excepción alguna [...]"[55]

El Tribunal Constitucional Español, desde 1985 consideró la dignidad como: "[...]un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respecto por parte de los demás[...]*;* por su parte la Corte Colombiana, en 2006 se refirió a la dignidad como: "[...]la supremacía que ostenta la persona como atributo inherente a su ser racional, cuya valoración y reconocimiento no puede estimarse como la causa o el efecto de alguien o de algo (es decir, como objeto), sino como un fin superior que subyace en sí mismo."

La legislación secundaria ha avanzado considerablemente en ese reconocimiento a valores fundamentales de ese sector de la población en estado de vulnerabilidad; así, el derecho punitivo, sanciona las conductas antidiscriminatorias; las leyes sanitarias prevén la atención a la salud como un concepto integral de bienestar del ser humano; la norma civil cada día avanza más en el reconocimiento de una personalidad propia del transgénero; más importante aún, las leyes educativas de diversos países, concretamente los aquí

[55] Tesis: I.5o.C. J/31, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 3, Octubre de 2011, p. 1529.

analizados, contienen disposiciones tendentes a inculcar en la niñez el valor del respeto a la diversidad sexual, lo que, con el tiempo, derivará en ciudadanos que valoren la otredad, que la variedad sexual sea vista como una forma de convivencia social sin los prejuicios, tabúes y estereotipos que ahora perjudican la dignidad de un grupo, que si bien es cierto, es minoritario, no menos cierto es que también son mexicanos, pero lo más importante, son seres humanos que merecen nuestro respeto y consideración. La consulta temática documental de los principios y derechos fundamentales de la población transgénero en el derecho comparado, es una labor titánica, es prácticamente interminable; en aras de la brevedad a que me constriñe este artículo, dejo aquí la escritura, quedan en el tintero otros países de primer mundo como Holanda y otros, como Yemen y Somalia donde existen grandes contrastes en el tratamiento que se les da a la dignidad, igualdad, libre desarrollo de la personalidad e identidad sexual.

VI. Fuentes de consulta

Bibliohemerográficas:

HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, María del Pilar, "El Principio de Igualdad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español", Boletín Mexicano de Derecho Comparado, disponible en: http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/81/art/art4.htm

ORINEAU, Marta M, Evolución de la Familia Jurídica Romano-Canónica, pp. 17-44, disponible en http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1855/5.pdf

Legislativas

Derechos Económicos, Sociales y Culturales Código Penal de Colombia

CONSTITUCIÓN NACIONAL ARGENTINA de 1853

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

Ley 10/2007, de 22 de junio, de la lectura, del libro y de las bibliotecas de España

Proyecto de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación

Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad

Ley N° 26.206, Ley de Educación Nacional Argentina

Ley 100 de 1993

Ley 115 del 8 de febrero de 1994

Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación de Colombia

Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación de México

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

Ley De Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional Colombiana

Jurisprudenciales

DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR, C-640 de 2010, Agosto 18, Bogotá DC,

http://www.corteconstitucional. gov.co/relatoria/ 2010/ C-640-10.htm

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD, Expediente T-22442 de la Corte Constitucional de Colombia, disponible en: http://www.corteconstitucional. gov. co/ relatoria/ 1993/ T-594-93.htm

PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA-Naturaleza, Sentencia T-881/02, Tribunal Constitucional Colombiano disponible en: http://www.corteconstitucional.gov. co/ relatoria/2002/T- 881-02.htm

Sentencia No. T-097/94, Corte Constitucional de Colombia, disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/ relatoria/1994/t-097-94.htm

Sentencia C-111/06 de la Corte Constitucional de Colombia, disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/ relatoria/2006/C-111-06.htm

Sentencia del Tribunal Constitucional, B.O.E. Sábado 1demayo I855, disponible en http://hj.tribunalconstitucional. es/ HJ/docs/BOE/BOE-T-1985-9096.pdf

Páginas web consultadas

Cámara de Diputados de Argentina, disponible en: http://www.diputados.gov.ar/leyes/ley.jsp?num=26743

Ministerio de Educación de Colombia, disponible en: http://www.mineducacion.gov.co/1621/w3-channel.html

Secretaría de Gobernación, México, disponible en: http://www.ordenjuridico.gob.mx/leyes.php

Gaceta Oficial, Consejería Jurídica y de Servicios Legales del D.F., disponible en: http://www.df.gob.mx/index.php/gaceta-oficial

LA INTIMIDACIÓN PUNITIVA EN DIVERSOS SISTEMAS JURÍDICOS CONTEMPORÁNEOS.

Jaime Ernesto García Villegas[1]

*"*Del mismo modo que no hay una libertad absoluta, tampoco puede pretenderse una seguridad absoluta y a cualquier precio, que aunque ciertamente acabaría con la criminalidad, convertiría la paz social en la paz de los cementerios y terminaría por eliminar todo vestigio de libertad en el ser humano."[2]

SUMARIO: I.- Introducción II.- Contexto general III.- Los fines de la pena IV. Análisis comparativo de los sistemas penales V.- Conclusión VI.- Fuentes de información.

Resumen.

Hemos sido capaces de advertir un incremento desmedido en duración de las penalidades en nuestro sistema jurídico, de suerte tal que incluso pueden superar las expectativas de vida del sentenciado. En este artículo se analizarán los diversos fines de la pena, la orientación Constitucional en nuestro sistema jurídico, e igualmente en países que han sido estratégicamente seleccionados.

Palabras Clave.- Delito, Delincuente, Sentenciado, Pena, Prisión, Prevención, Retribución, Reinserción.

---

[1] Es Licenciado y Maestro en Procuración y Administración de Justicia por la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chihuahua. Desde 2008 hasta 2013 fue Agente del Ministerio Público de la Fiscalía Especializada en Investigación y Persecución del Delito Zona Centro. Catedrático desde septiembre de 2010, DE LAS materias DE: Derecho Procesal Penal I y II, Seminario de Derecho Procesal Penal, Litigación Oral, Introducción al Derecho Penal, Ética, e Introducción al Estudio del Derecho I, y en la materia de Penología en el área de posgrado. Actualmente se Desempeña como Secretario de Extensión y Difusión Cultural de la misma Unidad Académica.

[2] HASSEMER, Winfried, et. al., "*Introducción a la Criminología y a la Política Criminal"*, Primera Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 162.

Abstract

We have been capable to notice an excessive increase in the length of penalties in our legal system, so that they can even exceed the expectations of the prisoner's life. This article analyzes various purposes of punishment itself, as of the Constitutional orientation in our legal system, and also studies this phenomenon in countries which have been strategically selected.

Key Word: Crime, criminal, sentenced, penalty, prison, prevention, retribution, correctional.

I. Introducción.

La razón de ser de las siguientes líneas, consiste realizar un análisis micro-comparativo tanto de la finalidad, como la magnitud de las penas privativas de libertad vigentes, que se encuentran contempladas en sistemas jurídicos extranjeros que han sido seleccionados de manera estratégica. En efecto, se tomarán como puntos de referencia países representativos o icónicos, que han sido elegidos no solo de conformidad a su ubicación geográfica, sino por su forma de gobierno o bien el contexto político y social que impera en ellos.

Se considera que el método comparativo, aplicado al propósito explicado en supra líneas, resulta una pieza clave que nos permitirá verificar si la amplia duración o severidad de las penalidades, resulta ser una tendencia global, o meramente nacional, y finalmente verificar si efectivamente cuenta con una directa e inmediata relación con la disminución de los índices

delictivos de un determinado ámbito espacial o territorial. En este orden de ideas, se considera que la comparación entre la pluralidad de sistemas jurídicos que se encuentran vigentes en las distintas zonas geográficas, requiere como presupuesto indispensable una mejor comprensión del derecho nacional, así como del derecho punitivo extranjero, que al ser cotejados nos harán capaces de advertir las similitudes y diferencias, así como las ventajas o desventajas de nuestra regulación penal vigente.

Como se ha expresado con antelación, se han señalado estratégicamente países emblemáticos de distintos puntos cardinales, ya sea que tengan una forma de gobierno semejante a México, o bien un régimen gubernamental pendularmente diferente al nuestro, como las coloquialmente conocidas como dictaduras contemporáneas, tales como la República (Socialista) de Cuba o bien la República Popular Democrática de Corea del Norte.

Al tenor de lo expuesto con anterioridad, debemos puntualizar que, del continente americano, se han seleccionado como países representativos a Colombia y Chile.

Como es bien sabido, Colombia es un punto de reflexión obligado e ineludible en cuanto a política criminal se refiere, particularmente, sobre los tópicos relativos a la prevención del delito y tratamiento penitenciario. La realidad criminal Colombiana ha tenido un escenario complicado, en virtud de los complejos grupos delictivos que durante varias décadas han sido una preocupación no solo de la autoridad

estatal colombiana, sino de la comunidad internacional. De suerte tal que se considera pertinente, analizar las políticas de combate al delito, así como las medidas legislativas en materia de penología que se han tomado en el país en comentario.

La Nación Chilena aparece en nuestro escenario de investigación, debido a la gran influencia que tuvo este país en la construcción de nuestro modelo de enjuiciamiento criminal acusatorio y adversarial que se encuentra vigente en la actualidad. No es nuestro propósito evaluar la pertinencia o no de la influencia chilena sobre nuestros legisladores al momento de expedir nuestro Código de Procedimientos Penales para el Estado de Chihuahua de 2007, que a la postre, inspiró en cierta medida al Congreso de la Unión, para emitir el Código Nacional de Procedimientos Penales. El motivo de la inclusión de la nación en comentario en estas páginas, es verificar a cabalidad la realidad o contexto punitivo en el país de mérito. Lo que nos permitirá cotejar, como no suele hacerse, la parte sustantiva de la legislación punitiva de Chile, en cuanto a las finalidades de sus penas, la duración de las mismas y la estructura del sistema penitenciario.

No deben soslayarse las dictaduras contemporáneas, como Cuba o Corea del Norte, en las cuales es bien sabido que la función policial del estado se encuentra elevada a su máxima expresión, suprimiendo los derechos civiles de manera radical, de suerte tal que estas naciones socialistas ameritan un estudio en cuanto a las penalidades que se aplican a los delitos de amplio impacto, y las políticas penitenciarias que imperan. Lo

que nos permitirá identificar, los medios de control social a los que recurren pretendiendo ubicar si toman como herramienta la intimidación punitiva, o bien se encuentran otros factores inhibidores de los impulsos delictivos de sus habitantes.

II.- Contexto general.

No es la finalidad de las siguientes páginas realizar un completo tratado en materia de *penología*, sin embargo se considera pertinente para el tópico al que dedicaremos nuestra atención, realizar un breve análisis sobre *la pena*, esa legítima consecuencia, que se impone a los sujetos a los que se les ha logrado acreditar más allá de toda duda razonable, la perpetración o participación en un hecho que la ley señala como delito.

Como es bien sabido, el enjuiciamiento criminal tiene como finalidad esclarecer los hechos que puedan ser constitutivos de un delito, conocer la verdad histórica de los hechos, o dicho en otras palabras, lograr la comunión del intelecto del juzgador con la realidad y así lograr determinar si las situaciones fácticas que han sido sometidas a su conocimiento, se ajustan a una hipótesis delictiva en particular, es decir, si existe alguna conducta típica, antijurídica y culpable, para después, en su caso aplicar la consecuencia jurídica que la ley penal contempla.

Por lo tanto, es innegable que la ciencia denominada penología ha encontrado su propio papel en nuestro escenario jurídico, tal y como lo anota el autor Ramírez Delgado:

> […].el concepto de penología fue usado por primera vez por Francis Lieber, descrito como la rama de la ciencia criminal que

> trata del castigo del delincuente; es decir se veía en ella el aspecto vengativo y castigador propio del Derecho Penal, lo cual era válido en aquellas épocas, pues téngase presente que Lieber vivió del año 1800 al 1872, tiempo en que impera la idea retribucionista en esa materia del derecho, pero que en la actualidad y debido a la evolución de los sistemas punitivos a partir del presente siglo ya no se concibe ni acepta como válido el concepto de referencia. Por ello llama más la atención el hecho de que a casi doscientos años de distancia aún no se hable de la importancia del estudio de la penología, y que a pesar de que en los albores del siglo XX se pregona una justicia penal más humana e igualitaria y los dogmáticos tradicionalistas del Derecho Penal se pierden en un intrincado camino de la Teoría del Delito con absurdas y vagas proposiciones sobre finalismo y causalismo que no conducen a nada concreto. Mientras miles de seres humanos se "pudren" en las prisiones debido a la abulia de quienes les compete estudiar y analizar las consecuencias de todo hecho delictuoso: La coerción Jurídica o Sanción; ignorándose por consecuencia las funciones que la pena puede realizar de modo accesorio a la conducta criminal, su naturaleza como sanción jurídica y los fines que se persiguen.[3]

En esta tesitura es que podemos definir a la penología como "la ciencia que estudia las Diversas Penas y Medidas de Seguridad aplicables al sujeto de conducta antisocial". [4]

El análisis de las líneas anteriores, nos hace capaces de advertir que la penología estudia la diversidad de penas y las medidas de seguridad en sí mismas, su objeto y caracteres propios, su historia, y su desarrollo, así como *sus efectos prácticos.*

De manera sintética podemos asegurar que, "la penología tiene por objeto el estudio de las penas, su finalidad y

[3] RAMÍREZ DELGADO, Juan Manuel, *Penología Estudio de las Diversas Penas y Medidas de Seguridad*, Segunda Edición, México, Porrúa, 1997, p. 1
[4] Ibíd., pp. 05

ejecución"[5], sin embargo, no debe pasar desapercibido que la penología del mismo modo comprende, como objeto de estudio, las reacciones o respuestas de la sociedad que son generadas por conductas desplegadas por individuos que son considerados de manera mayoritaria dentro de la pluralidad de sujetos que conforman la sociedad como perjudiciales o peligrosos. Estas reacciones son estudiadas como situaciones fácticas que se presentan dentro de un contexto político y económico determinado, ya que en cada época, en cada lugar, se ha reaccionado de manera distinta ante estas conductas.

Si reflexionamos en lo expuesto en las líneas inmediatamente anteriores, podemos encontrar fuertes puntos de contacto entre la ciencia autónoma denominada penología, y a la diversa ciencia auxiliar del derecho penal, denominada criminología. En efecto, la criminología como lo comentan Hassemer y Muñoz Conde:

> [ ] Tiene que ocuparse de la forma de reacción frente a la delincuencia, la eficacia del sistema de sanciones legalmente existentes, y de la idoneidad de las mismas para cumplir funciones preventivas de carácter general (intimidatorias o de restablecimiento de la confianza de los ciudadanos en la vigencia de las normas), o especial (de resocialización, de control del sujeto condenado).[6]

Al tenor de lo expuesto podemos encontrar un pluralidad de disciplinas que se encargan de auxiliar al derecho penal, en materia de aplicación punitiva, como lo son la

[5] CASTELLANOS TENA, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal*, Primera Edición, México, Porrúa, 2003, p.305.
[6] HASSEMER, Winfried, *et. al*., *ob. Cit*.

penología, la criminología, y el derecho penitenciario, siendo este último igualmente una pieza clave en la ejecución de la punición estatal, al ocuparse de la estructura, funcionamiento, evolución histórica y finalidades de los sistemas carcelarios.

En este orden de ideas, y con una diversidad de disciplinas preocupadas por la ejecución penal, deberíamos darnos a la tarea de definir este término con el que reiteradamente hemos tropezado, -la pena-, para Rodríguez Manzanera, la pena es la efectiva privación o restricción de bienes de que se hace objeto al sujeto que ha sido sentenciado por haber cometido un delito.[7] Desde nuestro punto de vista, este autor acierta, al no incorporar a la definición de penalidad sus fines u orientaciones, es decir, no asegura que su objetivo sea castigar, resocializar o disuadir a la población para cometer un delito, simplemente se dedica a explicar que la penalidad consiste en restringir bienes jurídicamente tutelados de los que era titular quien fue condenado por haber cometido un delito, verbigracia la libertad deambulatoria, en el caso de la pena privativa de la libertad, o bien de una porción patrimonial en el caso de la pena pecuniaria.

Podemos encontrar autores que si incorporan los fines de la pena en la definiciones que ofrecen a la comunidad jurídica, como es el caso de Reynoso Dávila, quien sostiene que "La pena debe ser un contra estímulo, que sirva para disuadir del delito y que cometido éste, trate corregir al delincuente y

[7] RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Penología.* Porrúa, Primera Edición, México 1998, p.p. 94

vigorizar sus fuerzas inhibitorias para el porvenir"[8]. Resulta claro que este autor pretende que su definición cobre vigencia en sistemas jurídicos que orienten la pena a la prevención general (intimidación punitiva o legislativa) o bien a la reinserción social o corrección.

Para efectos de nuestra labor, podemos sostener que la pena, es la consecuencia que el legislador penal contempla, para aquellos sujetos a los que se logre acreditar mediante un debido proceso, que han realizado o desplegado una conducta que ha sido previamente catalogada como delito.

No existe conformidad unánime en cuanto a la terminología empleada actualmente, en virtud de que la palabra pena, en su significado gramatical nos remite a la idea de un sufrimiento, suplicio o tormento. Pena según la Real Academia Española, significa "(Del lat. poena). 1. f. Sentimiento grande de tristeza. 2. f. Castigo impuesto conforme a la ley por los jueces o tribunales a los responsables de un delito o falta. 3. f. Dolor, tormento o sentimiento corporal. 4. f. Dificultad, trabajo."[9]

Diferentes doctrinarios y juristas, dependiendo de las distintas épocas y corrientes que hayan predominado en su pensamiento, han aportado una definición para describir y justificar la pena como medida de coactiva en el sistema

[8] REYNOSO DÁVILA**,** Roberto, *Teoría General de las Sanciones Penales*, Primera Edición, Porrúa, México, 1996, p. 528.

[9] Diccionario en línea de la Real Academia Española, consultable en: *http://lema.rae.es/drae/?val=pena*

jurídico penal, incluso se han adoptado terminologías alternativas como medidas de defensa social o medidas sancionadoras, simplemente basta recordar que si bien es cierto, los últimos dos Códigos Penales de nuestra Entidad Federativa (1987 y 2007), han adoptado las terminología de 'penalidad' y 'delito', el las codificaciones anteriores como la de 1937, se utilizaban expresiones como Código de Defensa Social, infracciones antisociales, y como ya se ha decantado medidas de defensa social.

De una u otra manera, lo cierto es que actualmente se ha abandonado la expresión de medida de defensa social, para sostener el término de penalidad, sin embargo, aún y cuando el sentido gramatical nos remita a la idea un padecimiento o sufrimiento, la finalidad que un sistema jurídico le otorgue no necesariamente deba ser vengativa o retributiva, en este tenor debemos distinguir entre la justificación y el objetivo de un penalidad, que según Muñoz Conde, al referirse a la justificación de la pena, afirma que se trata de una "amarga necesidad en una sociedad de seres imperfectos como lo son los hombres"[10], sin embargo sus sentidos u orientaciones pueden variar de prevención (general-especial), retribución o corrección.

III.- Los fines de la pena

> *"Sin Hipotecar el Futuro, puede afirmarse que hasta ahora, es un hecho innegable que en toda agrupación social existe un conjunto de normas que regulan tanto el funcionamiento de*

[10]MUÑOZ CONDE, Francisco, *"Introducción al Derecho Penal",* Segunda Edición, Argentina, B de F Ltda. Montevideo- Buenos Aires, 2001, p.p. 69-71

> *los órganos colectivos como las relaciones de los miembros del agregado social, y las de estos con los órganos colectivos, Si los hombres respetaran voluntariamente esas normas el derecho penal sería innecesario; pero los seres humanos son constantes transgresores del orden jurídico, establecido y por ello junto al derecho constitutivo figura el sancionador. Este hecho grandioso y terrible que pone en manos del Estado el Ius Puniendi debe ser sometido a investigación, empezando por su pretendida legitimidad."*[11]

El derecho penal subjetivo, igualmente conocido como '*ius puniendi'*, consiste en el derecho a sancionar con el que cuenta la autoridad estatal, en otras palabras, consiste en el facultad que emana en favor del estado para sancionar al delincuente. De conformidad con el punto de partida que se ha establecido en supra líneas, esa facultad sancionadora debe orientarse en algún sentido determinado, ya sea por la mera retribución del mal ocasionado por el delincuente, o bien para que dada la ejemplaridad de la sanción el destinatario de la pena no reincida, o en el mejor de los casos para realizar un diagnóstico del motivo por el que se cometió el delito y así lograr la corrección del delincuente.

Un ejemplo claro del aspecto ante mencionado lo describen de una manera más amplia Carrancá y Rivas realizando una crítica sobre los sistemas de encarcelamiento que a la letra dice:

> Los sistema penales modernos viven un profundo cambio es verdad. Y el mismo cambio se observa venturosamente en la mayoría de los sistemas de encarcelamiento. Pero si hemos edificado magníficos reclusorios que son en alguna forma la culminación del proceso de humanización en el campo de las

[11] JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *"Introducción al derecho penal",* Primera reimpresión, IURE, México, 2006, p.p. 45.

> penas ha llegado la hora de reflexionar sobre el papel del individuo dentro de esos reclusorios. Y no solo nos referimos al papel previsto en el derecho penal, sino fundamentalmente en la filosofía del derecho penal. En otras palabras, ya no es el cuerpo el objetivo mayor de la represión penal. ¿Lo son acaso el alma, el espíritu, la conciencia? ¿Cuál es el objetivo mayor de la represión penal? ¿O ya no se trata de represión? ¿Es que la Función Punitiva del Estado se ha transformado en función readaptadora y resocializadora?[12]

La interrogantes antes precisadas nos obligan a reflexionar en torno a la finalidad de la pena, en el sentido de verificar si la misma radica en descargar el poder punitivo del Estado sobre el criminal, adoptando la figura de un verdugo, o bien sustituir esa visión de la pena, por una fuerza resocializadora. Estas orientaciones se encuentran condicionadas a la política criminal que impere en un sistema gubernamental determinado. Mucho dependerá de la naturaleza del Estado del que se trate y de su forma de gobierno, en el sentido de verificar si se sacrifica la libertad a cambio de la seguridad de los habitantes, típico de un estado totalitario, o bien se adopta la fórmula "Libertad, la máxima posible, restricciones solo las necesarias", característica de un Estado democrático.

Por lo tanto, se puede considerar que existen tres grandes orientaciones o finalidades de la pena, a saber:

- Retributiva
- Preventiva (General – Especial correctiva o intimidatoria específica)

[12] CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl, *"El Drama Penal",* México, Porrúa, 1982, p. 105.

La finalidad retributiva, requiere en principio analizar el término retribución, que nos transmite la idea de imponer un mal al delincuente por haber cometido un delito, esto es castigarlo. La imposición de un mal, por un mal causado o en una sola palabra *venganza*.

Esta se puede considerar la forma más antigua o primitiva de pretender hacer *justicia*. En un comienzo podemos sostener que la venganza privada fue el primer mecanismo empleado por el ser humano, cuando un particular o grupo familiar se cobraba de cuenta propia las agresiones recibidas, lo que originó la muy conocida 'Ley del Talión', que se sabe surgió como una fórmula de limitación vengativa, con el objetivo de que el vengador cobrara su deuda en la medida en fue agredido (*ojo por ojo, hueso por hueso*). Lo anterior mientras el Estado no lograba imponerse a los particulares, hasta dar un giro a la etapa conocida como venganza pública, en la que la autoridad asumía el carácter de vengador y castigaba al delincuente por el mal ocasionado.

Aquellos que asumen una postura favorable a este sentido punitivo, argumentan que no debe confundirse la *retribución* con la *expiación*, esto es hacerle sentir al delincuente remordimiento por el daño causado, ni tampoco debe confundirse con la venganza. Sino que:

> [L]a retribución constituye una medida objetiva de restauración del orden jurídico quebrantado, de restablecimiento, siquiera sea solo simbólico del desorden producido por la acción ilegal, de restitución de las cosas a

> su estado correcto, de compensación, si es que no material, al menos ideal, del entuerto cometidos"[13]

No obstante, aún de esta forma y con esta explicación, se desprende que la retribución implica una actividad reactiva del estado ante la conducta antisocial del criminal, implica demostrarle al súbdito del estado que a toda actitud antisocial le sigue invariablemente una consecuencia, un sufrimiento por el mal ocasionado, por haberse apartado del camino del derecho, y desplegar una conducta prevista por el legislador penal.

Por otra parte, cuando nos referimos a esta noción, tendremos que visualizar la tendencia a evitar la comisión o perpetración del delito, y no la represión del mismo. Implica en lo general, la creación de la norma punitiva con una finalidad predominantemente intimidatoria, que obliga al grueso de la sociedad a seguir el camino del derecho, no por un imperativo de carácter ético, sino meramente por temor a la pena que se le pudiese aplicar.

La prevención general entonces se dirige a la generalidad del tejido social, mientras que la prevención especial se enfoca a que el individuo que ya ha delinquido, inhiba en lo sucesivo sus impulsos delictivos, ya sea por la ejemplaridad de la sanción (segregación o intimidación posterior) o bien por la corrección que se obtuvo como resultado de un tratamiento penitenciario enfocado a resocializarlo.

[13] DIAZ ARCINIEGA**,** Esther, "La Coercitividad Jurídica: prevención ejecución, pena", Primera Edicion, Porrúa, México, 1964, p.p. 163,164.

IV. Análisis comparativo de los sistemas penales

De manera esencial, según las ideas expresadas con anterioridad, podemos destacar que, respecto a la finalidad de la pena en México, existen dos grandes corrientes, una de ellas la Absoluta, que asevera que la pena es un medio de retribución (venganza) por la comisión de conductas anti-sociales (delitos), y la segunda que relativiza su utilidad como intimidatoria y en caso de materializarse el delito, se actualiza su función correctora.

Desde luego, como en infinidad de corrientes y escuelas de lo jurídico, éstas son extremistas, surgiendo las tendencias eclécticas o unificadoras. Es incuestionable, que la regla general de las tendencias actuales en materia de Política Criminal, tienen como aspiración que los Estados busquen la *reinserción social* con la aplicación de penas derivadas de un debido proceso jurisdiccional, circunstancia que atañe particularmente al Sistema Penitenciario, tal como de manera expresa y clara se consagra en el artículo 18 de La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

> Artículo 18. Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.
> El sistema penitenciario se organizará sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley.

Dispositivo que invariablemente debemos complementar con el numeral 22 del mismo cuerpo normativo:

> Artículo 22. Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.

En este tenor, no podemos negar que la aspiración y finalidad esencial de la pena, en particular la privativa de libertad, (y por lo tanto del sistema, penitenciario) es precisamente, resocializar al delincuente.

No desestimamos la existencia de tendencias o medidas desesperadas de control de criminalidad, que implican agravar las penas como medio de intimidación y prevención del delito, como lo es la prisión vitalicia en delitos de alto impacto social, que es solo un ejemplo del reconocimiento del fracaso del Sistema Penitenciario en su ámbito de tratamiento criminal para la reinserción social, cumpliendo en este caso la función de institución aislante, aseguradora y que custodia, como único fin para prevenir la reincidencia, en los casos contemplados por la norma penal, reconociendo en determinados casos la imposibilidad de lograr los deseados resultados resocializadores en determinados delincuentes

Particularmente, consideramos que en la situación actual, en nuestro marco jurídico (Estado de Chihuahua), se ha adoptado en algunos casos esta medida, verbigracia la ‘prisión vitalicia’, incorporada en el año 2010 en nuestro Código Penal, para delitos de alto impacto como la extorsión o el secuestro.

Consideramos claramente que la prisión vitalicia, no cuenta con una finalidad resocializadora, sino que bajo la justificación de: 'a situaciones desesperadas, medidas desesperadas', se pretendió que los criminales pensaran dos veces antes de cometer estos delitos, por correr el riesgo de ser capturados y permanecer de por vida privados de su libertad.

Como un buen deseo legislativo, se contempla a la pena como un mecanismo estatal que sirve para estudiar al delincuente, realizar un diagnóstico, y aplicar los medios necesarios para reinsertarlo a su grupo social, por diversos medios como la educación, el trabajo, e incluso tratamientos clínicos-psicológicos, con la finalidad de concientizarlo y evitar reincida en su conducta antisocial.

Consideramos que actualmente se ha desvirtuado la esencia correctiva de la pena, al incrementar de manera desproporcionada las mismas, por lo que conviene echar un vistazo a las penas existentes en delitos de alto impacto en sistemas jurídicos extranjeros, lo que nos permitirá realizar una dinámica de autoconsciencia.

Como se advirtió de manera preliminar, Corea del Norte es un ícono del socialismo, de suerte tal que vale la pena entrar al estudio de las medidas punitivas que el régimen emplea como medio de control social.

Resulta bien sabido, que la función policial de un Estado, consiste en un conjunto de actividades inherentes a restringir determinadas conductas humanas con la finalidad no

convertir la libertad en libertinaje. Para el ser humana vivir implica ineludiblemente convivir con otros tantos de nuestra imagen y semejanza, por lo que resulta necesario ceder una porción de nuestra libertad con la finalidad de garantizar la paz y la tranquilidad social. La autoridad Estatal se encarga de verificar que los integrantes del tejido social no se aparten del camino deseado por la colectividad, sin embargo cuando esta incrementa en grado superlativo la función policial, llegando al extremo de coartar las facultades o derechos civiles más esenciales, o incluso vulnerar los derechos humanos de los gobernados, es cuando nos encontramos en presencia de una dictadura, tal se considera el caso de Corea del Norte.

Actualmente, el líder norcoreano Kim Jong-Un, resulta ser un claro ejemplo de crueldad y uso abusivo de un poder totalitario, que tiene sometido a su pueblo en una dinámica de represión y control desmedido, desde la programación televisiva, hasta la prohibición de utilizar el internet de manera libre y espontánea, o incluso la prohibición de llamarse como el líder.

Una cultura de adoración al régimen y a su líder es inculcada a los norcoreanos desde pequeños. Bajo este contexto, podremos darnos una idea de la naturaleza de las penalidades que se pueden aplicar en esta nación.

> TORTURA Y OTROS MALOS TRATOS.- Unas 200.000 personas permanecen recluidas en centros de detención y campos prisión de Corea del Norte. Muchas son sometidas a tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. Las

condiciones varían de un centro a otro pero, en general, son más duras en los campos prisión políticos (*kwanliso*[14]) que en los dedicados a "delitos" no políticos (*kyohwaso o nodong danryundae*)[15]. Los reclusos son sometidos en todos los campos a trabajos forzados que, normalmente, incluyen talar madera en las montañas y picar piedra, a menudo durante jornadas diarias de 10 horas o más, sin días de descanso. Se les castiga si se sospecha que mienten, si no trabajan lo suficientemente deprisa o si olvidan las normas de la prisión o las letras de las canciones patrióticas. Los castigos incluyen palizas, ejercicio forzado, permanecer sentados inmóviles durante periodos prolongados, y críticas públicas humillantes. La combinación de trabajo forzado, alimentación inadecuada, palizas, falta de atención médica y condiciones de vida insalubres da lugar a enfermedades Algunos reclusos han muerto bajo custodia o poco después de ser liberados. PENA DE MUERTE.- En Corea del Norte, los métodos habituales de ejecución son el fusilamiento o el ahorcamiento. La pena de muerte se dicta a menudo incluso en casos en los que el presunto delito no es susceptible de ser castigado con esa pena según la legislación nacional. Las ejecuciones suelen llevarse a cabo en secreto, pero hay informes sobre ejecuciones llevadas a cabo en público para que sirvan de ejemplo a otras personas. En febrero de 2008, Corea del Norte, al parecer como ejemplo disuasorio, ejecutó públicamente a 15 personas –13 mujeres y 2 hombres– por intentar huir a China. En febrero de 2007, dos soldados norcoreanos fueron condenados a muerte por ayudar a personas de Corea del Norte a hacer visitas no autorizadas a China. Se desconoce si llegaron a ser ejecutados.[16]

Este el contexto que prevalece en Norcorea, una dictadura basada en la arbitrariedad, la irracionalidad, brutalidad, así como violaciones cotidianas a los derechos fundamentales de su pueblo:

[14] Las cursivas son nuestras
[15] Ídem
[16] AMNISTÍA, Internacional, Agosto de 2009, Índice: ASA 24/003/2009, Secretariado Internacional, Peter Benenson House, 1 Easton Street,London WC1X 0DW, Reino Unido, Edición española a cargo de: EDITORIAL AMNISTÍA INTERNACIONAL (EDAI), Valderribas, 13 28007 Madrid. España, consultable en: https://www.amnesty.org/en/documents/ASA24/003/2009/es/

Otro de los puntos polémicos sobre el país norcoreano atañe a los derechos humanos: entre sus violaciones se encuentran la *tortura*, la *pena de muerte*, la detención y el *encarcelamiento arbitrarios* y la supresión de libertades, incluidas las de *expresión* y *circulación*. Dadas las dificultades de acceso al país apenas existen datos que permitan conocer la verdadera magnitud de estas violaciones de derechos humanos. *Cualquier asamblea* o asociación *no autorizada* se considera *"disturbio colectivo"*, punible legalmente Según denuncia Amnistía Internacional, el régimen norcoreano realiza ejecuciones públicas ante grandes multitudes. Según una serie de informes que pudo conocer esta organización, algunos presos son ejecutados ante sus familiares *mediante la horca o el pelotón de fusilamiento*. En el caso de la pena de muerte, la asociación internacional Hands Off Cain ha elaborado un ranking de países con más penas de muerte ejecutadas, y Corea del Norte está en el tercer lugar con 60. EE UU, otro de los países que practica la pena de muerte, permanece en un quinto puesto con 46 ejecuciones. China lidera esta clasificación, con un total de 5.000 ejecuciones. Dentro de la supresión de libertades, cualquier asamblea o asociación no autorizada se considera "disturbio colectivo", punible legalmente, desvela Amnistía Internacional. Además, aunque la libertad religiosa está garantizada por la Constitución, en la práctica está muy reprimida. AI[17] denuncia que muchos cristianos están en campos de trabajo. También es prácticamente imposible cruzar la frontera hacia China o Corea del Sur. En 2008 salió a la luz la ejecución de 15 norcoreanos en público por intentar huir o ayudar a otras personas a escapar a través de la frontera con China. Tras la ejecución, un funcionario norcoreano precisó que era una advertencia a los que intentasen cruzar la frontera de forma ilegal. Los medios de comunicación nacionales sufren una férrea censura y el acceso a las emisiones de medios de comunicación internacionales está restringido. "Vimos poco y nos dejaron grabar menos", indicó en 2010 la periodista Rosa María Calaf al relatar su experiencia sobre el primer reportaje que una televisión española hacía en ese país, en junio de 2000. Esta retahíla de violaciones de los derechos humanos preocupa mucho en la ONU. Aunque no hace ni un día de la noticia de la muerte del dictador, la Asamblea General de Naciones Unidas ha adoptado una resolución de condena de la situación de los derechos humanos en Corea del Norte. La resolución, que se

[17] Amnistía Internacional.

> vota anualmente en ese foro del organismo internacional, fue adoptada por 123 países, mientras que 16 se expresaron en contra, entre ellos China, y 51 se abstuvieron, y en ella se pide el "inmediato fin de las graves y sistemáticas violaciones" de los derechos humanos en Corea del Norte.[18]

Como podemos ser capaces de advertir, nos encontramos en presencia de un estado represivo, cuyas penalidades son eminentemente retributivas, desproporcionadas, y violatorias de los derechos humanos del grueso de la población.

La República de Cuba, por su parte, es un Estado Socialista que se ubica en una paradisiaca isla del Caribe, de manera particular en un archipiélago del mar de las Antillas, acorde a su carta fundamental:

> Su forma de gobierno es la de república socialista. Cuba es un Estado socialista de trabajadores, independiente y soberano, organizado con todos y para el bien de todos, como República unitaria y democrática, para el disfrute de la libertad política, la justicia social, el bienestar individual y colectivo y la solidaridad humana.[19]

Cuba, tuvo como gobernante a Fidel Castro, cerca de cinco décadas, actualmente luego de problemas de salud, se encuentra en el poder el hermano del famoso personaje antes mencionado, llamado Raúl Castro.

Si bien es cierto, nos encontramos en presencia de una República Socialista, no podemos llegar al extremo de calificarla como semejante a Corea del Norte.

---

[18] SEGURADO, Ignacio, "Así Es Corea Del Norte, El Estado Más Hermético Del Mundo, Que Intriga A Los Capitalistas", Periódico digital 20 Minutos, Edición Española, Diciembre de 2011, consultable en: http://www.20minutos.es/noticia/1253764/0/corea-del-norte/historia-pais/politica-economia/

[19] Constitución de la República de Cuba, Artículo Primero consultable en: http://www.cuba.cu/gobierno/cuba.htm

En efecto, se han reportado múltiples violaciones a los Derechos Humanos realizadas por las autoridades cubanas, existe un desprecio total al capitalismo y cualquier inversión extranjera ligada al mismo, sin embargo, en honor a la verdad, no podemos padecer el hermetismo extremista de Norcorea. Aun así, penas ejemplares, inusitadas e infamantes podemos encontrar en este sistema jurídico extranjero.

El Código Penal Cubano, tiene por objeto, - proteger a la sociedad, a las personas, al orden social, económico y político y al régimen estatal; - salvaguardar la propiedad reconocida en la Constitución y las leyes; - promover la cabal observancia de los derechos y deberes de los ciudadanos, - contribuir a formar en todos los ciudadanos la conciencia del respeto a la legalidad socialista, del cumplimiento de los deberes y de la correcta observancia de las normas de convivencia socialista-[20].

Sin embargo, parece ser que para el Estado Cubano, el fin justifica los medios, en el sentido de que en el dispositivo 28.1.2 del Código Punitivo de Cuba se contemplan penalidades tales como:

a) muerte;
b) privación de libertad;
c) trabajo correccional con internamiento;
ch) trabajo correccional sin internamiento;
d) limitación de libertad;
e) multa;
f) amonestación.

La privación de la vida por fusilamiento, derivada de una sentencia jurisdiccional se puede actualizar por delitos tales como:

- Tomar las armas contra la patria (art. 93.1)

[20] Ley 62. Código Penal de la República de Cuba, la Asamblea Nacional del Poder Popular, 29 de diciembre de 1987, Artículo 1.1.

- Ayuda al enemigo (art. 94.1).
- Espionaje (art. 97.1).
- Rebelión (98.1).
- Sedición (art. 100).
- Usurpación del mando político o Militar (art. 102).
- Terrorismo (art. 106).
- Actos Hostiles contra un Estado Extranjero siempre que existan represalias (art. 110.1).
- Genocidio (art. 116.1).
- Piratería (art. 117).
- Asesinato (art. 263).
- Pederastia con violencia (art. 299.1), entre otros.

Este ordenamiento legal, contempla figuras sumamente cuestionables, como lo es el llamado estado peligroso, y castigos "preventivos":

> En concreto, el Código Penal cubano es un muestrario que va de la mano dura -pena de muerte por fusilamiento para delitos como **asesinato, sabotaje o piratería**[21]- hasta la tolerancia cero más descarnada: si en Nueva York se aplicó a las más mínimas transgresiones, en Cuba directamente se reprime hasta el delito en estado de posibilidad: en efecto, el "estado peligroso" habilita a medidas tales como "internamiento en establecimiento asistencial, psiquiátrico o de desintoxicación", "asignación a centro de enseñanza especializada, con o sin internamiento", o "vigilancia por los órganos de la Policía Nacional Revolucionaria". Merodeo o vagancia son figuras penales que el garantismo cuestiona por implicar discriminación social. En Cuba directamente se las asimila a la propensión a delinquir. Y habilitan de hecho a las autoridades a un *castigo preventivo* de esta "conducta antisocial" bajo la forma del tratamiento y la rehabilitación forzosos. Además, quien tenga relación con algunos de los "antisociales" arriba mencionados, puede ser objeto de una "advertencia" por la autoridad pública, mediante acta que deberá firmar ante la policía. Por otra parte, la simple tenencia de droga para consumo se castiga con 6 meses a 2 años de privación de

[21] Negritas en el original

> libertad. Y de 3 a 8 años al médico que prescriba drogas sin finalidad terapéutica. La edad de imputabilidad es de 16 años, pero hasta los 18 años la pena para el delincuente puede ser reducida en sus mínimos y máximos hasta la mitad. Y para los de 18 a 20, en un tercio. Los menores de 20 no son pasibles de pena de muerte.[22]

La sobrepoblación penitenciaria, a pesar de lo avanzado de la infraestructura de sus centros carcelarios, ha sido un mal que aqueja a Cuba desde hace décadas, de suerte tal que el día 25 de junio de 2013, se publicó en la Gaceta Oficial No. 018 Extraordinaria, el Decreto-Ley No. 310, que contiene modificaciones al Código Penal Cubano[23], verbigracia se adicionó al artículo 47 del Código Penal, un cuarto apartado, mismo que permite al dictar sentencia, el Tribunal, en caso de considerar que la sanción a imponer, aún en el límite mínimo previsto para un delito calificado, resulta excesivamente severa, podrá excepcionalmente adecuar la sanción dentro del marco previsto para la modalidad básica del propio delito.

Si tomamos como ejemplo el asesinato, delito que atenta contra el bien jurídicamente tutelado de mayor valía, podemos apreciar que se encuentra tipificado de la siguiente manera:

> Artículo 263. Se sanciona con privación de libertad de quince a treinta años o muerte, al que mate a otro concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes:

---

[22] PEIRÓ, Claudia, *"Un código penal implacable hace de Cuba uno de los países más seguros del mundo"*, Periódico Digital INFOBAE, THX Medios SA : Humboldt 1550, C1414BTD , Buenos Aires, Octubre de 2013, consultable en: http://www.infobae.com/2013/10/23/1518198-un-codigo-penal-implacable-hace-cuba-uno-los-paises-mas-seguros-del-mundo

[23] Gaceta Consultable en: http://www.cubadebate.cu/wp-content/uploads/2013/10/GO_X_018_2013reformalCodigoPenal.pdf

> a) ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o beneficio de cualquier clase, u ofrecimiento o promesa de éstos;
> b) cometer el hecho utilizando medios, modos o formas que tiendan directa y especialmente a asegurar su ejecución sin riesgo para la persona del ofensor que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido;
> c) ejecutar el hecho contra una persona que notoriamente, por sus condiciones personales o por las circunstancias en que se encuentra, no sea capaz de defenderse adecuadamente:
> ch) aumentar deliberadamente el sufrimiento de la víctima, causándole otros males innecesarios para la ejecución del delito;
> d) obrar el culpable con premeditación, o sea, cuando sus actos externos demuestran que la idea del delito surgió en su mente con anterioridad suficiente para considerarlo con serenidad y que, por el tiempo que medio entre el propósito y su realización, ésta se preparó previendo las dificultades que podían surgir y persistiendo en la ejecución del hecho […][24]

Llama nuestra atención como la pena privativa de libertad en este delito, se encuentra delimitada a 20 años de prisión, encontrándose el tribunal en posibilidad de optar por la muerte por fusilamiento. Si realizamos un cotejo con nuestro Código Penal local, podremos advertir penalidades privativas de libertad por encima del doble, como por ejemplo el homicidio calificado previsto en nuestro numeral 127 que parte como mínimo de 20 y máximo 50 años, o bien en el caso del dispositivo 126 que contempla el feminicidio y el infanticidio, la pena máxima se dispara hasta 60 años.

Por lo tanto, en comparación con este Estado Socialista, en nuestro sistema jurídico contamos con penas privativas de libertad mucho más prolongadas, sin embargo la gran ventaja de

[24] Ley 62. Código Penal de la República de Cuba, Op. Cit, Artículo 263

nuestro sistema jurídico es la prohibición expresa de la pena capital, en el arábigo 22 de nuestra Carta Magna.

No es desconocido para nosotros, el contexto colombiano en materia de crimen organizado, tráfico de narcóticos, así como el problema guerrillero encabezado por las *"Fuerzas Armadas Revolucionarias Colombianas – Ejército del Pueblo (FARC-EP)*", consideradas por una multiplicidad de naciones como una agrupación terrorista, entre estas la Unión Europea y los Estados Unidos.

Desde la década de los sesenta, una serie de factores se conjugaron para detonar y enardecer el conflicto armado en Colombia, factores tales como la disputa por la tenencia de la tierra, la disparidad tan marcada entre las clases sociales (económicamente hablando), persecuciones políticas originadas por preferencia políticas, así como las altas influencias del comunismo y la narco-cultura que ha impregnado a los grupos sociales y al Estado mismo.

Pudiera considerarse, que ante la existencia de grupos beligerantes, y los problemas descritos en supra líneas, la autoridad estatal se ha visto tentada a incrementar las penalidades en delitos de alto impacto, de suerte tal que amerita realizar un estudio a la magnitud de las penas en este país, lo que nos permitirá tomar un criterio luego de su cotejo con México.

Se han seleccionado estratégicamente delitos de fuerte trascendencia social como el homicidio, la violación, el

secuestro y extorsión, que son aquellos cuyas penas se han disparado en nuestro territorio nacional.

De conformidad con el artículo 35 del Código Penal de Colombia[25], se consideran como las penas 'principales', la privativa de la libertad o prisión, la pecuniaria o multa, así como las privativas de otros derechos, según las desglosa el diverso numeral 43 del mismo cuerpo normativo como lo son: 1. La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, 2. La pérdida del empleo o cargo público, 3. La inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio, 4. La inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela y curaduría, 5. La privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas, 6. La privación del derecho a la tenencia y porte de arma, 7. La privación del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos, 8. La prohibición de consumir bebidas alcohólicas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas, 9. La expulsión del territorio nacional para los extranjeros, 10. La prohibición de aproximarse a la víctima y/o a integrantes de su grupo familiar, 11. La prohibición de comunicarse con la víctima y/o con integrantes de su grupo familiar.

Como podemos advertir, la pena capital no cobra vigencia en el ordenamiento punitivo colombiano, encontrando como las más gravosa de todas las penalidades la privativa de libertad,

[25] Consultable en la página del Congreso de la República de Colombia: ftp://ftp.camara.gov.co/camara/basedoc/ley/2000/ley_0599_2000.html

que se encuentra explicada y limitada en el arábigo 37 del ordenamiento legal en estudio, mismo que determina que:

> [L]a pena de prisión para los tipos penales tendrá una duración máxima de cincuenta (50) años, excepto en los casos de concurso. 2. Su cumplimiento, así como los beneficios penitenciarios que supongan la reducción de la condena, se ajustarán a lo dispuesto en las leyes y en el presente código. 3. La detención preventiva no se reputa como pena. Sin embargo, en caso de condena, el tiempo cumplido bajo tal circunstancia se computará como parte cumplida de la pena.[26]

En lo inherente a delitos de alto impacto podemos mencionar lo siguiente[27]:

Homicidio, TIPIFICACIÓN. Artículo 103 C.P.C. = Prisión de doscientos ocho (208) a cuatrocientos cincuenta **(450) meses.**

> Algunas circunstancias de agravación. Art. 104 = La pena será de cuatrocientos (400) a seiscientos **(600) meses de prisión**, si la conducta descrita en el artículo anterior se comete: a) En los cónyuges o compañeros permanentes; en el padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar, en los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos; y en todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integradas a la unidad doméstica. B) Para preparar, facilitar o consumar otra conducta punible; para ocultarla, asegurar su producto o la impunidad, para sí o para los copartícipes. c) Por precio, promesa remuneratoria, ánimo de lucro o por otro motivo abyecto o fútil. d) Valiéndose de la actividad de inimputable. e) Con sevicia, f) Colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad o aprovechándose de esta situación. g) Con fines terroristas o en desarrollo de actividades terroristas. h) Si se cometiere contra una mujer por el hecho de ser mujer.

[26] Ídem, Artículo 37
[27] Ídem, Artículos 103, 104,168 al 170, 205 al 207, 244 y 245.

Secuestro, SECUESTRO SIMPLE. Artículo 168 = Prisión de ciento noventa y dos (192) a trescientos sesenta (360) meses y multa de ochocientos (800) a mil quinientos (1500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

> Artículo 169. SECUESTRO EXTORSIVO. (Con el propósito de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad, o para que se haga u omita algo, o con fines publicitarios o de carácter político) = Prisión de trescientos veinte (320) a quinientos cuatro (504) meses y multa de dos mil seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (2.666.66) a seis mil (6.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
>
> Algunas circunstancias de agravación punitiva. Art. 170 La pena señalada para el secuestro extorsivo será de cuatrocientos cuarenta y ocho (448) a seiscientos (600) meses y la multa será de seis mil seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (6666.66) a cincuenta mil (50000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin superar el límite máximo de la pena privativa de la libertad establecida en el Código Penal, si concurre alguna de las siguientes circunstancias:
>
> a) Si la conducta se comete en persona discapacitada que no pueda valerse por sí misma o que padezca enfermedad grave, o en menor de dieciocho (18) años, o en mayor de sesenta y cinco (65) años, o que no tenga la plena capacidad de autodeterminación o que sea mujer embarazada. b) Si se somete a la víctima a tortura física o moral o a violencia sexual durante el tiempo que permanezca secuestrada. c) Si la privación de la libertad del secuestrado se prolonga por más de quince (15) días. d) Si se ejecuta la conducta respecto de pariente hasta cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil, sobre cónyuge o compañera o compañero permanente, o contra cualquier persona que de manera permanente se hallare integrada a la unidad doméstica, o aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor o en alguno o algunos de los partícipes, e) Cuando la conducta se realice por persona que sea servidor público o que sea o haya sido miembro de las fuerzas de seguridad del Estado. f) Cuando se presione la entrega o verificación de lo exigido con amenaza de muerte o lesión o con ejecutar acto que implique grave peligro común o grave

> perjuicio a la comunidad o a la salud pública. g) Cuando se cometa con fines terroristas. h) Cuando se obtenga la utilidad, provecho o la finalidad perseguidos por los autores o partícipes. i) Cuando se afecten gravemente los bienes o la actividad profesional o económica de la víctima. j) Cuando por causa o con ocasión del secuestro le sobrevengan a la víctima la muerte o lesiones personales. K) Si se comete en persona que sea o haya sido periodista, dirigente comunitario, Defensor de Derechos Humanos, miembro de una organización sindical legalmente reconocida, política, étnica o religiosa o en razón de ello, entre otras.

Violación Artículo 205. ACCESO CARNAL VIOLENTO. El que realice acceso carnal con otra persona mediante violencia, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años.

> Artículo 206. ACTO SEXUAL VIOLENTO. El que realice en otra persona acto sexual diverso al acceso carnal mediante violencia, incurrirá en prisión de ocho (8) a dieciséis (16) años.
> Artículo 207. ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL EN PERSONA PUESTA EN INCAPACIDAD DE RESISTIR. El que realice acceso carnal con persona a la cual haya puesto en incapacidad de resistir o en estado de inconsciencia, o en condiciones de inferioridad síquica que le impidan comprender la relación sexual o dar su consentimiento, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años. Si se ejecuta acto sexual diverso del acceso carnal, la pena será de ocho (8) a dieciséis (16) años.

Extorsión: TIPIFICACIÓN. Artículo 244. Prisión de ciento noventa y dos (192) a doscientos ochenta y ocho (288) meses y multa de ochocientos (800) a mil ochocientos (1.800) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 245. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN La pena señalada en el artículo anterior se aumentará hasta en una tercera (1/3) parte y la multa será de cuatro mil (4.000) a

nueve mil (9.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si concurriere alguna de las siguientes circunstancias:

> a) Si se ejecuta la conducta respecto de pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil, sobre cónyuge o compañera o compañero permanente, o aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor o en alguno o algunos de los partícipes. 2. Cuando la conducta se comete por persona que sea servidor público o que sea o haya sido miembro de las fuerzas, de seguridad del Estado. b) Si el constreñimiento se hace consistir en amenaza de ejecutar muerte, lesión o secuestro, o acto del cual pueda derivarse calamidad, infortunio o peligro común. c) Cuando se cometa con fines publicitarios o políticos constriñendo a otro mediante amenazas a hacer, suministrar, tolerar u omitir alguna cosa. d) Si el propósito o fin perseguido por el agente es facilitar actos terroristas constriñendo a otro mediante amenazas a hacer, suministrar, tolerar u omitir alguna cosa. e) Cuando se afecten gravemente los bienes o la actividad profesional o económica de la víctima. f) Si se comete en persona que sea o haya sido periodista, dirigente comunitario, sindical, político, étnico o religioso, o candidato a cargo de elección popular, en razón de ello, o que sea o hubiere sido servidor público y por razón de sus funciones. g) Si se comete utilizando orden de captura o detención falsificada o simulando tenerla, o simulando investidura o cargo público o fingiere pertenecer a la fuerza pública. h) Cuando la conducta se comete total o parcialmente desde un lugar de privación de la libertad. i) Si la conducta se comete parcialmente en el extranjero. j) En persona internacionalmente protegida diferente o no en el Derecho Internacional Humanitario y agentes diplomáticos, de las señaladas en los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por Colombia.

Luego del análisis de tipos penales de alto impacto contemplados en el Código Penal de Colombia, resulta alarmante considerar como en un Estado que ha padecido desde hace más de cincuenta años conflictos armados internos, así como las secuelas de la narco-cultura, se contemplen penalidades por mucho inferiores a las que podemos localizar a

nivel federal en nuestro país. En efecto, en México podemos encontrar las siguientes penalidades en delitos análogos:

DELITO	ART.	PENALIDAD
HOMICIDIO SIMPLE INTENCIONAL	307	De doce a veinticuatro años de prisión
HOMICIDIO CALIFICADO	320	De treinta a sesenta años de prisión.
FEMINICIDIO	325	De cuarenta a sesenta años de prisión
VIOLACIÓN	265	De ocho a veinte años de prisión
VIOLACIÓN EQUIPARADA	266	De ocho a treinta años de prisión. Si se ejerciera violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentará hasta en una mitad.
VIOLACIÓN AGRAVADA	266 BIS	Las penas relativas al tipo básico, se aumentará hasta en una mitad en su mínimo y máximo.
EXTORSIÓN	390	De dos a ocho años de prisión
EXTORSIÓN AGRAVADA	390	Las penas se aumentarán hasta un tanto más
SECUESTRO BÁSICO[28]	9	De cuarenta a ochenta años de prisión
SECUESTRO AGRAVADO	10-I	**De cincuenta a noventa años de prisión** cuando se trate de: a) Obtener, para sí o para un tercero, rescate o cualquier

[28] Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamento de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación, 30 de noviembre de 2010, Artículo 9, 10-I , 10-II y 11.

		beneficio; b) Detener en calidad de rehén a una persona y amenazar con privarla de la vida o con causarle daño, para obligar a sus familiares o a un particular a que realice o deje de realizar un acto cualquiera; c) Causar daño o perjuicio a la persona privada de la libertad o a terceros; o d) Cometer secuestro exprés, desde el momento mismo de su realización, entendiéndose por éste, el que, para ejecutar los delitos de robo o extorsión, prive de la libertad a otro
SECUESTRO AGRAVADO	10-II	**De cincuenta a cien años de prisión** y de ocho mil a dieciséis mil días multa, si en la privación de la libertad concurren cualquiera de las circunstancias siguientes: Párrafo reformado DOF 03-06-2014 a) Que el o los autores sean o hayan sido integrantes de alguna institución de seguridad pública, de procuración o administración de justicia, o de las Fuerzas Armadas Mexicanas, o se ostenten como tales sin serlo; b) Que el o los autores tengan vínculos de parentesco, amistad, gratitud, confianza o relación laboral con la víctima o persona relacionada con ésta; c) Que durante su cautiverio se cause a la víctima alguna lesión de las previstas en los artículos 291 a 293 del Código Penal Federal; d) Que en contra de la víctima se hayan ejercido actos de tortura o violencia sexual; e) Que durante o después de su cautiverio, la víctima muera debido a cualquier alteración de su salud que sea consecuencia de la privación de la libertad, o por enfermedad previa que no hubiere sido atendida en forma adecuada por los autores o partícipes del delito. Las sanciones señaladas en el presente artículo se impondrán, sin perjuicio o con independencia de las que correspondan por otros delitos que de las conductas a las que se aplican resulten.

SECUESTRO CON PRIVACIÓN DE LA VIDA DE LA VÍCTIMA.	11	**De ochenta a ciento cuarenta años de prisión**

El Código Penal de Chile, muestra grandes diferencias con relación a nuestros Códigos Punitivos, tanto en materia Federal, como en la Codificación Sustantiva Penal de cada Entidad Federativa. En nuestro territorio nacional, observamos una clasificación bipartita respecto de las conductas dignas de reproche Estatal, en virtud de que se contempla la existencia de Delitos o Faltas Administrativas. Los primeros son conductas (acciones u omisiones) que sancionan las leyes penales por ser típicas, antijurídicas y culpables, las segundas son violaciones a reglamentos eminentemente administrativos como los Bandos de Policía y Buen Gobierno de cada municipalidad.

Por el contrario en Chile, se advierte una clasificación tripartita, al distinguir los crímenes de los delitos simples y las faltas, únicamente dependiendo de la gravedad de la conducta, contemplándose las tres figuras en la misma Codificación. [29] Para efecto de tasar la duración de la penalidad, el artículo 21 del Código Penal de ese país, establece el siguiente criterio:

PENAS	TIEMPO QUE COMPRENDE TODA LA PENA	TIEMPO DE SU GRADO MÍNIMO	TIEMPO DE SU GRADO MEDIO	TIEMPO DE SU GRADO MÁXIMO
PRESIDIO, RECLUSIÓN, MAYORES	De cinco años y un día, a veinte años.	De cinco años y un día, a diez años.	De diez años y un día, quince años.	De quince años y un día a veinte años.
PRESIDIO RECLUSIÓN,	De sesenta y un días, a cinco	De sesenta un días, a	De quinientos	De tres años y un

[29] Código Penal de Chile, Art. 3°, consultable en: http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984.

MENORES	años.	quinientos cuarenta días.	cuarenta y un días, a tres años.	día, a cinco años.
PRISIÓN	De uno a sesenta días.	De uno, a veinte días.	De veintiún días, a cuarenta.	De cuarenta y un días, a sesenta.

La diferencia entre presidio y reclusión consiste en que en que "la pena de presidio sujeta al condenado a los trabajos prescritos por los reglamentos del respectivo establecimiento penal las de reclusión y prisión no le imponen trabajo alguno".[30]

Por su parte el guarismo 89, del precitado ordenamiento jurídico determina qué:

> Los condenados a reclusión y prisión son libres para ocuparse, en beneficio propio, en trabajos de su elección, siempre que sean compatibles con la disciplina reglamentaria del establecimiento penal; pero si afectándoles las responsabilidades de las reglas 1a y 3a del artículo anterior carecieren de los medios necesarios para llenar los compromisos que ellas les imponen o no tuvieren oficio o modo de vivir conocido y honesto, estarán sujetos forzosamente a los trabajos del establecimiento hasta hacer efectivas con su producto aquellas responsabilidades y procurarse la subsistencia.[31]

El legislador chileno, indica en cada dispositivo, cual es la penalidad que corresponde a cada crimen, delito o falta, ya sea reclusión mayor o reclusión mínima, y desde luego el grado de la misma.

[30]Ibíd, Artículo 32.
[31] Ibídem, Articulo 89

A continuación se exponen los delitos de Homicidio, Secuestro, Extorsión (denominada Amenaza con ánimo de lucrar), y violación en el Código Penal Chileno[32]:

> HOMICIDIO, PARRICIDIO, FEMICIDIO, INFANTICIDIO. Art. 390. El que, conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes o a quien es o ha sido su cónyuge o su conviviente, será castigado, como parricida, **con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.**

Si la víctima del delito descrito en el inciso precedente es o ha sido la cónyuge o la conviviente de su autor, el delito tendrá el nombre de femicidio.

> Art. 391. El que mate a otro y no esté comprendido en el artículo anterior, será penado:
> 1°. Con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo, si ejecutare el homicidio con alguna de las circunstancias siguientes:
> Primera. Con alevosía.
> Segunda. Por premio o promesa remuneratoria.
> Tercera. Por medio de veneno.
> Cuarta. Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor al ofendido.
> Quinta. Con premeditación conocida.
> 2º Con presidio mayor en su grado medio en cualquier otro caso.
> Art. 394. Cometen infanticidio el padre, la madre o los demás ascendientes legítimos o ilegítimos que dentro de las cuarenta y ocho horas después del parto, matan al hijo o descendiente, y serán penados con presidio mayor en sus grados mínimos a medio.

Violación:

> Art. 361. La violación será castigada con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio.
> Art. 362. El que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de catorce años, será

[32] Código Penal de Chile, Óp. Cit. Artículos 390, 391, 394, 361, 362, 141 y 296.

castigado con presidio mayor en cualquiera de sus grados, aunque no concurra circunstancia alguna de las enumeradas en el artículo anterior.

Secuestro:

Artículo 141. El que sin derecho encerrare o detuviere a otro privándole de su libertad, comete el delito de secuestro y será castigado con la pena de presidio o reclusión menor en su grado máximo.

En la misma pena incurrirá el que proporcionare lugar para la ejecución del delito.

Si se ejecutare para obtener un rescate o imponer exigencias o arrancar decisiones será castigado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio.

Si en cualquiera de los casos anteriores, el encierro o la detención se prolongare por más de quince días o si de ello resultare un daño grave en la persona o intereses del secuestrado, la pena será presidio mayor en su grado medio a máximo.

El que con motivo u ocasión del secuestro cometiere además homicidio, violación, violación sodomítica o algunas de las lesiones comprendidas en los artículos 395, 396 y 397 N° 1, en la persona del ofendido, será castigado con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.

Amenaza con ánimo de lucro (extorsión):

Artículo 296. El que amenazare seriamente a otro con causar a él mismo o a su familia, en su persona, honra o propiedad, un mal que constituya delito, siempre que por los antecedentes aparezca verosímil la consumación del hecho, será castigado:

1º. **Con presidio menor en sus grados medio a máximo, si hubiere hecho la amenaza exigiendo una cantidad o imponiendo ilegítimamente cualquiera otra condición y el culpable hubiere conseguido su propósito**.

2°. Con presidio menor en sus grados mínimos a medio, si hecha la amenaza bajo condición el culpable no hubiere conseguido su propósito.

3°. Con presidio menor en su grado mínimo, si la amenaza no fuere condicional; a no ser que merezca mayor pena el hecho consumado, caso en el cual se impondrá ésta. Cuando las amenazas se hicieren por escrito o por medio de emisarios, éstas se estimarán como circunstancias agravantes.

V. Conclusiones

1.- La penalidad es la legítima consecuencia que se aplica a quien ha cometido un hecho que la ley señala como delito, y puede tener distintas orientaciones o finalidades, como la retributiva, o preventiva general y especial. En nuestro sistema jurídico, se sostiene como base de la organización del sistema penitenciario, la finalidad preventiva especial consistente en corrección o reinserción social, lo anterior al tenor de lo expuesto por el artículo 18 de nuestra Carta Magna.

2.- Existe una evidente incongruencia entre la finalidad del sistema penitenciario, y la regla de proporcionalidad de las penas, y la magnitud de las mismas que se encuentran previstas en delitos que el legislador ha considerado de alto impacto, incluyendo desde luego penalidades como la prisión vitalicia o cadena perpetua.

3.- El incremento de las penalidades, no es más que el reconocimiento tácito del Estado, sobre el fracaso del sistema penitenciario y la falta de eficiencia en las corporaciones policiales encargadas de prevenir los acontecimientos delictivos.

4.- El incremento de las penas, la severidad de las mismas, se puede considerar como una radiografía de la Autoridad Estatal, en la que se refleja un padecimiento en su eficiencia preventiva del delito y resocializadora de los delincuentes.

5.- Resulta incongruente que un estado democrático como México, cuente con penalidades tan radicales y

desproporcionadas, que nos acercan más a la severidad de un estado totalitario y represor, que a un estado respetuoso de los derechos humanos.

6.- El contexto punitivo actual en México, nos aleja cada vez más del principio de mínima intervención, y nos aproxima al derecho penal del enemigo.

7.- Deben de reducirse las penalidades que superen las expectativas de vida de los sentenciados, con la finalidad de permitirles la resocialización[33]. Igualmente, el Estado Mexicano debe enfocar su energía intelectual, legislativa y presupuestal para depurar y fortalecer las corporaciones policiacas preventivas del delito, debe fomentar los valores necesarios para la adecuada convivencia social, lo anterior desde el sistema educativo y los núcleos familiares. Finalmente, se debe de nutrir al sistema penitenciario, así como equiparlo con los recursos humanos y materiales (cualitativa y cuantitativamente hablando), que sean necesarios para el cumplimiento de sus fines.

VI.- Fuentes de consulta

Fuentes bibliográficas

CASTELLANOS TENA, Fernando, *"Lineamientos elementales de derecho penal"*, México, Porrúa, 1973.

CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl, *"El Drama Penal",* México, Porrúa, 1982.

[33] A menos que exista acumulación de penas por pluralidad de delitos.

DÍAZ ARCINIEGA, Esther, "La Coercitividad Jurídica", Porrúa, México, 1964.

HASSEMER, Winfried, et. Al, *"Introducción a la Criminología y a la Política Criminal"*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *"Introducción al derecho penal",* Primera reimpresión, IURE Editores, México, 2006.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *"Introducción al Derecho Penal",* Segunda Edición, Argentina, B de F Ltda. Montevideo- Buenos Aires, 2001.

Diccionario en línea de la Real Academia Española, consultable en: *http://lema.rae.es/drae/?val=pena.*

RAMÍREZ DELGADO, Juan Manuel*, "Penología Estudio de las Diversas Penas y Medidas de Seguridad"*, Segunda Edición, México, Porrúa, 1997.

REYNOSO DÁVILA, Roberto, *"Teoría General de las Sanciones Penales",* Porrúa, México, 1996.

RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *"Penología",* Porrúa, México 1998.

Hemerográficas

AMNISTÍA, Internacional, Agosto de 2009, Índice: ASA 24/003/2009, Secretariado Internacional, Peter Benenson House, 1 Easton Street, London WC1X 0DW, Reino Unido, Edición española a cargo de: EDITORIAL AMNISTÍA INTERNACIONAL (EDAI), Valderribas, 13 28007 Madrid. España, consultable en:

https://www.amnesty.org/en/documents/ASA24/003/2009/es/

SEGURADO, Ignacio, "Así Es Corea Del Norte, El Estado Más Hermético Del Mundo, Que Intriga A Los Capitalistas", Periódico digital 20 Minutos, Edición Española, diciembre de 2011, consultable en: http://www.20minutos.es/noticia/1253764/0/corea-del-norte/historia-pais/politica-economia/

PEIRÓ, Claudia, *"Un código penal implacable hace de Cuba uno de los países más seguros del mundo"*, Periódico Digital INFOBAE, THX Medios SA : Humboldt 1550, C1414BTD, Buenos Aires, Octubre de 2013, consultable en: http://www.infobae.com/ 2013/ 10/ 23/ 1518198-un-codigo-penal-implacable-hace-cuba-uno-los-paises-mas-seguros-del-mundo

Legislativas

Código Penal Federal

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

Código Penal del Estado de Chihuahua.

Código Penal de Chile.

Código Penal de Colombia.

Código Penal de Cuba.

LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS DEL DELITO EN TRÁNSITO POR MÉXICO Y LA PROCURACIÓN DE JUSTICIA

María Teresa Gaxiola Sánchez[1]
María del Rosario Molina González[2]
María de Jesús Camargo Pacheco[3]

SUMARIO: I. Introducción; II. Marco jurídico de la procuración de justicia de los niños, niñas y adolescentes víctimas del delito en tránsito por México en el ámbito internacional; III. Marco jurídico de la procuración de justicia de las niñas, niños y adolescentes víctimas del delito en tránsito por México en el ámbito nacional; IV. Líneas para una conclusión. V. Fuentes de consulta.

Resumen:

Los esfuerzos paulatinos por proteger los derechos humanos de la persona han sido sostenidos continuamente desde el discurso político, no obstante los esfuerzos normativos desde los planos nacional e internacional, la crisis humanitaria continua, sobre todo en perjuicio de sectores altamente vulnerables y donde, la seguridad humana como tal, se relativiza. Niñas, niños,

[1] Doctora en Derecho, Docente e Investigadora del Departamento de Ciencias Sociales, Universidad de Sonora, Unidad Regional Sur; Coordinadora Divisional de Prácticas Profesionales, Presidenta de la Academia de Derecho. mtgax@navojoa.uson.mx.
[2] Doctora en Derecho, Docente e Investigadora del Departamento de Ciencias Sociales, Universidad de Sonora, Unidad Regional Sur; Líder del Cuerpo Académico Dogmática Jurídica y Proceso Educativo. Tendencias Actuales. (UNISON-CA-165). rmolina@navojoa.uson.mx.
[3] Doctora en Derecho, Docente e Investigadora del Departamento de Ciencias Sociales, Universidad de Sonora, Unidad Regional Sur; Integrante del Cuerpo Académico Dogmática Jurídica y Proceso Educativo. Tendencias Actuales (UNISON-CA-165 mcamargo@navojoa.uson.mx.

adolescentes, migrantes, víctimas, son por sí mismas categorías sospechosas de discriminación y vulnerabilidad. Fenómeno acentuado por el incremento de la niñez migrante no acompañada, ni resguardada, que para México es recurrente, precisamente por su situación geográfica que facilita el trasiego; quedando expuestos a condiciones de lesión de sus derechos, de victimización y revictimización institucional, su condición los invisibiliza y expone a expresiones delictivas graves.

Las líneas de actuación plantean como objetivo la custodia y tutela, como forma de garantizar los elementos mínimos de seguridad humana y jurídica, desde esta perspectiva, el presente trabajo analiza los avances normativos en el plano nacional e internacional, con el propósito de proteger y resguardar el interés superior del menor migrante, frente a su condición de víctima del delito; abordaje que se realiza desde la concepción teórica del garantismo y la seguridad humana, en un análisis de tipo descriptivo y documental.

Palabras clave: Niñas, niños, adolescentes; víctima del delito; Procuración de justicia.

Abstract:

The gradual efforts to protect the human rights of the person have been continuously held since the political discourse, despite regulatory efforts from the national and international levels, the continuing humanitarian crisis, especially at the expense of highly vulnerable and where security human as such, is relative. Girls, children, adolescents, migrants, victims are themselves suspected

of discrimination and vulnerability categories. Phenomenon accentuated by the increase in unaccompanied migrant children, or protected, that Mexico is recurrent, precisely because of its geographical position, which facilitates the transfer; being exposed to conditions of violation of his rights, victimization and re institutional victimization, their condition makes them invisible and exposes serious criminal expressions. Action policies aimed pose custody and guardianship in order to guarantee the minimum elements of human and legal certainty. From this perspective, this paper analyzes the regulatory developments in the national and international levels, in order to protect and safeguard the best interests of migrant children, compared to their status as victims of crime; approach that is made from the theoretical conception of state protection and human security, descriptive analysis and documentary
Keywords: girls, boys, teenagers; victims of crime; prosecution of crimes

I. Introducción

Los procedimientos de procuración de justicia se encuentran rutinizados y estandarizados en pautas de actuación por parte de los funcionarios y operadores jurídicos, quienes cuentan en nuestro sistema de justicia con facultades discrecionales, para tomar personalmente decisiones e intervenir en asuntos privados de las personas invadiendo la privacidad, la libre circulación y libre pensamiento. En el tema de la migración se convierten en detenciones con miras a la verificación del estatus de ciudadanía,

sin que haya un señalamiento formal para seguir una causa de acción penal.

En la mayoría de estos casos, de detenciones donde se guían por la apariencia personal de los detenidos como puedan ser tatuajes o bien, formas de vestir, que se encuentran estigmatizadas en la sociedad sobre las pandillas juveniles, son argumentos suficientes para que los agentes del Ministerio Público procedan a la detención de personas migrantes en redadas y operativos en las rutas migratorias o en los centros de concentración de migrantes.

Las detenciones derivadas de las cuales se fincan responsabilidades, frecuentemente se encuentran relacionadas con portación de armas prohibidas, normalmente no se llevan las diligencias que establecen los procedimientos que marcan los Códigos Penales como son la presentación de las pruebas periciales y otros procedimientos. Algunas veces, los jueces aprueban las detenciones guiados por esta tendencia satanizadora de la presencia de migrantes, en consonancia al "entramado discursivo denominado política de contención y de criminalización de las poblaciones"[4], direccionada en el caso que nos ocupa a la población migrante no obstante los esfuerzos, sobre todo de las organizaciones civiles, para la eficacia de los derechos humanos de éste colectivo.

[4] URBANO REYES, Javier; "Prólogo en Migrantes en Prisión", La incriminación de migrantes en México, Otro destino trágico; Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez, A.C. y el Programa de Asuntos Migratorios de la Universidad Iberoamericana Campus Ciudad de México; México, 2014, pág. 7

Cuando se trata de menores migrantes las autoridades no llevan a cabo los procedimientos de confirmación de la edad porque, en el caso de los migrantes extranjeros estos no cuentan con documentos formales y las pautas de intervención en las actuaciones de los agentes aparecen señaladas algunas conversaciones que pretenden ser utilizadas con el propósito de determinar la mayoría de edad de los detenidos. Para tal efecto, es oportuno establecer que dentro de los flujos migratorios, niño o niña es toda persona menor de dieciocho años[5]; que se les adjudica el carácter de "no acompañado" a aquellos "quienes han sido separados tanto de sus progenitores como del resto de sus parientes y que no se hallen al cuidado de una persona adulta que, por ley o costumbre, sea el responsable de ellos"[6].

En tanto que, son niñas y niños separados "aquellos que no se encuentran de manera física con ambos de sus progenitores ni con su previo cuidador –por ley o costumbre-, pero no están necesariamente apartados de otros parientes. Puede tratarse, por tanto, de niños acompañados por otros miembros adultos de sus familias"[7].

---

[5] Salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad. Artículo 1 de la Convención de los Derechos de los Niños, Organización de las Naciones Unidas, 1991, fuente electrónica, [consultada en diciembre de 2014], disponible en: http://www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/Programas/Discapacidad/Conv_DNi%C3%B1o.pdf

[6] *Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño*, Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, mayo 2008; Suprema Corte de Justicia de la Nación; Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a personas migrantes y sujetas de protección internacional, México, 2013, p. 21

[7] Ídem.

Como un referente de exploratorio que permita contextualizar la situación de los menores migrantes no acompañados, es pertinente referir la Síntesis de Estadística Migratoria de 2012[8], del Centro de Estudios Migratorios donde se obtuvo una variación de incremento del 50.4 de menores de dieciocho años, extranjeros y alojados en las estaciones migratorias; este dato deriva de que durante 2011 se detuvo a 3878, en tanto que para 2012, los eventos de detención y alojamiento revelan a 5832 menores extranjeros en las estaciones mexicanas.

Ésta situación no es diferente pues en relación con los datos obtenidos entre 2013 a 2014[9], se advierte que el aumento es aún más significativo, toda vez que el incremento es de 178% en la detención de migrantes de 0 a 17 años, diferenciando además que a la población migrante de 0 a 11 años, el aumento es del 541%, quienes se categorizan además por viajar solos, referenciado estadísticamente en un aumento del 1,148%.

La condición de vulnerabilidad de los migrantes puede ser descrita, apelando a los principios transversales que amparan el ejercicio de los derechos de los niños y niñas migrantes de la

[8] Centro de Estudios Migratorios de la Secretaría de Gobernación, *Síntesis 2012 Estadística Migratoria*, México, 2012, p. 29, fuente electrónica, [consultada en enero de 2015], disponible en: http://www.inm.gob.mx/estadisticas/Sintesis_Grafica/2012/Sintesis2012.pdf

[9] Instituto Nacional de Migración, citado por URESTE, Manu, La detención en México de migrantes menores de 11 años aumentó un 541% en 2014, Diciembre 31 de 2014, Animal Político, fuente electrónica, [consultada en 25 de enero de 2015], disponible en: http://www.animalpolitico.com/2014/12/detencion-en-mexico-de-migrantes-menores-de-11-anos-aumento-un-541/

Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde se plantea que:

> [L]a vulnerabilidad se refiere a la condición en la que se encuentra una persona susceptible a ser herida o dañada. En el caso de los migrantes, la doctrina entiende, que se trata de una condición que les impone la sociedad receptora de su inmigración y es por esta condición que muchas veces sus derechos humanos son violados[10].

En los casos en que los migrantes han sido víctimas de delitos, y una vez que los operadores de la justicia tienen conocimiento de ello, actúan con negligencia y omisión exigiendo una larga lista de requisitos formales, aunque se trate de menores y que los delitos sean graves como el abuso y la trata de personas. Además otros requisitos de intervención de las víctimas en el proceso, siendo las niñas, niños y adolescentes, los dejan en desventaja procesal.

Los principales problemas jurídicos que se encuentran relacionados con la administración y procuración de justicia en relación con las niñas, niños y adolescentes en general y con los que tienen la condición de ser migrantes en lo particular, se encuentran en los traslapes de dos orientaciones que se contraponen frontalmente para dar cabida a un sistema efectivo y que ofrezca los elementos de certeza adecuados. Uno es el modelo tutelar que atribuye responsabilidades parentales a los padres, a la sociedad y al Estado y otro es el modelo garantista

[10] Centro de Derechos Humanos y Centro de Investigaciones Jurídicas; fuente electrónica, [consultada mayo de 2015]; disponible en: http://www.corteidh.or.cr/sitios/Observaciones/33/33.pdf

que se encuentra adelantado en otras áreas del derecho pero todavía resulta en muchos aspectos excluyente para el tema de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Aunque este problema tiene un carácter centralmente doctrinal que implica una redefinición de conceptos teóricos e instrumentales establecidos en la normatividad, también significa el cambio en la orientación y acoplamiento del estado de derecho de la misma forma en que se ha logrado avanzar primordialmente en ramo del derecho penal, en general. En este sentido se han planteado discusiones a nivel académico y se han llevado a elaborar consensos a nivel internacional en diversos planos de las relaciones internacionales.

Para evitar la primacía y la remisión de las funciones del aparato del Estado en vez de su orientación hacia el servicio al individuo, el modelo garantista remite su racionalidad al individuo

> En las circunstancias antes relatadas es fácil concluir que todo Estado de Derecho debe ser un estado garantista, pues si el requisito sine qua non para tener la posibilidad de hablar de éste, es que se encuentre sujeto a condiciones de racionalidad, en consecuencia, las garantías individuales son el primer requisito para estar de cara a dicho Estado[11].

[11] ANGULO, J., & Castañer, A. (2005). El niño víctima del delito y procuración de justicia. En M. Griesbach, El niño víctima del delito. Fundamentos y orientaciones para la reforma procesal penal (Vol. 1, págs. 11-34). México: Oficina de la Defensoría de los Derechos de la Infancia.

II. Marco jurídico de la procuración de justicia de los niños, niñas y adolescentes víctimas del delito en tránsito por México en el ámbito internacional

Se han creado algunos instrumentos jurídicos para orientar específicamente los ordenamientos jurídicos en el sentido de abrir algunos canales de acceso a los derechos universales en las condiciones específicas en que han ido quedando vulnerables las niñas, niños y adolescentes ante los cambios sociales, ante los problemas de la globalización, los problemas sociales y políticos que ha traído como consecuencia.

En este sentido se aprobó la Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado proclamada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su resolución 3318 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974.

Estos instrumentos constituyen consensos de los países participantes luego de algunas controversias doctrinales y desarrollos de teoría jurídica y de estructuración de estrategias políticas frente a las consecuencias sociales y políticas donde algunos sectores se encuentran desprotegidos.

Algunas organizaciones humanitarias han desarrollado un enfoque desde la perspectiva de los derechos humanos y han elaborado profundas reflexiones respecto a los delitos cometidos contra las niñas, niños y adolescentes en general y contra los menores migrantes en particular proponiendo estrategias normativas para su protección específica.

Es el caso de las detenciones de niños junto a los

adultos donde se requiere de medidas jurídicas y procedimientos específicos para llevar a cabo las diligencias del caso y no provocar impactos severos en la formación de las niñas, niños y adolescentes, Abramovich afirma que:

> En este sentido, por una parte, en diversos países la ausencia de preceptos legales dirigidos a proteger a los niños en estas circunstancias repercute en cuestiones como la detención de niños junto con personas adultas (migrantes, pero también, en ciertos casos, personas acusadas y/o condenadas por la comisión de delitos penales), la no prestación de asistencia jurídica gratuita y la falta de garantías procesales adecuadas a su edad en el marco de las cuales puedan defender sus derechos[12].

Los procedimientos de detención de niños, niñas y adolescentes relacionados con los temas de migración es un problema de falta de normatividad específica relacionada con los derechos a la protección en el sentido de las condiciones de los centros de detención como en los procedimientos del debido proceso específico para la edad, y como afirma el precitado autor:

> Al mismo tiempo, en numerosas ocasiones, niños y adultos migrantes son alojados en centros carcelarios o comisarías policiales. Estas dependencias, por un lado, no han sido destinadas a guarecer a personas acusadas de cometer infracciones migratorias, y por otro, no se adecuan a las necesidades y derechos de los niños y niñas[13].

Todos estos problemas están relacionados con el tratamiento de las detenciones fuera de su carácter

[12] ABRAMOVICH, V. (2009). Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular en América Latina y el Caribe. (P. Ceriani Cernadas, Ed.) Lanus: UNICEF, p. 17
[13] *Ibídem*, p. 18

administrativo y debido a la criminalización del estatus migratorio el de atribuirles un carácter punitivo, por lo que:

> La interdicción de respuestas de tipo punitivo a la irregularidad migratoria (en el ingreso o la permanencia) está especialmente enfocada en evitar que los Estados sancionen con penas privativas de la libertad infracciones de esa naturaleza, es decir, impedir la penalización de meras infracciones administrativas"[14].

A. Los derechos de los niños, niñas y adolescentes como víctimas del delito en los instrumentos internacionales

En lo concerniente a la protección de los niños, niñas y adolescentes como víctimas de los delitos relativos a la violencia existen definiciones importantes en las normativas internacionales, específicamente en La Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas, aprobada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 44/25, el 20 de noviembre de 1989, la cual ha entrado en vigor desde el 2 de septiembre de 1990, y que fuera ratificada por México el 21 de septiembre de 1990.

Sin embargo se han detectado la existencia de lagunas respecto a que en el Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño relativo a la venta, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (adoptado por ONU el 7 de mayo de 2000 y ratificada por el Estado Mexicano el día 15 de marzo de 2002), no se habla específicamente de garantías judiciales para los menores en el proceso penal.

Esta debilidad mantiene la suplencia del sujeto de la

[14] *Ibídem*, p. 19

queja por un adulto, en el momento de, debido a la laguna de la normativa internacional referida, tener que sustituir la toma de protesta de decir verdad y que sólo quepa un exhorto conducirse con verdad.

Estas debilidades y lagunas han propiciado que a nivel doctrina no se haya avanzado en superar los conceptos tutelares y con ello los roles conferidos a las relaciones parentales de los familiares y del Estado y el papel pasivo de las niñas, niños y adolescentes en las funciones procesales, por estas razones La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido que "tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado"[15]. El paso al modelo garantista puede comenzar con una interpretación de los derechos de las niñas, niños y adolescentes adelantados en estas normas internacionales otorgando un rol integral de sujeto propietario de derechos y sujeto procesal.

En lo que se refiere a las niñas, niños y adolescentes migrantes la protección que pueda brindar el Estado en su status de extranjero y en la falta de reconocimientos de las necesidades de migrar, los coloca en una situación todavía más desventajosa.

[15] Artículo 19, Convención Americana de Derechos Humanos; en Morlachetiit, Alejandro; Hacia la protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes en el Sistema Interamericano; p. 131, fuente electrónica; [consultada en mayo de 2014], disponible en: https://campusvirtual.univalle.edu.co/moodle/pluginfile.php/483163/mod_folder/content/0/Proteccion%20Derechos%20NNA%20Sist%20Interamericano%20%20Genero%20sesion%205.pdf?forcedownload=1

Si la protección se encuentra configurada en la normatividad internacional aprobada en nuestro país y es limitada para las niñas, niños y adolescentes mexicanos, resulta casi nulo su funcionamiento para los migrantes.

Respecto al abuso de las niñas, niños y adolescentes migrantes por las bandas delictivas en labores de vigilancia o directamente en acciones de la comisión de delitos en la normativa internacional se cuenta con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en conflictos armados, adoptado por la Asamblea General de la ONU el día 25 de mayo de 2000 y ratificada por el Estado Mexicano el día 15 de marzo de 2002. En este respecto la doctrina mexicana se mantiene en su concepción tutelar y hacen falta definiciones garantistas que guíen una juridicidad de certeza.

En el caso de los menores utilizados en trabajos denigrantes y privados de su libertad en las rutas migratorias se cuenta con el Convenio 138 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la edad mínima laboral, el Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo sobre las peores formas de trabajo infantil, la Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de menores de 18 años privados de la libertad (Reglas de Tokio), aprobadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990.

La alineación de derechos de menores frente al delito ha seguido las orientaciones internacionales en las Directrices de

las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), aprobadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990 y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores de 18 años (Reglas de Beijing), por su parte, adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 40/33, de 29 de noviembre de 1985.

Estos lineamientos han buscado amoldarse a las orientaciones tutelares trayendo consecuencias significativas en cuanto a la ampliación de la edad de responsabilidad penal y no han establecido una diferenciación adecuada en cuanto a la calificación de los delitos de mayores y menores en lo relacionado con el crimen organizado.

B. Los derechos de las niñas, niños y adolescentes como víctimas del delito en el sistema interamericano de derechos humanos.

En lo referente a la búsqueda de instrumentos normativos para orientar la justicia para menores en lo relacionado con la trata de personas, el secuestro, la violencia sexual y los abusos se han utilizado algunas definiciones y compresiones del problema desde los enfoque emanados en el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que: "En el siglo XX se produjeron al menos 80 instrumentos

internacionales aplicables, en diversa medida, a los niños[16]".

Convención Interamericana Sobre Tráfico Internacional de Menores, en 1994, basada en el derecho convencional en materia de protección internacional del menor, y en especial lo previsto en los artículos 11 y 35 de la Convención sobre Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

En el caso de las condiciones de los centros de detención es necesario que cuenten con las condiciones adecuadas para las características de la niñez, que la atención sea especializada y que los niños tengan la posibilidad de recibir visitas de sus amigos y de sus parientes:

> Para ello, como indica la Corte Interamericana, las personas encargadas de los centros en los que disponga la detención de niños y niñas, deben estar debidamente capacitadas para el desempeño de su cometido. La efectiva garantía y aplicación de estas obligaciones, principios y estándares, requiere la adopción de políticas estatales, a partir de un marco jurídico adecuado[17].

En el asunto de las deportaciones es importante que se establezcan procedimientos especiales para las niñas, niños y adolescentes en términos de debido proceso, el interés del motivo central en beneficio de estas personas vulnerables, "De acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el

[16] Corte Interamericana de Derechos Humanos Opinión Consultiva 17 "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño" OC-17/2002
[17] *Ibídem*, p. 36

debido proceso legal es el conjunto de requisitos que deben respetarse en las instancias procesales a fin de que las personas estén en condiciones de defender sus derechos frente a cualquier acto del Estado que pueda afectarlos, se trate de un procedimiento administrativo o jurisdiccional. Entre estos procesos, deben incluirse todos aquellos que resuelvan acerca del ingreso, la permanencia o la salida del país de las personas migrantes.

El derecho a la libertad de expresión de los jóvenes se había confundido con el vandalismo y existían tendencias públicas a condenar las expresiones artísticas, así que ha sido necesario elaborar pronunciamientos que garanticen el rubro de estas libertades,

> El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece la obligación de los Estados de garantizar, a todos los niños y niñas que estén en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez[18]

III. Marco jurídico de la procuración de justicia de las niñas, niños y adolescentes víctimas del delito en tránsito por México en el ámbito nacional

El sistema mexicano de derechos ha dado un cambio de modelo, del garantismo clásico a las garantías de los derechos fundamentales. Esta estructura, basada en el estado democrático de derechos implica, además, una división y efectiva autonomía de poderes y un control de los derechos constitucionalizados. El

[18] *Ibídem*, p. 52

giro al centro del sujeto titular de derechos ha dado como resultado la construcción de instrumento de límites del poder y de orientación de principios de funcionamiento razonable de la toma de decisiones.

En este movimiento se ha puesto atención sobre la víctima como el sujeto propietario de derechos y destinatario de las funciones del ejercicio de la norma. En este viraje la visibilidad de las condiciones de vulnerabilidad que le propician su propensión a ser victimizada, implica un ajuste sobre la estructuración del sistema de garantías. La adscripción de los derechos a las características y condiciones que le establecen las contradicciones sociales, por una parte, y las fuentes del derecho a la que pueden hacerse referencia en el proceso de reconocimiento de su protección.

Las primeras reformas constitucionales hacia el modelo garantista se llevaron a cabo en 1990 con la introducción del tema de los derechos humanos, en 1994 y 1995 con la incorporación de los conceptos doctrinarios de los derechos fundamentales constitucionalizados, la creación de las facultades de control de la constitucionalidad por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y además, la creación el Consejo de la Judicatura y la Carrera Judicial.

Entre el año 2000 y 2003 se aprobaron reformas constitucionales para abrir la posibilidad de demandas judiciales colectivas sobre representaciones civiles reconocidas por el Consejo de la Judicatura y sistemas de protección contra la

discriminación, la intolerancia y en favor de los derechos diferenciados de las minorías culturales y los grupos de preferencias sexuales.

Después de los esfuerzos por incorporar enfoques jurídicos desde la perspectiva garantista, no se han podido superar los enfoques tutelares relacionados con el tema de las víctimas y la pasividad sustantiva y procesal ha impedido el acceso a la justicia a los grupos vulnerables "En resumen, el proceso penal en todas y cada una de sus etapas no se encuentra debidamente diseñado para otorgar en términos generales acceso a la justicia y mucho menos para otorgar acceso a la justicia a grupos vulnerables"[19].

En forma ilustrativa, las particularidades garantistas de protección al menor migrante, incluyó detalles en la Ley de Migración refiriendo que las niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados puesto a disposición del Instituto de Migración quedará bajo su custodia y se deberá garantizar sus derechos humanos, además que deber ser atendido por personal especializado en la protección de la infancia.

Por lo que se refiere al retorno asistido deberá ser bajo los más amplios y progresivos criterios de interés superior de la niña, niño y adolescente y su situación de vulnerabilidad, respetando sus derechos humanos y con el conocimiento y

[19] ANGULO & Castañer, *Op. Cit.*, p. 15

participación de la autoridad del país del cuál es originario[20].

En cuanto a la figura central las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derechos, se reconoció en precedente de la Corte, al invocar como un principio que guíe la justicia bajo el criterio más protector y progresivo de persona, La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido en tesis que:

> El interés superior del niño, niña o adolescente es un principio de rango constitucional implícito en la regulación de los derechos de las personas menores de 18 años previstos en el artículo 40 constitucional, puesto que en el dictamen de la reforma constitucional que dio lugar al actual texto del citado artículo, se reconoce expresamente que uno de los objetivos del órgano reformador de la Constitución era adecuar el marco normativo interno a los compromisos internacionales contraídos por nuestro país en materia de protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes[21].

Asimismo, se ha conceptualizado como criterio de tesis jurisprudencial que: "la expresión *interés superior del niño,* implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los

[20] Cfr. Instituto para la Seguridad y la Democracia (Insyde) A.C.; Hacia un sistema de rendición de cuentas en Pro de los Derechos de las Personas Migrantes en México, Diagnóstico del Instituto Nacional de Migración, México, 2013. Pág. 92

[21] SUPREMA Corte de Justicia de la Nación, (2012). Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afectan a niñas, niños y adolescentes. Protocolo de actuación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, p. 8

órdenes relativos a la vida del niño"[22]

En relación a la elaboración de las normas como principio rector, el interés superior del niño debe estar directamente vinculado a la actuación jurisdiccional, determinándose que:

> …Así, el interés superior del menor ordena la realización de una interpretación sistemática que considere los deberes de protección de los menores y los derechos especiales de éstos previstos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los tratados internacionales y en las leyes de protección de la niñez; de este modo, el principio del interés superior del menor se consagra como criterio orientador fundamental de la actuación judicial; de ahí que conlleva ineludiblemente a que el juzgador tome en cuenta, al emitir sus resoluciones, algunos aspectos que le permitan determinar con precisión el ámbito de protección requerida, tales como la opinión del menor, sus necesidades físicas, afectivas y educativas; el efecto sobre él de un cambio; su edad, sexo y personalidad; los males que ha padecido o en que puede incurrir, y la posibilidad de que cada uno de sus padres responda a sus posibilidades. En suma, el principio del interés superior del menor debe informar todos los ámbitos de la actividad estatal que estén relacionados directa o indirectamente con los menores, *lo que necesariamente implica que la protección de los derechos del niño se realice a través de medidas reforzadas o agravadas, ya que los intereses de los niños deben*

[22] Poder Judicial de la Federación, Rubro: INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONCEPTO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Registro: 159897, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 1, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a./J. 25/2012 (9a.), Página: 334. En ella se correlaciona el artículo 4 Constitucional, 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 3, 4, 6 y 7 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, y la definición de Corte Interamericana de Derechos Humanos.

protegerse siempre con una mayor intensidad[23]. (Cursivas propias)

Este criterio impone, independientemente de la cualidad de migrante de la niña, niño y adolescente, la protección garantista de su interés superior implica un criterio real y relacional, incluso, sostiene el mismo texto del precedente como un principio orientador como una clave heurística de la actividad interpretativa relacionada con cualquier norma jurídica que deba aplicarse a un niño en un caso concreto o que pueda afectar sus intereses.

A. Los derechos de las niñas, niños y adolescentes como víctimas del delito en las leyes federales.

En un inicio se han comenzado iniciativas de revisión de leyes federales para tratar de contrarrestar la participación de menores en la confrontación de grupos armados en México.

La muerte de menores en los enfrentamientos armados se ha incrementado sensiblemente y las organizaciones internacionales han reclamado la falta de medidas institucionales para hacer frente a este problema, "Asimismo, y en atención a la recomendación formulada por el Comité durante la sustentación del informe sobre la aplicación del

[23] Ibíd, Rubro: INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO ELEMENTO DE INTERPRETACIÓN EN EL ÁMBITO JURISDICCIONAL. Décima Época, Registro: 2008546, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 15, Febrero de 2015, Tomo II, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a. LXXXIII/2015 (10a.), Página: 1397

Programa Federal del Control de Alimentos (PFCA) en 2011, el Gobierno de México ha estado trabajando en el marco de la Comisión Intersecretarial de Derecho Internacional Humanitario (CIDIH-México) para elaborar un anteproyecto de iniciativa de reformas a la legislación penal nacional en materia de crímenes internacionales".

En los asuntos de la violencia que involucra a menores la Comisión Intersecretarial de Derecho Internacional Humanitario ha recomendado revisar las políticas públicas para restablecer algunos servicios sociales que no han cumplido con el objetivo del bienestar de la población apreciable por los factores de falta de oportunidades, considerando la recomendación del Comité sobre los Derechos del Niño

> respecto del establecimiento de un sistema nacional integral para la coordinación e implementación de todos los derechos de los niños, incluyendo la aplicación de la Convención y sus Protocolos, el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Famili**a (**SNDIF), organismo público encargado de instrumentar, aplicar y dar dimensión a las políticas públicas en el ámbito de asistencia social, especialmente las dirigidas a la infancia y a la familia, a través de la Dirección General de Patrimonio Inmobiliario (DGPI), cuenta con un programa que promueve y difunde los derechos de las niñas, niños y adolescentes[24].

Es necesario hacer un balance de las iniciativas en el campo de las políticas públicas para valorar el impacto en el sector de la juventud de los programas implementados por el gobierno en las entidades federativas, con el fin de establecer

[24] MÉXICO, G. d. (2012). Proyecto de informe específico para el tratado, Parte Integral Del 4° Y 5 Informe consolidado relativo a la aplicación de la convención sobre los derechos del 22 de febrero de 2012. México

los factores de oportunidades en la incidencia de participación de los jóvenes en la violencia, "Con respecto a los proyectos que tuvieron incidencia dentro del tema de las políticas públicas en infancia, el Programa de Coinversión Social (PCS) apoyó un total de 70 proyectos con una aportación federal de $ 16, 845,224.00 M.N. durante el periodo 2006-2010.

Para el año 2012, el Instituto Nacional de Desarrollo Social (INDESOL), a través del Programa de Coinversión Social (PCS) estará publicando la convocatoria denominada "Protección a los derechos de los niños, niñas y adolescentes", la cual tendrá como objetivo general:

> Fomentar actividades dirigidas a la incidencia en políticas públicas, en favor de los niños, niñas y adolescentes, con base en un enfoque integral de derechos, para generar un entorno de protección integral. Esta convocatoria contiene un enfoque de derechos a favor de este grupo de población[25].

B. Los derechos de las niñas, niños y adolescentes como víctimas del delito en las leyes estales y locales.

El reconocimiento de la vulnerabilidad y la adecuación de las leyes bajo el referente de la construcción de un bloque de legalidad en México que se ejemplifica con sendas normativas como: Ley general de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia, publicada en 2007.

Pero cuando se decreta, en 2010, la Ley General para prevenir y sancionar los delitos en materia de secuestro,

[25] *Ídem*

reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y, posteriormente, en 2012 se aprueba 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; y para 2013 con la Ley general de víctimas, se logra la alineación y acomodo de los derechos de los sujetos pasivos, tanto en lo sustantivo como vinculado a los procedimientos de aplicación.

En una recomendación de la Organización de las Naciones Unidas acerca de los derechos de las víctimas y su necesaria consideración de los operadores del derecho, este organismo encuentra que en México se encuentran expresamente señalados los derechos de la víctima u ofendido en el artículo 20, apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Una vez que indicaba la existencia de este instrumento jurídico, los enumeraba, los cuales son: Recibir asesoría jurídica, ser informada de los derechos que en su favor establece la Constitución y del desarrollo del procedimiento penal y señalaba el papel de sujeto procesal de coadyuvar con el Ministerio Público, y 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, lo que ha significado el que la víctima recupere el papel activo denegado por el modelo tutelar

incluido en el modelo proteccionista, y por último la recomendación señalaba la atención parental contenida en la legislación, "así mismo, tiene derecho a recibir, a partir de la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia[26].

Las observaciones del Comisionado de la Organización de las Naciones Unidas señalan que: "De igual manera, tiene derecho a que se le repare el daño, y en los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitarla y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria".

En el caso del papel del juez la ONU establece que "También, se reconoce en favor de las víctimas, que la ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño, y a solicitar las medidas y providencias que prevea la ley para su seguridad y auxilio, y en el caso de que se trate de menores de edad, éstos no estarán obligados a carearse con el inculpado en caso de los delitos de violación o secuestro"[27].

Cuando la víctima es un menor y donde aparte el procedimiento establece mecanismos indirectos de tutela, las desventajas del procedimiento que la coloca en el papel casi imposible de aportar argumentos y pruebas de un inculpado con

[26] SOBERANES Fernández, J. L. (2007). Sobre los derechos de las víctimas de delitos. Recomendación General No. 14 (págs. 1-30). México: ONU., p. 6
[27] *Ídem.*

ventajas sociales y un Estado renuente a nivelar las fuerzas,

> En materia de infancia la dificultad es mucho mayor, porque las diferencias de hecho que existen entre un adulto y la infancia no han sido debidamente legisladas ni tratadas por el sistema legal; en específico, el proceso comunicativo entre la infancia y las autoridades que permitan dar una garantía de acceso a la justicia a la infancia en los mejores términos[28].

La primacía del daño patrimonial sobre el daño a la persona es un lastre que impide el cambio de modelo garantista. Desde 1948 ha prevalecido un criterio de interés principal acerca del daño patrimonial por parte del Estado, esto es, en cuanto a fijar montos de reparación de daños para que la víctima reciba "lo justo" y el inculpado no le sea requerido por el juzgador una cantidad más alta de un tope, en términos de una fianza.

En 1985 se reafirma el concepto de fianza y cuidado del bien patrimonial y es hasta 1993 cuando comienza levemente a abrirse lugar a que la víctima participe en la coadyuvancia con el Ministerio Público en la averiguación y esta institución ofrezca asesoría jurídica, pero no se le permitía contar con un abogado particular. Fue hasta 1996 cuando la ley comenzó a poner importancia en los daños personales a la víctima impidiendo fianza bajo caución en lesiones graves y en reincidencia del inculpado.

Pero el concepto de víctima como ofendido para ser identificado conceptualmente en el drama de los conflictos es

[28] Oficina de la Defensoría de los Derechos de la Infancia, 2005, Informe, p. 21

incorporado en el texto constitucional hasta el año 2000 ofreciéndole asesoría jurídica y permitiéndole tener una propia y a ofrecer pruebas, además, se comenzó a contemplar la necesidad de atención médica y psicológica, y por su parte, a proteger a los menores de 18 años con una tutela personalizada de acompañamiento en casos de delito de violación o secuestro.

Las posibilidades e implicaciones de identificación de las víctimas como ofendidos y la acreditación de coadyuvancia fueron recepcionadas y detalladas en la jurisprudencia del año 2000, no sólo reconociendo su nuevo rol de sujeto procesal sino aceptando la aptitud para aportar elementos de instrucción y necesidades de reparación y de atención, determina en lo conducente:

> […] El legislador evaluó la necesidad de otorgar garantías a la víctima u ofendido del delito para ser considerado, como parte del procedimiento, con la finalidad de poderse constituir no solo en coadyuvante del Ministerio Público, dentro de la averiguación previa y del proceso penal, sino además para estar en aptitud de instruir los elementos de convicción que acredite el cuerpo del delito, la responsabilidad del inculpado y la reparación del daño, en su caso, pudiendo incluso comparecer por si o a través de su representante en todo acto procesal a efecto de manifestar todo lo que su derecho convenga, lo que sin duda coloca en una situación que le permite la defensa óptima de sus intereses en cualquier estado del juicio, en razón de que se le deben de recibir todos los datos o elementos de prueba con los que cuente y se deben practicar las diligencias correspondientes, inclusive, procesalmente está legitimado para la interposición de los recursos o medios de defensa que consagra la ley adjetiva de la materia y que sean necesarias para tal fin sin que resalte una conclusión para ello, que se le reconozca por parte de un

Juez como coadyuvante del Ministerio Público[29].

En el caso de las niñas, niños y adolescentes es necesario que se abandone el criterio de tutela para fincar un modelo garantista centrado en sus derechos adscritos a su persona y el reconocimiento de sus aptitudes para aportar elementos de prueba. Este criterio comenzaría con reconocer la necesidad de permitir la declaración directa de las niñas, niños y adolescentes y establecer los mecanismos de la interpretación de sus argumentos.

Asimismo, la construcción de un sistema garantista debe, en primer plano, plantearse en el texto constitucional en donde se logre apreciar que el derecho de audición es también de los niños, cuando intervienen en un proceso judicial, el de legalidad, acceso a la justicia y otras garantías fundamentales que si bien es cierto algunas se encuentran en el texto de la Convención sobre los Derechos del Niño, no se encuentran desplegadas de tal forma que puedan ser susceptibles de aplicación.

Un ejemplo tangible es el acceso a la justicia y los medios a través de los cuales un sistema judicial permite la audición del niño por sí mismo y logra una debida interpretación de su dicho[30].

[29] PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, OFENDIDO O VÍCTIMA DEL DELITO, TIENE LA CALIDAD DE PARTE EN EL PROCEDIMIENTO PENAL, Tesis número 180, Noveno tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, 21 de septiembre de 2000.
[30] ANGULO & CASTAÑER; *Op. Cit.*, p. 29

La necesidad y la pertinencia de la interpretación corre en sentido doble, por una parte se requiere que las declaraciones del niño sean decodificadas de su lenguaje infantil para ser llevadas a la textualidad y que pueda se referida a contextualidad jurídica y, por otra parte, es necesario evitar la codificación del lenguaje jurídico para hacerlo entendible y asimilable a la comprensión infantil sobre el tema a ser deliberado en el juicio para que su participación sea cognoscente.

> El niño al enfrentarse al proceso penal como víctima u ofendido debe entender lo que está sucediendo, para lograrlo es necesario reducir al mínimo los códigos del lenguaje jurídico y establecer medios de protección al niño víctima, que en cierta medida podrían limitar el derecho de defensa del procesado, que a su vez, no presenta una antinomia sino una aplicación de equidad entre un acusado que tiene mayor entendimiento de lo que sucede, mayores garantías y un niño víctima que necesita de un Estado garantista con su situación específica[31].

C. La revictimización de las niñas, niños y adolescentes migrantes en la procuración de justicia.

La exposición a las bandas delictivas de las niñas, niños y adolescentes migrantes responden en las mismas incidencias cuantitativas de incremento a los flujos migratorios, a guisa de ejemplo en tratándose del delito de trata de persona, su tipología responde a que: "México se caracteriza por contar con altos flujos migratorios (como país de origen, tránsito y destino), lo que facilita que muchos de estos migrantes sean susceptibles de ser víctimas de trata de personas.

[31] Ibíd, p. 30

Entre los migrantes, las mujeres y los menores de edad no acompañados constituyen grupos con mayor riesgo de vulnerabilidad"[32]. Además de que éste delito, prevalece la modalidad de explotación sexual, altamente lucrativa.

La victimización directa ejercida por el agresor en primer lugar modifica de modo irreversible, en su mayor medida la personalidad de las niñas, niños y adolescentes y, por lo tanto, el del ejercicio de los derechos de justicia pueden orientarse primordialmente en un sentido preventivo, aunque, también, se puedan esperar resultados en el grado de reversibilidad que queda restante al detener los abusos,

> Puede afectar la formación de la personalidad, tener consecuencias importantes para la salud mental, impacta en el desempeño académico y también está fuertemente implicada en el desarrollo de conductas delincuenciales y antisociales, sobre todo si el niño ha sido sometido a abusos y otras violaciones a sus derechos durante largos periodos de tiempo y no cuenta con una red de apoyo para detener los abusos[33].

La segunda victimización inicia cuando las niñas, niños y adolescentes victimizados son extraídos de su mundo infantil y llevados a visitar el peor de los mundos de los adultos, el mundo de las controversias procesales demasiado formalizadas y estigmatizadas. Un nuevo trauma se acumula al poder ser señalado como un actor cuya versión de los hechos puede ser calificada de perversa y mal intencionada por su contraparte y

[32] Organización de las Naciones Unidas, Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito; Diagnóstico Nacional sobre la situación de trata de personas en México; México, 2013, p. 52
[33] Oficina de la Defensoría de los Derechos de la Infancia , 2009, p. 33)

sometida a las mayores exigencias de parte de los funcionarios de la justicia,

> Los adultos son los responsables de que éstos recuperen la confianza en que existen lugares seguros a los que pueden ir así como personas confiables a las cuales recurrir, mientras que el sistema obliga a los niños a declarar no una, sino varias veces (y alguna de ellas puede incluir un careo con su agresor), incitándole a revivir los hechos, a rememorar cada uno de los detalles en un ambiente muy formalista y distante[34].

Las rutinas establecidas en las formalidades del proceso así como las pautas de comportamiento en términos de confrontación rijosa junto a los excesivos trámites que han dejado como lastre las formas administrativas de los viejos expedientes y su verificación incorporan efectos psicológicos y morales al temperamento de las niñas, niños y adolescentes, "Los interrogatorios repetidos, las demoras prolongadas o innecesarias, la declaración frente al acusado y otros requerimientos legales pueden ser intimidantes y como resultado es factible que aumenten la ansiedad y sentimiento de impotencia del niño o la niña, pudiendo llegar a provocar graves consecuencias a largo plazo"[35].

El efecto de-formativo que le queda al menor después de ser obligado a atravesar el intrincado drama de la justicia puede forjar un temperamento de vacilación, duda, incertidumbre y falta de decisión ante las disyuntivas de las circunstancias, adicionalmente provocar un grado de desconfianza de las

[34] ANGULO & CASTAÑER, Óp. Cit. P. 33
[35] Ídem.

personas de las que ordinariamente podrían merecer reconocimiento, respeto y confianza, en el más amplio espectro de autoridad.

Esto es perder toda seguridad acerca de la socialización espontánea y lazo de ayuda mutua que antes, tal vez, se iba constituyendo en los referentes culturales sobre las vidas tradicionales e identitarias.

Los niños, niñas y adolescentes sometidos a situaciones en las que no les es posible controlar y predecir en algún grado las situaciones en las que se ven involucrados (es decir, se enfrentan a un ambiente con frecuentes amenazas, agresiones, manipulación emocional, injusticias e incoherencias y sobre todo, en el que los adultos no los protegen de tales arbitrariedades), desarrollan la expectativa (basada en esa experiencia real de confusión y falta de control) de que cualquier esfuerzo que realicen por cambiar su situación, conducirá irremediablemente al fracaso[36].

Las dificultades de la investigación criminal y los modos de operar de las grandes organizaciones delictivas que utilizan alta tecnología y los avances en las comunicaciones por vía de la telefonía y el internet pone en mayor grado de riesgo a las niñas, niños y adolescentes y su posibilidad de acceso a la justicia,

> Ante el incremento de crímenes cometidos contra niños/as mediante el uso de las computadoras derivado de la velocidad

[36] Cfr. ANGULO & CASTAÑER, Óp. Cit., p. 35

> del desarrollo tecnológico y con las crecientes oportunidades de acceso a Internet, la Policía Federal Preventiva desarrolló en México la primera Unidad de Policía Cibernética compuesta por equipo especializado en delitos cibernéticos, a fin de hacer este medio electrónico un lugar seguro para el intercambio de información[37].

Adicionalmente a las políticas públicas: preventivas y normativas, debe agregarse los esfuerzos de interpretación jurisprudencial, en el cual dan materialidad que inciden positivamente en la reducción de la brecha de tensión entre el discurso de la ley y la práctica en materia de los derechos de las niñas, niños y adolescentes migrantes, destacando el precedente de décima época, a la luz del problema de los menores migrantes no acompañados y víctimas de delito de tráfico de indocumentados, y que imprime obligación precisas al Ministerio Público Federal para sumir la defensa de los intereses, independientemente que opere a su favor la suplencia de la queja. El texto del precedente establece:

> Conforme a los artículos 3, fracción XVIII y 52, fracción V, inciso a), párrafo segundo, de la Ley de Migración, se cataloga como niño migrante no acompañado a todo migrante nacional o extranjero menor de edad que se encuentre en territorio nacional y que no esté acompañado de un familiar consanguíneo o persona que tenga su representación legal; además, se considerará víctima u ofendido a la persona que sea el sujeto pasivo de la conducta delictiva, independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y aquélla. Luego, si bien el artículo 79, fracción III, inciso b), de la Ley de Amparo, sólo contempla la suplencia de la queja deficiente en favor del ofendido o la víctima en los casos en que tenga el carácter de quejoso o adherente, lo cierto es que en el recurso de revisión

[37] GRIESBACH & SAURI, 2004, p. 19

> debe operar, en su expresión más amplia, a través del Ministerio Público de la Federación, en favor de un menor migrante no acompañado, víctima del delito de tráfico de indocumentados, por ser dicha representación social quien asume la defensa de sus intereses; ello a fin de equilibrar el derecho de acceso a la justicia, pues la sociedad y el Estado tienen interés en proteger los derechos fundamentales de los menores, ya que, por un lado, se trata de la víctima del delito de tráfico de indocumentados, previsto y sancionado por el artículo 159, fracción I, de la citada Ley de Migración y, por otro, dada su calidad de menor de edad; de ahí que deba ser representado por el fiscal de la Federación, sin demérito de la suplencia de la queja que también existe a favor del quejoso[38].

IV. Líneas para una conclusión

El acceso a la seguridad pública en México se ha venido complicando para las niñas, niños y adolescentes migrantes extranjeros, como para los migrantes nacionales ya que ambos viven y presentan una o varias situaciones de vulnerabilidad que aumenta las posibilidades de ser víctimas del crimen organizado.

En ese sentido la lucha contra el crimen organizado y el impulso de una política de seguridad fronteriza del gobierno mexicano ha aumentado los niveles de violencia en los

[38] Poder Judicial de la Federación, Rubro: SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE EN EL RECURSO DE REVISIÓN EN MATERIA PENAL. OPERA EN SU EXPRESIÓN MÁS AMPLIA, A TRAVÉS DEL MINISTERIO PÚBLICO DE LA FEDERACIÓN, EN FAVOR DE UN MENOR MIGRANTE NO ACOMPAÑADO, VÍCTIMA DEL DELITO DE TRÁFICO DE INDOCUMENTADOS, Décima Época, Registro: 2008630, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 16, Marzo de 2015, Tomo III, Materia(s): Común, Tesis: XVII.9 P (10a.), Página: 2510

corredores migratorios, al igual que en las zonas fronterizas lo que provoca que la implementación de acciones de políticas públicas para la protección de estas personas menores de edad y para la persecución de los delitos que se perpetran contra ellas, en México quedan obsoletas antes de implementarse, muestra de ello es la llamada crisis humanitaria a partir del incremento desmesurado de la migracion de niñas, niños y adolescentes que entran a México para trasladarse hacia los Estados Unidos de América impulsados principalmente por los grupos de delincuencia organizada.

La falta del reconocimiento de la situación de vulnerabilidad que conlleva el estatus de extranjero y de migrante indocumentado y en movimiento, así como la desvalorización de las necesidades de migrar de estas personas de menor edad, los coloca, además, en una situación de desventaja en comparación a la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes mexicanos. Esto es más evidente cuando ellas y ellos son limitados por dichas situaciones en el ejercicio de su derecho a acceder a la procuración de justicia cuando son víctimas de delitos.

No obstante los esfuerzos formales e institucionalizados, el contenido de la ley, las velocidades para su materialización no son las deseadas, las tensiones entre la letra y la operativización de las medidas garantistas para resguardar a las niñas, niños y adolescentes dejan ver las

condiciones de vulnerabilidad que prevalecen para este sector poblacional.

El engranaje exige compromisos y acciones holísticas, transversales, desde lo horizontal y vertical, e involucrando a organismos nacionales e internacionales, consistente en proyecciones presupuestarias, de mejoramiento de las condiciones infraestructura donde se guarda y custodia a los menores, de operatividad, de capacitación de personal de atención a los menores migrantes, la comunicación efectiva intergubernamental, y no se satisface en el reducto de lo numérico, de visibilizarlos estadísticamente, sino en las acciones de prevención, intervención, y de responsabilidad criminal e institucional.

La continua descalificación que recibe México por la violación sistemática de los derechos humanos, la violencia, la discriminación, aunado a las incidencias cuantitativas y cualitativas que diversifican la afectación de la delincuencia organizada en contra de la población migrante, eleva exponencialmente la fragilidad de los menores; exponiéndoles a delitos de peligro y de impacto grave como la trata de personas, la violación, la pornografía infantil, tráfico de drogas, incluso la esclavitud.

El camino por recorrer es aun sinuoso y prolongado, las expectativas del carácter progresivo de los derechos humanos, de la convencionalidad, del criterio de interpretación *pro persona* y *pro debilis*, exige un nuevo paradigma de formación

y operación para el funcionario de todos los niveles, y todas las áreas de la actuación pública, exige además un compromiso ineludible para nuestro país, que se soporte en un cambio cultural del colectivo, de transformarse en un engranaje activo y actuante de protección de los derechos humanos.

VI. Fuentes consultadas

ABRAMOVICH, V. (2009). Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular en América Latina y el Caribe. (P. Ceriani Cernadas, Ed.) Lanus: UNICEF.

ANGULO, J., & Castañer, A. (2005). El niño víctima del delito y pro curación de justicia. En M. Griesbach, El niño víctima del delito. Fundamentos y orientaciones para la reforma procesal penal (Vol. 1, págs. 11-34).

CENTRO de Derechos Humanos y Centro de Investigaciones Jurídicas; fuente electrónica, [consultada mayo de 2015]; disponible en: http://www.corteidh.or.cr/sitios/Observaciones/33/33.pdf

CENTRO de Estudios Migratorios de la Secretaría de Gobernación, Síntesis 2012 Estadística Migratoria, México, 2012, pág. 29, fuente electrónica, [consultada en enero de 2015], disponible en: http://www.inm.gob.mx/estadisticas/Sintesis_Grafica/2012/Sintesis2012.pdf

INSTITUTO para la seguridad y la democracia (Insyde) A.C.; Hacia un sistema de rendición de cuentas en Pro de los Derechos de las Personas Migrantes en México, Diagnóstico del Instituto Nacional de Migración, México, 2013

MÉXICO, G. d. (2012). PROYECTO DE INFORME ESPECÍFICO PARA EL TRATADO, PARTE INTEGRAL DEL 4° Y 5 INFORME CONSOLIDADO RELATIVO A LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL 22 DE

FEBRERO DE 2012. México.

- - -México: Oficina de la Defensoría de los Derechos de la Infancia, 2012.

- - Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (2013)

MORLACHETIIT, Alejandro; Hacia la protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes en el Sistema Interamericano; p. 131, fuente electrónica; [consultada en mayo de 2014], disponible en: https://campusvirtual.univalle.edu.co/moodle/pluginfile.php/483163/mod_folder/content/0/Proteccion%20Derechos%20NNA%20Sist%20Interamericano%20%20Genero%20sesion%205.pdf?forcedownload=1

OFENDIDO O VÍCTIMA DEL DELITO, TIENE LA CALIDAD DE PARTE EN EL PROCEDIMIENTO PENAL, Tesis número 180 (Noveno tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, 21 de Septiembre de 2000).

ORGANIZACIÓN de las Naciones Unidas Convención de los Derechos de los Niños, 1991, fuente electrónica, [consultada en diciembre de 2014], disponible en: http://www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/Programas/Discapacidad/Conv_DNi%C3%B1o.pdf

- - -Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito; Diagnóstico Nacional sobre la situación de trata de personas en México; México, 2013
- - - INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONCEPTO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Registro: 159897, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 1, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a./J. 25/2012 (9a.), Página: 334
- - - INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO ELEMENTO DE INTERPRETACIÓN EN EL ÁMBITO JURISDICCIONAL. Décima Época, Registro: 2008546, Instancia: Primera Sala, Tipo de

Tesis: Aislada, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 15, Febrero de 2015, Tomo II, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a. LXXXIII/2015 (10a.), Página: 1397

- - - SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE EN EL RECURSO DE REVISIÓN EN MATERIA PENAL. OPERA EN SU EXPRESIÓN MÁS AMPLIA, A TRAVÉS DEL MINISTERIO PÚBLICO DE LA FEDERACIÓN, EN FAVOR DE UN MENOR MIGRANTE NO ACOMPAÑADO, VÍCTIMA DEL DELITO DE TRÁFICO DE INDOCUMENTADOS, Décima Época, Registro: 2008630, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 16, Marzo de 2015, Tomo III, Materia(s): Común, Tesis: XVII.9 P (10a.), Página: 2510

SUPREMA Corte de Justicia de la Nación, (2012). Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afectan a niñas, niños y adolescentes. Protocolo de actuación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México.

- - - Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a personas migrantes y sujetas de protección internacional, México, 2013

SOBERANES Fernández, J. L. (2007). Sobre los derechos de las víctimas de delitos. Recomendación General No. 14 (págs. 1-30). México: ONU.

URBANO Reyes Javier; Prólogo en Migrantes en Prisión. La incriminación de migrantes en México, Otro destino trágico; Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez, A.C. y el Programa de Asuntos Migratorios de la Universidad Iberoamericana Campus Ciudad de México; México, 2014

URESTE Manu, La detención en México de migrantes menores de 11 años aumentó un 541% en 2014, diciembre 31 de 2014, Animal Político, fuente electrónica, [consultada en

25 de enero de 2015], disponible en: http://www.animalpolitico.com/2014/12/detencion-en-mexico-de-migrantes-menores-de-11-anos-aumento-un-541/

ESTATUTO DE ROMA QUE CREA LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.

Luz Elena Núñez Guzmán[1]

SUMARIO: I. Origen Histórico; II. ¿Cómo funciona la Corte?; III. El Estatuto de Roma y sus efectos en México; IV Conclusiones.

Resumen

Esta es una investigación cuya finalidad es exponer la necesidad de resguardar la seguridad jurídica de los mexicanos respecto del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional; un proceso que inició desde la creación de la ONU en 1945 pero que culminó 50 años después, cuando se convocó a los Estados Plenipotenciarios los países victoriosos, a la 52ª sesión en junio y julio de 1998, el proyecto definitivo fue calificado con 170 votos a favor, 7 en contra y 21 abstenciones, luego fue abierto para su firma y ratificación, finalmente entra en vigor hasta el 2002 cuando se alcanza el alto quórum, emergiendo como un elemento básico del nuevo orden jurídico internacional, como una garantía jurisdiccional internacional que busca evitar la impunidad de los más graves crímenes que lesionan los derechos esenciales de personas y comunidades humanas enteras. El tipo de investigación llevado a cabo es de corte

[1] Licenciada en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chihuahua, actualmente cursando la Maestría en Derechos Humanos en la citada institución, Auxiliar de investigación en el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chihuahua; correo electrónico: elena233407@gmail.com

bibliográfico, documental, descriptivo y explicativo utilizando el método deductivo, inductivo, histórico y comparativo. Las fuentes utilizadas para esta investigación son en su mayoría artículos académicos y legislación mexicana que posteriormente fue comparado con las circunstancias de otros países latinoamericanos.
Palabras Clave: seguridad jurídica, Corte Penal Internacional, México.

Abstract

This investigation aims to expose the need to safeguard the legal security of Mexicans in the context of the Rome Statute, which creates the International Criminal Court. A process that began from the creation of the UN 1945, but that ended 50 years later when the Plenipotentiary States; the victorious countries, were convened to the 52nd session in June and July 1998, the final draft was rated with 170 votes in favor, 7 against and 21 abstentions. After it was opened for signature and ratification, finally come into life until 2002 when the high quorum was reached, emerging as a basic element of the new international legal order, as an international legal guarantee that seeks to avoid impunity for the most serious crimes that harm the fundamental rights of individuals and entire human communities. The research is carried out bibliographic, documentary, descriptive and explanatory cut using the historical and comparative method. The sources used for this research are mostly academic articles and Mexican law was subsequently compared to other Latin American Countries.

Keywords: legal certainty, ICC, Mexico

I. Origen histórico

Se reunieron 160 países para culminar el trabajo de las comisiones preparatorias que, afinando discrepancias entre las diferentes corrientes jurídicas pero haciendo un compilado de las mejores garantías judiciales, realizaron una iniciativa representativa que finalizó en:

> [U]n tratado internacional que crea a la Corte Penal Internacional para que juzgue por los crímenes más graves de trascendencia para la humanidad; crímenes de guerra, genocidio y crímenes de lesa humanidad, un tribunal independiente permanente con jurisdicción sobre estos crímenes a nivel internacional.[2]

La Corte tiene independencia y a diferencia de los Tribunales de Núremberg,[3] Tokio, Ex Yugoslavia y Ruanda esta Corte contará con permanencia, esto implica que:

> [D]ebe hacer un análisis sobre los principios que va a aplicar para efectos de no degenerar su naturaleza concebida como el ejercicio de una justicia permanente e independiente, contraria a la justicia de vencedores sobre vencidos que se ejerce luego de culminar una guerra que tiene carácter temporal y que es aplicada con todo el peso moral que implica juzgar a su oponente".[4]

---

[2] ZAVALA GILER, Osvaldo y MORENO, Romina, "Entrevista sobre el Estatuto de Roma", Canal 33 Republica SV, publicado el 5 de julio del 2014, https: //www.youtube.com/watch?v=e9AgqJHFXQs, última fecha de consulta el 14 de abril del 2015.

[3] Los antecedentes a estos Tribunales son los practicados como la ejecución de Carlos I de Inglaterra (1649) y de Luis XVI de Francia (1792/1793), así como el intento de procesar al káiser Guillermo II por crímenes de guerra, bajo los preceptos de los Tratados de Versalles.

[4] SANDOVAL FERNÁNDEZ, Jaime y ABELLO GUAL, Jorge, "Estudio político-criminal y dogmático de los principios y garantías del Estatuto de Roma", Revista de Derecho, Universidad del Norte, Barranquilla, Núm. 26, 2006, pp. 137- 204.

Se requería que desapareciera el denominado por Sergio García Ramírez *Club de Países*, y que todos o la mayoría de los países se involucraran[5] para evitar que solo los vencedores o un solo Estado decidiera sobre la justicia hacia los delitos contra la humanidad porque:

> [A] partir del desastre que representó para toda la humanidad las guerras mundiales del siglo XX, se creó un nuevo argumento a favor de la globalización, representado en la necesidad de que los derechos humanos no estuvieran sujetos a la concepción de un Estado en particular, sino que hicieran parte del patrimonio de toda la humanidad, para lo cual la responsabilidad de la protección de los derechos humanos debía estar en cabeza de la comunidad internacional.

Los Estados dejaron de ser los únicos con que contaban los individuos para lograr la protección de sus derechos fundamentales, y se convirtieron en representantes de la comunidad internacional para la protección y satisfacción de los derechos humanos, que implica, primero, que los Estados "son responsables ante la comunidad internacional cuando incumplan su función de protección de los derechos humanos; y el segundo fue la creación de organismos supranacionales".[6]

La C.P.I. es una "pieza más del germen de un Estado de Derecho Internacional y de una constitución mundial, al menos en su parte dogmática, que se consolidará en la alborada del nuevo siglo".[7] Tiene un objetivo disuasivo ya que "trata de impedir la comisión de crímenes que atentan contra la

[5] Que está basada en la Haya.
[6] Ibídem p. 2
[7] NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "Consideraciones sobre constitucionalidad del Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional", *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Chile, vol. 5, 1999, núm. 2, pp. 363-387.

humanidad en su conjunto a través de un mecanismo de jurisdicción que asegura que los que realicen este tipo de crímenes serán llevados a la acción de la justicia".[8]

La persona emerge hoy como sujeto del Derecho Internacional activando organismos y Cortes para proteger sus derechos vulnerados por su propio Estado,[9] el actor principal por el movimiento de las fuerzas es la víctima alrededor del mundo,[10] víctima de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad.[11]

A la víctima se le da oportunidad de participación en el juicio llevando directamente su voz ante los tribunales, tal y como sucedió en el procedimiento para enjuiciar el asunto de El Congo. Además hay diversas maneras de reparación del daño.

Acorde a la relevancia del estatuto que le da vida, 123 países están obligados a este "proceso de evolución de las luchas por impedir y en dado caso hacer que los crímenes horrendos no queden sin castigo."[12]

---

[8] BECERRA RAMÍREZ, Manuel, "México ratifica el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, después de reformar la Constitución", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. VI, 2006, pp. 951-954.

[9] CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. "Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho constitucional Contemporáneo". Ed. Tecnos, España, 1995.

[10] VARDA, Franccesca y REYES, Michel, Derechos Fundamentales - X Aniversario del Estatuto de Roma, Congreso de la República de Perú, https://www.youtube.com/watch?v=81Nu6f3TrlI

[11] Estatuto de Roma

[12] Ibídem pág. 3

Todo el cono sur de Latinoamérica lo ha ratificado; en Centroamérica: Nicaragua y el Salvador son la excepción.[13] El Salvador recientemente ha ratificado el Estatuto.[14] China, Estados Unidos e Israel hicieron causa común contra de él y tampoco La India, Filipinas y Sri Lanka forman parte del E.R.C.P.I.[15] Estatuto fue adoptado en la capital italiana el 17 de julio de 1998 pero México tuvo una intervención muy particular, antes de la votación que definitivamente aprobaría el Estatuto de la Corte Penal Internacional el embajador González Gálvez que expresó que

> México estima que todo tratado que establezca una corte internacional que incluya cláusulas que subordinen las actividades jurídicas de esa Corte a decisiones adoptadas por otro órgano estará en discrepancia con el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que declara que un tratado que en el momento de ser concertado esté en conflicto con una norma perentoria del derecho internacional es nulo"[16] otras 20 naciones se abstuvieron. Más

[13] Ibídem pág. 2

[14] Lo anterior por un esfuerzo anticorrupción, se respetan los derechos y reglas de la constitución salvadoreña y se planea hacer un acuerdo con la Corte en la cual se establezcan los lineamientos bajo los cuales la Nación van a recibir personas para el cumplimiento de su condena, por ejemplo se podrían dar penas más altas de lo establecido en las leyes salvadoreñas, pero El Salvador no va a permitir que en su territorio se ejecute una pena que no corresponde a sus leyes internas. Había cierto miedo por parte de la población salvadoreña de ratificar el Estatuto, por ello la "Comisión de Relaciones Exteriores se dio a la tarea de hacer unas consultas que contenían una explicación del estatuto para despejar dudas en el sector político, los operadores de justicia y las instituciones del ministerio público así como los organismos que velaban por el respeto a los derechos humanos. Disponible en REYES, Sigfrido, "Entrevista completa presidente Sigfrido Reyes viernes 26 de junio 2014", Asamblea Legislativa, publicada el 30 de junio del 2014, https://www.youtube.com/watch?v=XJOQMIGyL5Q, última fecha de consulta 14 de abril del 2015.

[15] El texto ha sido traducido en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso.

[16] AMBOS, Kai y MALARINO, Ezequiel, (coord.), Persecución Penal Nacional de Crímenes

tarde en la Cumbre del Milenio, el 7 de septiembre del 2000 la Secretaría de Relaciones Exteriores firmó ad referéndum el Estatuto de Roma[17].

En un acto postrero del gobierno de Ernesto Zedillo inició un proceso en el 2001 en el Senado; que aprobó[18] el dictamen de las Comisiones Unidas de Relaciones Exteriores, Organismos Internacionales, de Justicia, y de Derechos Humanos, que contiene el proyecto de Decreto por el que México *ratifica* el Estatuto de Roma el 28 de Octubre del 2005, publicado en el D.O.F. el 31 de Diciembre del 2005 mediante decreto que promulgó dicho Estatuto[19].

En vigor, a partir del 1º de enero del 2006, desde el 2014 México está en la aptitud para poder realizar enmiendas al Estatuto y afectarán a todos los Estados parte.

II. ¿Cómo funciona la Corte Penal Internacional?

La manera en que maniobra la C.P.I. está estipulada en la cuarta parte del articulado del Estatuto (Art. 34 - Art. 52).

a) *Tiene una vocación universal*: que se contiene en su amplitud geográfica es decir que puede conocer de cualquier asunto que pase en el mundo. Además le compete un conflicto que ya pasó; como es sabido estos delitos no prescriben y crímenes futuros que se puedan llevar a cabo dentro del territorio de los Estados Parte o de los Estados que ya lo

Internacionales en América Latina y España, Uruguay, Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional, pp. 403-446.

[17] De acuerdo al comunicado de prensa de la Secretaría de Relaciones Exteriores, 7 de septiembre del 2000.

[18] Por 78 votos a favor y 1 en contra

[19] Siendo nuestra nación el centésimo país en formar parte del Estatuto

ratificaron y que por ende tiene efectos. El principio de jurisdicción universal no se encuentra regulado por ninguna disposición del ordenamiento jurídico mexicano en su conjunto pero encuentra en los Convenios de Ginebra el fundamento jurídico necesario para ejercer jurisdicción universal con relación a estos crímenes, independientemente del lugar de su comisión.

b) *El principio de complementariedad*, al cual no es dable confundir con el tema de agotamiento de las instancias legales. Implica que la responsabilidad primaria siempre está en el Estado[20] tiene la facultad primigenia y la obligación de investigar y juzgar sobre los delitos contemplados en el E.R.C.P.I.[21], pero si el Estado no puede o no quiere entender determinados asuntos la Corte puede actuar[22].

De conformidad al artículo 11 del Estatuto: "El Tratado de Roma respeta el principio de legalidad del tribunal, ya que sólo el Tribunal previamente establecido por el tratado tendrá jurisdicción y competencia sobre hechos delictivos que ocurren

[20] Resolución RC/Res.2. aprobada el 8 de junio del 2010 por la Conferencia de Revisión del Estatuto.

[21] Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

[22] En Katanga y Chui el test de admisibilidad ni siquiera alcanzó este nivel de comparación de conducta y la Cámara no se pronunció sobre el "mismo test de conducta" como tal, porque el Estado en cuestión –la República Democrática del Congo –expresaba claramente falta de voluntad para enjuiciar el caso, esto es, al no impugnar la admisibilidad y permanecer totalmente inactivo, lo cual hacía al caso Katanga admisible ante la Corte. En suma, para que un caso sea declarado inadmisible, los procedimientos nacionales deben referirse a la misma conducta concreta y al o los mismo(s) sospechoso(s) que los contemplados en la investigación de la CPI, al menos que el Estado permanezca de todos modos inactivo, de acuerdo a la resolución ICC-PTC I, *Prosecutor v. Katanga and Chui*, p. 95.

con posterioridad a su entrada en vigencia"[23]. Se determina la competencia utilizando el *test de complementariedad de la Corte Penal Internacional*[24] para determinar la admisibilidad de la complementariedad de la C.P.I., toma en cuenta los aspectos de *ratione temporis*, *personae* y *materiae*, así como aspectos cualitativos y cuantitativos[25]

Kai Amos explica que este test se llevará a cabo "en una etapa muy temprana durante las fases pre-procesales, o más exactamente, durante las investigaciones preliminares, o la etapa pre-investigativa del procedimiento"[26] mediante la Oficina del Fiscal para determinar si se debe o no abrir una investigación formal en el sentido del art. 53 del Estatuto.

c) *Jurisdicción del fuero castrense*, en el procedimiento militar para determinarla, existen 2 principios fundamentales: "los pares deben ser juzgados por sus pares" y "el que manda debe juzgar", es decir: es necesario que la persona de que se trate sea militar y que la disciplina militar se haya lesionado.

El Código de Justicia Militar señala que:

> [E]l tribunal competente para conocer de un proceso será el del lugar donde se ha cometido el delito y se establece una excepción a este principio, pues prevé la posibilidad de que la Secretaría de Guerra o Marina designen una jurisdicción

[23] Ibídem pág. 3

[24] AMOS, Kai, "El test de complementariedad de la Corte Penal Internacional (artículo 17 del Estatuto de Roma), *InDret: Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, núm. 2, abril del 2010, pp. 1- 47.

[25] Gravedad del crimen: magnitud, sistematicidad, carácter continuo, genocidio o violación, carácter discriminatorio, vulnerabilidad de las víctimas, como de comisión y los efectos sobre las víctimas, así como aspectos de *inter alia*; planificación, forma de participación, motivación, posición y rol.

[26] artículo 62.

> distinta de la del lugar donde se realizó el delito, siempre y cuando las necesidades del servicio de la justicia lo requieran.[27]

Sin embargo si se reserva para Tribunal Superior de Justicia Militar, consejo de guerra ordinario, consejos de guerra extraordinarios y jueces militares el enjuiciamiento de los crímenes de guerra.

A su vez para la determinación de la jurisdicción el Código Nacional de Procedimientos Penales[28] contiene las siguientes reglas:

- Es competente para conocer de un delito el tribunal del lugar en que se cometió.
- En los casos de los artículos 2º, 4º y 5º fracción V del Código Penal Federal, será competente el tribunal en cuya jurisdicción territorial se encuentre el inculpado.
- Cuando se trate de delitos realizados en el territorio de otro país, ya sea por un nacional o por un extranjero, será competente el tribunal en cuya jurisdicción territorial se encuentre el inculpado; pero si este se encuentra en territorio extranjero, será competente para solicitar la extradición, instruir y fallar el proceso un tribunal con sede en el Distrito Federal que tenga la misma categoría que el tribunal

[27] Código de Justicia Militar, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de agosto de 1933, última reforma D.O.F 13-06-2014.
[28] Código Nacional de Procedimientos Penales, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de marzo de 2014, última reforma D.O.F 29-12-2014, artículo 20.

donde inicialmente el Ministerio Público haya ejercido acción penal.

- Cuando se trate de delitos realizados en un buque mexicano o en un buque de guerra mexicano —independientemente de la nacionalidad del autor—, ejercerá jurisdicción el tribunal del primer puerto del territorio adonde arribe el buque.
- Cuando se trate de delitos continuos o continuados, conocerá cualquiera de los tribunales en cuyo territorio aquellos produzcan efectos o se hayan realizado actos constitutivos de tales delitos.

La jurisdicción:

> [E]ntrará en vigor el primer día del mes siguiente al sexagésimo día a partir de la fecha en la que se deposite en poder de Secretario General de la ONU el sexagésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión"[29], Sergio García Ramírez apunta que esa condición se cumplió el 11 de Abril del 2002[30]; si un Estado lo ratifica después de esa fecha el E.R.C.P.I. adquirirá vigencia "el primer día del mes siguiente al sexagésimo día a partir de la fecha en que haya depositado su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.

Ya ratificado entra la jurisdicción de la C.P.I.[31] para hacer justicia punitiva o restaurativa, pero en su artículo 16ª hay un condicionamiento al establecer:

> En caso de que el Consejo de Seguridad, de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el

[29] De acuerdo al artículo 126.1

[30] Se agregaron Camboya, Rumania, Bulgaria, Eslovaquia y Mongolia y antes de esa fecha se disponía de 56 ratificaciones.

[31] Para dejar de encontrarse en ese supuesto, el propio Estatuto Admite denuncia total o parcial que surtirá efecto al año de ser presentado ante el Secretario General de la ONU.

> Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, pida a la Corte que no inicie o que suspenda por un plazo de doce meses la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado, la Corte procederá a esa suspensión; la petición podrá ser renovada por el Consejo de Seguridad en las mismas condiciones.

Lo anterior es explicado con el voto razonado del magistrado Antonio Cançado Trindade en el juicio "Myrna Mack Chang contra Guatemala":

> Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana[32], sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes[33]

En Colombia, Raúl Eduardo Sánchez[34] menciona este precepto ante la posibilidad de llegar a un acuerdo de paz entre Colombia y la guerrilla de las F.A.R.C.[35] con la correspondiente solicitud de las Naciones Unidas de acuerdo a la Carta de las Naciones Unidas que contempla que ellos estarán velando por la paz mundial[36].

---

[32] Las sentencias de la CIDH son vinculantes para el Estado contratante de acuerdo al apartado 68.1 de la CADH ya que se queda sometido a la jurisdicción del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

[33] CIDH, *Myrna Mack Chang contra Guatemala*, sentencia del 25/11/2003

[34] El único abogado que tiene facultades de actuar frente a la C.P.I.

[35] Resaltando las prioridades de esa Nación: Verdad, Justicia y Reparación.

[36] Noticias Capital, www.canalcapital.gov.co, "La clave puede ser el Artículo 16 del Estatuto de Roma", publicado el 4 de abril del 2015. https://www.youtube.com/watch?v=V8sUISjvk84, fecha de última visita: 14 de abril del 2015

De ser así será el primer país en concretar un proceso de paz basado en él, apoyado por el Presidente Juan Manuel Santos que en un comunicado realizado en la cumbre "Diálogos de la Paz"[37] expresó que busca dar a conocer los procedimientos de paz, para que deje de considerarse como un país anormal en conflicto y consolidarse como una de las economías más importantes de América Latina[38], el problema que esta Nación tiene es que es un conflicto que no está focalizado a un grupo, es un conflicto armado donde todos van contra todos y todos son vulnerables a la violencia.

Hablando de conflictos internos o violaciones a Derechos Humanos; Carlos Alejandro Robledo explica que a pesar de los esfuerzos pretendidos para la apertura de una mayor protección a los derechos humanos que fue la razón de la muy mencionada reforma constitucional del 2011, por el asunto de los "43 estudiantes desaparecidos en Ayotzinapa y los 22 mil desaparecidos en México el país encabeza la lista de los peores en Derechos Humanos durante el 2014"[39] aunque que existen en el mundo los casos de represión, actos terroristas, agresiones del gobierno, la censura de internet, nueva dictaduras militares, las

[37] Llevado a cabo en La Habana Cuba
[38] GÓMEZ, Narda, "Estatuto De Roma, marco de fase inicial del proceso de paz" Santos, https://www.youtube.com/watch?v=AEWWhizQWpo, visitado por última vez el 14 de abril del 2015.
[39] ROBLEDO, Carlos Alejandro, "Carlos Alejandro Robledo Estatuto de Roma", Planoinformativo S.L.P., publicado el 23 de enero del 2015, https://www.youtube.com/watch?v=sba8_XsYWfM, ultima vez consultado el día 14 de abril del 2015.

crisis sociales. En el caso de Ayotzinapa se ve, desde su punto de vista, que la Corte está en aptitud de asumir una postura.

c. 1 Planteamiento del problema

Hay que puntualizar que hay diversas naciones no han adoptado el Estatuto o dilatan el proceso de ratificación por diversos motivos, esto es el marco del planteamiento y debemos de estar al tanto, entre ellos están:

En primer lugar la *Falta de recursos técnicos y financieros*[40], o *incapacidad*; está determinada por tres eventos, para lo cual hacemos referencia a una explicación que realiza Kai Amos:

> (1) colapso "total"[41]: "una ruptura completa de la administración de justicia, ya sea debido a que el Estado pierde el control sobre el territorio o debido a la decisión interna de borrar la administración nacional de justicia".[42] (2) colapso *sustancial* que puede ser compensado a través del desplazamiento de recursos y procedimientos a otro lugar (3) El *carecer* de un sistema de justicia nacional; la no existencia de algo, la no accesibilidad a alguna cosa y la inutilidad de un recurso, independientemente de su existencia y accesibilidad[43]

En segundo lugar está la: *Aparente tensión entre la constitución nacional y el E.R.C.P.I*[44]*:* Por erosionar el principio

[40] Ibíd p. 4.
[41] Comillas en el original
[42] Ídem
[43] ROBLEDO, Carlos Alejandro, Óp. Cit., p. 10.
[44] De hecho la tensión entre la Constitución y el Estatuto fue el motivo por el cual los Estados Unidos están en desacuerdo con la Corte, "Estados Unidos nunca permitirá que sus decisiones sobre seguridad nacional sean juzgados por una Corte Penal Internacional" Palabras del Senador Jesse Helms en su artículo "*We must slay this monster*" publicado en el *Financial Times* del 31 de julio de 1998.

de inmunidad de los titulares del cargo oficial[45], la figura de la entrega de una persona solicitada a la CPI o extradición de nacionales[46] que se ve reflejado el ejercicio de los llamados a Omar Hasan Ahmad al-Bashir[47], Muamar el Gadafi, Laurent Gbagbo y Jean Pierre Bemba. Kai Amos explica que:

> El propósito de sustraer una persona de responsabilidad penal (subpara. (a)) es una expresión de mala fe del respectivo Estado. Para determinar ello se debe recurrir a indicios constituidos, por ejemplo, por evadir normas legales del procedimiento a través del nombramiento de un investigador especial políticamente cercano al acusado, la remisión del caso a un tribunal secreto o especial (militar), asignación insuficiente de recursos o la falta de apoyo y cooperación para los investigadores. En todo caso, debe haber una relación de causalidad entre la acción del Estado y la consecuencia de sustracción[48]

En tercer lugar es la: *Falta de voluntad política*: ausencia de compromiso de asumir las obligaciones. No quieren ser sujetos a la jurisdicción de la C.P.I. Se considera una vulneración a la soberanía de los Estados:

> [L]a categoría filosófica jurídica de soberanía es una construcción de matriz *jus* naturalista que ha constituido la base para la concepción positivista del Estado y el paradigma del Derecho Internacional moderno. Al mismo tiempo ha constituido una institución de rasgos absolutistas, a través de las diversas imágenes del Estado a las que fue quedando asociada y que dicho principio iba generando: desde la soberanía como atributo del *princeps*, pasando por la

[45] La improcedencia del cargo oficial ya que para la Corte existe un principio por el que cualquier forma de representación oficial resulta irrelevante a los efectos de responsabilidad criminal y más aún para la cuestión de reducir la pena

[46] Como el caso de Costa Rica y El Salvador.

[47] En el asunto de Al-Bashir se dio incumplimiento o no cooperación con la Corte, la Asamblea de los Estados parte se tomarán medidas para los Estados que no han cooperado.

[48] Ibíd p. 6.

> soberanía nacional, la soberanía popular y las doctrinas del Estado-persona y de la soberanía como atributo del Estado[49].

Es aquí donde se centra el planteamiento del problema, dado que en México dicha situación es desplegada en la adición al artículo 21 constitucional que en su octavo párrafo pacta que: *El Ejecutivo Federal podrá, con la aprobación del Senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional*[50].

Empero, no existe un reconocimiento llano de la jurisdicción de la Corte en México, al contrario, implica la imposición de algunos límites políticos al ejercicio de la jurisdicción de la misma en dos ocasiones: autorización de parte del Ejecutivo y aprobación de la jurisdicción caso por caso[51]; no está dentro de las opciones que el estatuto ofrece a los Estados para incorporarse al sistema de justicia penal internacional. La polémica radica en los constitucionalistas radicales que no aceptarán que alguna jurisdicción internacional afecte a la soberanía del Estado mexicano.

Lo anterior, choca con las condiciones fundamentales en la relación con los órdenes penales nacionales, explicados por Jescheck: a) responsabilidad penal directa del individuo según el derecho internacional. b) supremacía del derecho

---

[49] Ibíd p. 3.

[50] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

[51] NERI GUAJARDO, Elia Patricia, "México", en: AMBOS, Kai, MALARINO, Ezequiel, WOISCHNIK, Jan, *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, México, Fundación Konrad-Adenauer-Stiftunge. V, Montevideo, 2006, pp. 315- 354.

internacional penal frente al derecho estatal. c) exclusión de la teoría del "acto de soberanía."[52] El hecho de que para la celebración de la ratificación del E.R.C.P.I.[53] exista el óbice de lo dispuesto en el artículo 21 constitucional, implica una reserva[54], que no es aceptada por el Estatuto y si ese es el caso entonces México no está formalizado y no puede participar con plenos derechos en la Asamblea de los Estados partes[55], por ejemplo las aportaciones anuales.[56]

c. 2 Hipótesis

En la Nación en el ámbito internacional e interno desde el punto de vista de sus derechos humanos, se debe poder brindarle seguridad al pueblo mexicano, utilizando a la C.P.I.[57] como una vía complementaria. Entendiendo pues, por seguridad jurídica "la certeza de saber a qué atenerse, es decir, la certeza de que el orden vigente a de ser mantenido aún mediante la coacción, da

[52] JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general*, trad. S. MIR Puig y F. MUÑOZ CONDE, Barcelona, Bosch, vol. I, 1981, pp. 166-167.

[53] Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

[54] "Una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado" de acuerdo a la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, U. N. Doc. A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entrada en vigor, 27 de enero, 1980, Viena, 23 de mayo de 1969.

[55] Por ello no puede asumir los deberes y responsabilidades que implica la jurisdicción de la Corte Penal Internacional

[56] Son reguladas por los artículos 113 y 118 del Estatuto, acordadas para pagar los gastos por los servicios de los jueces de la Corte, Osvaldo Zavala Giler explica que es una tasación similar a la que usa las Naciones Unidas e implica cálculos relativos al PIB, población, territorio. Japón Alemania Reino Unidos, Francia e Italia son los mayores contribuyentes del Estatuto, Ibídem pág. 3

[57] Corte Penal Internacional.

al ser humano la posibilidad de desarrollar su actividad, previendo en buena medida cuál será la marcha de su vida jurídica"[58]

Dado que la Corte Penal Internacional es el órgano imparcial que imparte justicia en los tipos penales especiales, se estima que para la adecuada protección de los Derechos Humanos en México, es imperioso someterse a su competencia sin necesidad del ejercicio de la, anteriormente explicada, reserva contenida en la Constitución, ya que el Estado Mexicano no puede o no quiere resolver los asuntos en los que hay violaciones a los Derechos Humanos, para poder resolverlos y erradicar la impunidad imperante en el país, una vez superado este punto, proceder a formular una ley federal que lleve a cabo un listado completo de todos los delitos que conoce la C.P.I. para poder cumplir a cabalidad con el principio de legalidad.

d) *Los jueces de la Corte los nombran los Estados Parte*, son 18 jueces divididos por regiones; actúa como un todo. Romina Moreno[59] explica que no necesariamente son jueces en sus propios países pero si tienen que cumplir con los requisitos para ser jueces en las Cortes Supremas del país del que proceden, además estarán revestidos de la inmunidad reconocida para los jefes de misión.

[58] GARRONE, J.A. Dic. Juríd. Abeledo-Perrot, T. III Bs. As. 1987, p. 355.

[59] ZAVALA GILER, Osvaldo y MORENO, Romina, "Entrevista sobre el Estatuto de Roma", Canal 33 Republica SV, publicado el 5 de julio del 2014, [fecha de consulta el 14 de abril del 2015], disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=e9AgqJHFXQs.

Por ejemplo, si se diera el caso en México, la persona que propondríamos podría ser Ministro o Presidente Ministro de la SCJN[60] y tendría inmunidad democrática.

Nogueira Alcalá comenta que realizarán una interpretación y aplicación de la ley compatible con los derechos humanos y siempre serán imparciales de acuerdo a los Principios Básicos relativos a la independencia de la judicatura[61]. Cuenta con una defensoría y fiscalía independiente y parcial[62]. Además, dentro de su organización existe un Consejo de Seguridad[63] que puede expulsar a un Estado del Estatuto, haciendo una detallada exposición de motivos y esta es sometida a la Asamblea General.

e) En consecuencia, el *desarrollo procesal* desde un caso se realiza de la siguiente manera:

> (1) la Oficina del Fiscal recibe la *notitia criminis*; Las formas en las que el Estatuto estipula que pueden llegar los asuntos para su conocimiento son: Remisión del Estado, Remisión del Consejo de la ONU, por iniciativa propia del fiscal tomando en cuenta las necesidades que se presentan en el artículo 53 del Estatuto y contando con la aprobación de la Sala de jueces de la Corte. Igualmente la Fiscalía tiene la posibilidad no conocer de un asunto si así lo cree conveniente, de acuerdo al artículo 53 del

[60] Suprema Corte de Justicia de la Nación.
[61] GARRONE, J.A., Óp. Cit., p. 3
[62] Artículo 41 del Estatuto de Roma.
[63] En el que se encuentra Estados Unidos como Estado Independiente

Estatuto de Roma[64]. (2) *comienza la pre-investigación*[65]; (3) *identifica una situación*[66]; (4) corrobora los criterios consagrados en los arts. 53 (1), 15 (3) regla 48 en relación a la situación en su conjunto; (5) si la Sala de Cuestiones Preliminares[67] lo determina se comienza una investigación formal (en caso de una remisión), o solicita autorización para comenzar una investigación formal (en caso de una información en virtud del art. 15) en el sentido del artículo 54; (6) investiga de manera global e identifica a los sospechosos; (7) por último, solicita una orden de arresto o una citación para comparecer si existen motives fundados de acuerdo al estándar del artículo 58 (1), (7); y (8) La Sala de Cuestiones Preliminares expide la orden de arresto o la citación para comparecer.

f) *Responsabilidad penal internacional:* para poder juzgar los delitos, primero hay que dejar claro que la Corte no va a fincar responsabilidades a los Estados sino a personas físicas y su

[64] La Corte está investigando en Kenia (en dicho país el juicio se emprendió por iniciativa del fiscal), Costa de Marfil, República democrática del Congo, República Centroafricana, Uganda (en estos tres la remisión del juicio la hizo el propio Estado), Mali, Sudán y Libia (el Consejo de la ONU lo remitió a la Corte).

[65] Para todo inicio de procedimiento se requiere hacer una denominada hipótesis de la investigación para determinar: (1) el estatus de la autoridad o rol del sospechoso; (2) la estructura de la organización instrumental del crimen y los subordinados y asociados al sospechoso; (3) el patrón y modus operandi de los hechos delictivos; (4)una conclusión sobre el modo de responsabilidad.

[66] Estas dos etapas del procedimiento que han sido marcadas son en las que más afecta la aplicación del test.

[67] Para todo este examen se toman en cuenta los criterios de "alarma social": el amplio impacto de los crímenes en la comunidad y en paz y seguridad regional, incluyendo en sentido amplio el término daño social, económico y ambiental. Modos de comisión, condición y rol de los presuntos autores.

grado de participación del delito; como autor o como participante, por ello se les denomina conductas penales. En el entendido de que "El derecho penal internacional existente pone límites relativamente fijos a la impunidad de esos macro delitos; es importante que se respeten esos límites"[68]

En el Tribunal Internacional Militar de Núremberg "los crímenes contra el derecho de gentes [...] son perpetrados por personas, no por entes abstractos, y sólo mediante el castigo de los individuos que cometan tales crímenes [...] se pueden hacer respetar las disposiciones del derecho de gentes se pueden fincar responsabilidades después del estudio de los elementos del delito"[69], o mejor dicho los macro delitos.[70]

Una de las maneras para llegar a hacer justicia es la reparación; "podemos decir que éste es un principio antiquísimo derivado del derecho civil, en el cual todo quien realice un daño se encuentra obligado a repararlo". En las fuentes de las obligaciones del derecho civil se encuentra claramente el delito, por tanto, todo el que realice un delito tiene la obligación de resarcir a su víctima"[71], en lo que nosotros respecta, la responsabilidad está contenida en el Estatuto de Roma en el

---

[68] AMOS, Kai, "Impunidad, derechos humanos y derecho penal internacional", *Nueva Sociedad*, Núm. 161, pp. 86-102

[69] Principio de responsabilidad penal directa del individuo según el derecho internacional público

[70] SCHÜLER-SPRINGORUM "Macro-acontecimientos relevantes desde el punto de vista del derecho de guerra y del derecho internacional público", cuando este tipo de delitos son potenciados por el Estado, estamos ante la presencia de una *macro incriminalidad política*., citado por Kai Amos, Óp. Cit.

[71] Ibíd p. 2.

apartado 25 y se determina que es el Estado el que responde al pago de la reparación de la víctima.

Sin embargo "El Comité Preparatorio fijó la edad de la responsabilidad criminal en trece años, establecía que los autores menores de 18 años no podían ser sentenciados a más de 20 de detención, salvo que la Corte decidiera de otro modo por razones especificadas"[72]

La responsabilidad por sus actos, la adoptará el Estado en los postulados del garantismo penal. La ostentación de un cargo oficial no es impedimento para el ejercicio de la jurisdicción de la Corte y el antecedente data, desde el Tribunal Militar Internacional de Núremberg y el T.P.I.[73] para la Ex Yugoslavia; serán responsables por los actos que las personas a su cargo realicen ya que se supone que ellos deberían tener conocimiento de sus acciones.

g) Dentro de las penalidades que contiene el E.R.C.P.I. no acepta la pena de muerte, obviamente, pero si acepta cadena perpetua y hay severas penas una vez establecidas causales de agravamiento.

Existen dos condenas de la Corte que son de 12 y 15 años de prisión, para delitos graves para la comunidad

[72] VELANDÍA HURTADO, Álvaro, "Prospectiva constitucional del Estatuto de Roma", *Prolegómenos. Derechos y valores*, vol. IX núm. 18, Universidad Militar Nueva Granada, Colombia, julio-diciembre, 2006, pp. 153 -173.
[73] Tribunal Penal Internacional.

internacional y la prisión depende de los acuerdos con los Estados de cooperación con la Corte[74].

Osvaldo Zabala[75], señala que pueden ser actos tales como la posibilidad para arrestar o detener personaje perseguido internacionalmente y pueda ser "apresando en ese país en caso de que entre en su territorio, congelar los bienes, proteger testigos, proveer pruebas, aceptar diligencias dentro del estado y hacer posible el cumplimiento de la pena de encarcelamiento.*"*

Colombia es uno de los países que ya ha realizado un acuerdo para que dentro de su territorio se lleve a cabo el cumplimiento de las sentencias de prisión que dicte la Corte[76].

h) Primera conferencia de revisión del Estatuto de Roma

"Fue una reunión extraordinaria contemplada en el artículo 123 del propio Estatuto, cuya presidencia estuvo a cargo de Christian Wenaweser procedente de Liechtenstein, para revisar los contenidos del Estatuto; el impacto de su sistema, complementariedad, cooperación y Paz y Justicia así como, la conveniencia de realizar enmiendas que fue celebrada en Kampala, Uganda a donde asistieron 4,600 representantes de las 67 Estados Partes, de Palestina y de 17 otras naciones que no eran integrantes de los Estados Parte pero únicamente como

[74] De acuerdo a la Resolución RC/Decl.1. aprobada el 8 de julio del 2010 que pone en relieve la particular necesidad de contar con una legislación de aplicación u otros procedimientos adecuados conforma al derecho nacional para fortalecer la cooperación con la Corte, además de que pide a la Asamblea de los Estados Partes que examine el modo de fortalecer la información pública respecto del mandato y las operaciones de la Corte así como para promover su comprensión, nos explica Juan Jorge Piernas López.
[75] ZAVALA GILER, Osvaldo y MORENO, Romina, Óp. Cit..
[76] Siguiendo la Resolución RC/Res.3. de la Comisión Revisora.

observadores desde el 31 de Mayo hasta el 11 de Junio del 2010"[77].

Por acuerdo de la Asamblea de Estados Partes[78] comprendió en primer lugar: *La revisión del concepto, alcances y jurisdicción del crimen de agresión*[79], el concepto resultante fue "que una persona comete el crimen de agresión cuando: *Estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas"* [80] se debe de comprender por agresión el uso de fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o cualquier forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas. Como se desprende de la Resolución 3314(XXLX) que en lo conducente determina:

> a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aún temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él; b) El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el

[77] PIERNAS LÓPEZ, Juan Jorge, "La Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma", Anuario Español de Derecho Internacional, Vol. 26, 2010, pp. 385-302.

[78] De la cual también surgió el denominado Grupo de Trabajo sobre Reformas y reunida en octava sesión 6 meses antes de dicha revisión.

[79] La revisión del concepto de agresión hizo que el proyecto revisado en el 53 sea rechazado, porque es un concepto equivalente al de complot de guerra, es la forma más grave y peligrosa del uso ilegal de la fuerza y necesitaba la revisión de sus características, gravedad y escala

[80] De la concepción nueva los efectos empezarán en el 2017.

> territorio de otro Estado; c) El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado; d) El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea; e) La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo; f) La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado; g) El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos[81].

De acuerdo al artículo 24 del tratado se determinó que *sólo podrá conocer y juzgar un crimen de agresión una vez que la norma internacional lo establezca como tipo penal describiéndola en sus elementos esenciales*.[82] El segundo punto a tratar fue *la cuestión de jurisdicción por crímenes realizados en Estados que se adhirieron después de la entrada en vigor del Estatuto*[83]:

> No obstante lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 del artículo 12, un Estado, al hacerse parte en el presente Estatuto, podrá declarar que, durante un período de siete años contados a partir de la fecha en que el Estatuto entre en vigor, a su respecto,

[81] Resolución 3314 (XXLX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974, 2319ª Sesión Plenaria, disponible en: http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/3314(XXIX)&Lang=S&Area=RESOLUTION, accedida el 17 de abril de 2015.

[82] Las cursivas son nuestras

[83] Es decir, el contenido del art. 124 del Estatuto.

no aceptará la competencia de la Corte sobre la categoría de crímenes a que se hace referencia en el artículo 8, cuando se denuncie la comisión de uno de esos crímenes por sus nacionales o en su territorio.

La declaración formulada de conformidad con el referido artículo, podrá ser retirada en cualquier momento. Se asentó asimismo que lo dispuesto en el dicho artículo sería reconsiderado en la Conferencia de Revisión que se convoque de conformidad con el párrafo 1 del artículo 123.

En debate estaban los temas de la complementariedad, la cooperación, efecto del sistema del Estatuto sobre las víctimas escogidos para el debate y la paz y justicia. En el de terrorismo, en un principio se pretendía que se adicionaran puntos tales como agregar al catálogo de delitos [84] y hacer una lista de las armas que no se podrían utilizar en la guerra[85].

III. El Estatuto de Roma y sus efectos en México

Para poder atender a todas las obligaciones internacionales que implica el haber realizado la ratificación del Estatuto, se requiere una categoría de crímenes de guerra incorporados al derecho interno, abonando al respeto del principio de legalidad, los crímenes en específico, sobre los cuales tiene competencia la Corte Penal Internacional, están contenidos en el artículo 5º del E.R.C.P.I.[86]:

[84] COVITE: (Colectivo de Víctimas del Terrorismo en el País Vasco) impulsó esta iniciativa.

[85] Sin embargo, como lo sabemos hay normas internacionales que ya se encargan de limitar estas disposiciones.

[86] Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

a) El crimen de genocidio; b) Los crímenes de lesa humanidad; c) Los crímenes de guerra; d) El crimen de agresión.[87]

La lista de delitos de lesa humanidad se conforma por: el asesinato; el exterminio; la esclavitud; la deportación o traslado forzoso de la población; la encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; la tortura; la violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable; la persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional; la desaparición forzada de personas; el crimen de apartheid, así como otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

Los tipos netamente castrenses no existían en todos países latinoamericanos[88] como el Perú aunque este país también ha ratificado el Estatuto[89] y existe una situación similar en México, ya que dentro de nuestras leyes no se contempla la lista completa de los crímenes de lesa humanidad.

---

[87] Las cursivas son nuestras.
[88] De hecho únicamente Argentina y Uruguay son los países Latinoamericanos que cumplen a cabalidad los requisitos de contar con leyes castrenses y cooperación con la CPI.
[89] Ibídem pág. 4

Habría que utilizar el ejemplo y evitar repetir la situación ocurrida en el Perú, en el que había un listado dentro del Código Penal pero este fue declarado inconstitucional.

Lo que proponemos es que exista una ley independiente que contemple la lista y la definición puntual de todos los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, desde luego, incluya el concepto del delito de agresión así como las penalidades. Chile al adoptar el Estatuto encuentra una protección al derecho de acceso a la justicia y "garantizan todos los elementos del derecho a la jurisdicción y del debido proceso exigidos por su Constitución"[90], misma suerte podría correr nuestra Nación.

Apuntado lo anterior y respecto de la ausencia de una lista de crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad o el concepto de agresión "Es una ofensa al Estado mexicano el no contar con esta legislación."[91]

Ortíz Ahlf, comparte esta opinión en sesión ordinaria el 11 de noviembre del 2014 donde le pedía a la Comisión de Justicia, en particular para buscar justicia para el caso Ayotzinapa en Iguala y Tlatlaya en el estado de México en 2010, "para que entre en la discusión y debate del dictamen para

[90] En su artículo 19º Núm. 3 en armonía con el artículo 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

[91] ORTIZ AHLF, Loretta, "PT pide discutir Estatuto de Roma sobre cooperación para entrega de criminales de lesa humanidad", GpoParlamPT, publicado el 11 de noviembre del 2014, https://www.youtube.com/watch?v=EowT76jRV6w, fecha de última visita 14 de abril del 2015.

la ley de cooperación para la entrega de los criminales de lesa humanidad"[92] haciendo alusión al Mecanismo de Evaluación Universal que le hizo la recomendación a México de emitir dichas leyes que son indispensables para hacer efectivas las sanciones y acabar con la corrupción e impunidad ante los tribunales internacionales.[93]

A nivel constitucional es donde podemos encontrar una disposición relacionada con la esclavitud y discriminación en su primer artículo:

> 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.[94]

Así mismo la SCJN se encargó de realizar un pronunciamiento en la tesis jurisprudencial con el rubro: *derecho a la vida. Su protección constitucional*, que dispone:

> Del análisis integral de lo dispuesto en los artículos 1o., 14 y 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprende que al establecer, respectivamente, el principio de igualdad de todos los individuos que se encuentren en el territorio nacional, por el que se les otorga el

[92] Ídem.
[93] Amnistía Internacional, México: Recomendaciones sobre la iniciativa de ley que adapta parcialmente el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, disponible en: https://www.amnesty.org/download/Documents/.../amr 4101 52011es.pdf, accedida el 20 de mayo de 2015.
[94] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo primero.

> goce de los derechos que la propia Constitución consagra, prohibiendo la esclavitud y todo tipo de discriminación; que nadie podrá ser privado, entre otros derechos, de la vida, sin cumplir con la garantía de audiencia, esto es, mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos en el que se sigan las formalidades esenciales del procedimiento; y que la pena de muerte sólo podrá imponerse contra los sujetos que la propia norma constitucional señala, protege el derecho a la vida de todos los individuos, pues lo contempla como un derecho fundamental, sin el cual no cabe la existencia ni disfrute de los demás derechos[95].

Las autoridades encargadas de garantizar el cumplimiento de las resoluciones y sentencias conforme a lo dispuesto en las leyes internacionales serán las autoridades administrativas y judiciales del fuero federal y el fuero común así como las autoridades militares, sin embargo en las casi 300 leyes federales de México[96], no podemos encontrar una lista de crímenes de guerra, pero si nos encontramos con una grande cantidad de ordenamientos que regulan el ámbito castrense, tales como Ley Orgánica de los Tribunales Militares, Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos y su Reglamento, Ley Orgánica de la Armada de México, Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, Reglamento Interior de la Secretaria de la Defensa Nacional, además de otros cuerpos legislativos que regulan otros aspectos dentro del organigrama de los cuerpos castrenses mexicanos, tales como la Ley del Servicio Militar. Incluso recientemente se ha aprobado por la Cámara de

[95] Tesis: P./J. 13/2002, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XV, febrero de 2002, p. 589.

[96] Consúltese en la página: http://www.diputados.gob.mx/ Leyes Biblio/ index.htm

diputados una reforma a la Ley Orgánica del Ejército y la Fuerza Aérea Mexicanos.[97]

Existen otras leyes que garantizan la seguridad en aspectos castrenses: Ley para conservar la neutralidad del país, Código de Justicia Miliar, Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación en lo que se refiere al goce de los derechos humanos que debe de ser respetado en tiempos de paz y de guerra y la Ley General de Protección Civil, Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, que fue emitida por motivo de nuestra adhesión al Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes[98], así como también de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura[99], encontramos finalmente una definición de tortura en el artículo 4º y 5º que indican:

> Comete el delito de tortura el servidor público que, con motivo de sus atribuciones, inflija a una persona dolores o sufrimientos graves, sean físicos o psíquicos, con el fin de obtener, del

---

[97] En la cual se establece que: "el Servicio de Informática en el Sistema Educativo Militar. Se plantea también, el establecimiento del Servicio de Informática, la incorporación de los cursos de capacitación y actualización, en congruencia con el Sistema Educativo Militar, así como la reducción de los tiempos de servicio obligatorio. También se plantea elevar los grados máximos en el escalafón, para los servicios de Materiales de Guerra, de Sanidad y de Enfermeras, además de precisar la baja por rescisión del contrato de enganche o de la renovación para los cabos y soldados y establecer en la Ley su derecho de audiencia. El artículo sexto transitorio establece que las erogaciones que deriven de la aplicación del decreto se realizarán mediante movimientos compensados y no se requerirán recursos adicionales, por lo que la Secretaría de la Defensa Nacional debe sujetarse a su presupuesto autorizado para este ejercicio fiscal y no incrementar su presupuesto regularizable". Disponible en http://www.ejecentral.com.mx/diputados-aprueban-reforma-a-ley-organica-castrense/#sthash.NfpP47nt.dpuf

[98] Firmada en Nueva York en 1984.

[99] Firmada en Cartagena de Indias en 1985.

> torturado o de un tercero, información o una confesión, o castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche ha cometido, o coaccionarla para que realice o deje de realizar una conducta determinada. No se considerarán como tortura las molestias o penalidades que sean consecuencia únicamente de sanciones legales, que sean inherentes o incidentales a éstas, o derivadas de un acto legítimo de autoridad […]
>
> A quien cometa el delito de tortura se aplicará prisión de tres a doce años, de doscientos a quinientos días multa e inhabilitación para el desempeño de cualquier cargo, empleo o comisión públicos hasta por dos tantos del lapso de privación de libertad impuesta […].

|En caso de la existencia de un juicio por este delito seguiremos las directrices o pautas que determina el Protocolo de Estambul[100], tomando en consideración lo dispuesto en la tesis aislada de rubro:

> TORTURA. GRADOS DE VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y PSÍQUICA DE LAS PERSONAS. Conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la violación del derecho a la integridad física y psíquica de las personas tiene diversas connotaciones de grado; abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes, cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según factores endógenos y exógenos de la persona, como son: la duración de los tratos, la edad, el sexo, la salud, el contexto y la vulnerabilidad, entre otros, que deberán analizarse en cada situación concreta[101].

El Código Penal Federal de México[102] incluye delitos tales como: violación de los deberes de humanidad, genocidio y

[100] Que son recomendaciones hechas al Estado que sigue de buena voluntad y si el Estado no sigue estas recomendaciones se hace acreedor únicamente a un señalamiento, en oposición al Tratado Internacional al que las Naciones se someten y en caso de incumplimiento se enfrentarían a responsabilizarse

[101] Tesis: 1ª. LVI/20015, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. II, febrero de 2015, p. 1423.

[102] Dentro del Libro Segundo en el Título Segundo: Delitos contra el Derecho Internacional a partir del artículo 146, que incluye un apartado denominado: Delitos Contra la Humanidad donde se

discriminación[103]. Además de delitos contra la Seguridad Pública: evasión de presos, quebrantamiento de sanción, armas prohibidas y asociaciones delictuosas. [104] Por genocidio se entenderá:

> Comete el delito de genocidio el que con el propósito de destruir, total o parcialmente a uno o más grupos nacionales o de carácter étnico, racial o religioso, perpetrase por cualquier medio, delitos contra la vida de miembros de aquellos, o impusiese la esterilización masiva con el fin de impedir la reproducción del grupo[105].

Se establece una penalidad *de 20 a 40 años de prisión y multa de 15 mil a 20 mil pesos*[106]. Dentro de este artículo también se contemplan los delitos de extracción y exterminio:

> Si con idéntico propósito se llevaren a cabo ataques a la integridad corporal o a la salud de los miembros de dichas comunidades o se trasladaren de ellas a otros grupos menores de 16 años, empleando para ello la violencia física o moral. Se contempla también su sanción que será de 5 a 20 años de prisión y multa de 2 mil a 7 mil pesos. A quien con igual propósito someta intencionalmente al grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial para dicho tipo penal; se aplicarán las mismas sanciones señaladas.

Es decir: 20 a 40 años de prisión y multa de 15 mil a 20 mil pesos[107]. ¿Sólo 40 años de prisión, mientras que en el homicidio calificado pueden llegar a ser 70 años de prisión? ¿Escasos 15 mil, 2 mil o 7 mil pesos es el valor de la vida, integridad y

---

[103] Estas son adiciones que se realizaron después de que México ratificó la Convención para Prevenir y Sancionar el delio de Genocidio que entró en vigor en 1952.
[104] Código Penal Federal
[105] artículo 149-Bis
[106] Las cursivas son nuestras.
[107] Así mismo, como parte de la penalidad aplicada, con la entrada en vigor del Código Nacional de Procedimientos Penales se contempla la prisión preventiva oficiosa, de acuerdo al artículo 167 en su segunda fracción.

seguridad de un grupo humano?, en Chihuahua para aquel que cometa homicidio puede significar una multa de casi 300 mil pesos. ¿Qué ocurre?

Se hace mención de la figura de genocidio en el Código Penal para nuestra entidad al incluirlo dentro de los supuestos para configurar la reparación del daño, específicamente a las comunidades indígenas "en los hechos punibles que impliquen discriminación o genocidio respecto de sus miembros o generen regresión demográfica, depredación de su hábitat, contaminación ambiental, explotación económica o alienación cultural"[108].

Cuando se busca una definición un poco más completa, se pensaría que es la jurisprudencia la encargada de afinar detalles en torno a los conceptos. Sin embargo, al buscar una definición de genocidio tristemente se encuentra solo una tesis jurisprudencial:

DELITOS O CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD. SU CONCEPTO PARA EFECTOS DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA QUE LOS INVESTIGA, que lastimosamente tuvo que tomar el concepto que contempla el Estatuto, para efectos de conceptualizar el crimen del genocidio:

> [D]e conformidad con el artículo 14 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, no puede alegarse el carácter de reservado cuando la averiguación previa investigue hechos constitutivos de graves violaciones a derechos humanos o delitos de lesa humanidad. A fin de que el intérprete determine si un caso

[108] Código Penal para el Estado de Chihuahua

> concreto se ubica en el supuesto de excepción relativo a los delitos de lesa humanidad y deba dar acceso a la averiguación previa correspondiente, es necesario que atienda, a nivel federal, al Título Tercero del Código Penal Federal, adicionalmente, es necesario tener en cuenta que el Estado mexicano ratificó el E.R.C.P.I. Esta Primera Sala observa que el artículo 7o. del E. R. C. P. I., norma vigente en el ordenamiento jurídico mexicano, define los delitos o crímenes de lesa humanidad y establece un catálogo sobre las conductas que deberán considerarse como tales… *serán considerados delitos o crímenes de lesa humanidad, tal y como los define el apartado segundo del párrafo primero del artículo 7o. del Estatuto de Roma*. Asimismo, es importante señalar que estos delitos serán considerados como crímenes de lesa humanidad, únicamente cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque; entendiendo por ataque generalizado contra la población civil la línea de conducta que implique la comisión de actos mencionados en el catálogo de referencia contra una multiplicidad de personas dentro de dicha población; mientras que por sistematizado debe entenderse que los actos se cometan de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política, es decir, en seguimiento de un plan preconcebido, lo cual excluiría a aquellos actos cometidos al azar. [109]

En el Código penal federal está el concepto del delito de violación en los artículos 265 al 266 bis, que incluyen el supuesto de violación mediante cópula o bien mediante la introducción de objetos por vía vaginal o anal, independientemente del sexo del sujeto pasivo, incluye la violación entre cónyuges y algunos otros actos equiparados a la violación, tales como la realización de cópula con persona menor de doce años o con persona que no tenga la capacidad de entender el significado del acto sexual. Todos estos supuestos se

[109] Tesis 1ª. X/2012 (10ª.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. 1, febrero de 2012, p. 650.

castigan con una penalidad que oscila entre los ocho y los catorce años de prisión.

Además de que carecemos de una lista completa de delitos de corte internacional, es decir: crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra[110], los conceptos de los delitos se encuentran desperdigados entre la Constitución y Leyes Federales.

Neri Guajardo explica que "Si bien el ordenamiento jurídico mexicano permite la tipificación de conductas por la vía convencional, si estas no se integran al derecho penal interno y al mismo tiempo se les determina una consecuencia jurídico-penal, no podrán ser consideradas delitos y, en consecuencia, no existirá fundamento para emitir un juicio de responsabilidad sobre el autor"[111], los crímenes que si se encuentran acordados en las leyes carecen de penalidad, son normas imperfectas[112] y si se llegan a cometer estos delitos, los jueces no pueden aplicar la analogía, "mismo precepto que se ve contemplado en el principio II del Tribunal de Núremberg: El hecho de que el derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya delito de derecho internacional no exime de responsabilidad en derecho internacional a quien lo haya cometido[…]"[113].

[110] A pesar de que formamos parte de los Convenios de Ginebra
[111] NERI GUAJARDO, Elia Patricia, Óp. Cit., pág. 5.
[112] *Nullum crimen nulla poena sine lege*
[113] SANDOVAL MESA, Jaime Alberto, "Jurisdicción universal y legalidad del Estatuto de Roma, frente al derecho interno", *Prolegómenos derechos y valores*, Colombia, vol. XIII, núm. 25, año 2010, enero-junio, pp. 201-217.

Lo anterior es una obligación constitucional contemplada en el artículo 14 en su tercer párrafo:

> […] En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

En lo que a nosotros atañe, que es el deber internacional, Sandoval Fernández nos muestra que "el deber de penalización previsto en el derecho internacional para los casos de graves violaciones a los derechos humanos implica que los delitos contemplados por el derecho internacional les corresponda una pena adecuada"[114], se puede discutir respecto de la proporcionalidad de la pena.

Pero en todo caso, "se ha determinado que el simple cumplimiento simbólico de la pena es violatoria del derecho internacional en caso de graves violaciones a los derechos humanos"[115] lo cual nos recalca la necesidad de otorgar una pena al crimen que ya se contempla en nuestro ordenamiento, este mismo autor hace un interesante pronunciamiento al explicarnos que la ambigüedad se ve incluso en el propio Estatuto en sus artículos 7 y 8, ya que hay frases que no tienden a determinar conductas, sino a hacer el ejercicio de interpretación más difícil:

h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo

[114] Ibíd, p. 2
[115] Ídem.

3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; […]

k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física. […]

xxii) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada y *cualquier otra forma de violencia sexual que constituya una violación grave de los Convenios de Ginebra;*[116]

Aunado a la parcial, desperdigada y, en unos casos, no penalizada lista de violaciones a derechos humanos existe otro aspecto relacionado a que "El Estatuto de Roma define en gran parte las violaciones de Derechos y las consecuencias que éstos acarrean. Por tal motivo, las consagraciones del Estatuto no pueden en ningún momento ser interpretadas de manera aislada de otros instrumentos internacionales, a tal punto que permita una vulneración de Derechos Fundamentales en su aplicación"[117].

Actuando de conformidad con las Reformas a la Constitución del 2011 en materia de Derechos Humanos se adoptarían esos tipos penales de manera automática al ordenamiento interno, de conformidad con el artículo 133

[116] Las cursivas son nuestras.
[117] Ibíd, p. 2.

constitucional[118], la Ley sobre adhesión a Tratados Internacionales y en virtud del control de convencionalidad, entendiendo por este: "[…] control de la supremacía de la CADH[119] sobre las normas de derecho interno y, según la interpretación y alcances que le demos, puede ser tanto un simple e inofensivo juego de palabras, como el peligroso abandono de nuestra soberanía en el orden judicial"[120]

El origen del control de convencionalidad en México es la ratificación del Pacto de San José[121] que da lugar a la Convención Interamericana de Derechos Humanos, al establecer que estos instrumentos:

> [N]o son tratados multilaterales de tipo tradicional concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, y en beneficio mutuo de los estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos independientes de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con los Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción… si bien el avance de la globalización afecta sustancialmente las fuentes del derecho, no es menos cierto que las normas internacionales

[118] Situación parecida ocurre en Colombia que en el artículo 93 de su Carta Política donde se estipula que Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

[119] Convención Americana de Derechos Humanos.

[120] BIANCHI, Alberto B.: "Una reflexión sobre el llamado 'control de convencionalidad'", en *La Ley. Suplemento Derecho Constitucional 2010*, 23/9/2010, p. 426.

[121] Que fue firmado en 1969 pero México se adhirió hasta 1981 y su vigencia empezó hasta el 82.

> no pueden perder un sustento político y material, desde donde se haga prevalecer la realización de las libertades y derechos de los individuos, ni tampoco podría destruir principios y derechos conseguidos a través de grandes pugnas históricas de cada Estado[122]

Pereyra Zabala, nos exterioriza que "los dos casos paradigmáticos indican el rumbo hacia el que se orienta la CIDH en materia de ejercicio del control de convencionalidad por los tribunales nacionales: los casos *Almonacid Arellano y otros contra Chile* y *Trabajadores cesados del Congreso contra Perú*"[123], en la sentencia de este último juicio se determina que a los jueces se *les obliga a velar por el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin*.

Para este autor, el control de convencionalidad implica: "un complemento del control de constitucionalidad tradicional, al que puede acudir la Corte Suprema si entiende que tales precedentes resultan de aplicación."[124]

Uno de los medios adecuados para la interpretación armónica del derecho vigente consiste en "aplicar los grandes lineamientos doctrinarios en los cuales los consensos se han consagrado sin mayor dificultad y debate"[125] Sostenemos la opinión de que aunado al control de convencionalidad al que

[122] Opinión Consultiva OC-82. Serie A Nª 2, párrafo 29, citado por Humberto Nogueira Alcalá

[123] PEREYRA ZABALA, Gastón, "El control de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos", *Revista de Derecho*, Montevideo, Universidad Católica de Uruguay, Diciembre, No. 6, 2011, pp. 155-176

[124] Ídem.

[125] Op. Cit., p. 4.

México está sometido debemos de contar con dichas leyes en vista que "resulta evidente la necesidad de que el país asuma en otras normas de ese ordenamiento – derecho estrictamente doméstico— las consecuencias de tales reconocimientos hechos en el plano internacional. Se trataría de la satisfacción de obligaciones adquiridas a la luz de la CADH."[126]

IV. Conclusiones

En nuestra opinión, es urgente someterse que el Estado Mexicano se someta sin reservas a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional y que el Congreso de la Unión emita una Ley que realice el listado y definición puntual de los delitos y crímenes contemplados en el Estatuto para lograr que México cuente con un instrumento de protección a los derechos humanos debidamente reglamentado.

Compartimos la opinión de García Ramírez quien señala que persistirá la comisión de delitos de impacto internacional y hay que saber repelerlos o defendernos de ellos. Desde la Segunda Guerra Mundial hasta nuestros días ha habido 60 guerras en el planeta. ¡Horror¡ No hay que permanecer ciegos a ello, menos aún creer de que somos de alguna manera inmunes, no manejar este asunto como si en este país esté realmente garantizada la paz ante los conflictos internacionales. Si damos más importancia a la soberanía de México estemos

[126] GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "México ante el Estatuto de Roma", Tercer Congreso Internacional de Derecho Penal "Las implicaciones dogmáticas y político-criminales del proceso de globalización y de la internacionalización del derecho penal", México, 22-26 de abril de 2002.

privando a los mexicanos de un medio de protección de los derechos humanos. Dignidad humana sobre la soberanía.

Al parecer, el ser humano nunca tendrá suficiente. Parece mentira que seamos una especie que cuenta con milenios de existencia y aún se valga del salvajismo como manera de dar un fin a conflictos, nos gustaría decir que la evolución de la humanidad, la ciencia, la tecnología y la educación finalmente dieron una respuesta libre del derramamiento de sangre.

Nos vanagloriamos de ser y estar en civilizaciones modernas. En antiguas civilizaciones, era un honor ser un guerrero al servicio del rey, dispuesto e instruido, para derramar la sangre de un semejante, si este "oficio" fuese efímero para la sociedad la Historia ya lo habría hecho desaparecer, sin embargo, hoy prevalece la necesidad de tener escuelas y ejércitos militares en todo el planeta dispuestos e instruidos para realizar exactamente lo mismo que en el Medievo, agregando con técnicas inconmensurablemente letales.

La ausencia de una normatividad que haya surgido de nuestro sistema legislativo, es algo que nos llama la atención, porque consideramos necesario tener normas castrenses completas, que no den lugar a interpretaciones que no se apeguen al sentido originario internacional con el objetivo de poder respetar el principio de legalidad, para que pueda existir una congruencia entre el orden interno e internacional dando lugar al principio de complementariedad, para cumplir con los requerimientos internacionales y para llegar a dar un cumplimiento cabal a las obligaciones internacionales.

La creación de esas leyes es fácil y no se trata de un ejercicio de transcribir lo que el Estatuto contemple sino que deberá llenar lagunas que en el mismo se encuentran para que dentro de la Nación no haya lugar a diversas interpretaciones. A la hora de la votación, para conseguir el quórum, dudamos que exista alguien que se niegue a que se realice la lista, so pena de que en un futuro lo indicien como un legislador que no estaba de acuerdo con enjuiciar a los perpetradores de delitos graves contra la humanidad.

Entendemos la cuestión del control de convencionalidad, pero consideramos que el sistema legislativo se ve muy parco si a creación de normatividad relacionada con tratados internacionales nos referimos. Además, le daría una protección completa a los ciudadanos en vista de que se encontraría seguridad jurídica, definida por Velandía Hurtado "estado psicológico de satisfacción, bienestar y tranquilidad que sienten las personas al ver garantizados y realizados una serie de valores jurídicos."[127]

Fuentes de consulta

Bibliográficas

AMBOS, Kai y Malarino, Ezequiel, (coord.), Persecución Penal Nacional de Crímenes Internacionales en América Latina y España, Uruguay, Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional, pp. 403-446.

[127] Ibídem pág. 15

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. "Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho constitucional Contemporáneo". Ed. Tecnos, España, 1995.

NERI GUAJARDO, Elia Patricia, "México", en: AMBOS, Kai, MALARINO, Ezequiel, WOISCHNIK, Jan, Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, México, Fundación Konrad-Adenauer-Stiftunge. V, Montevideo, 2006, pp. 315- 354.

Hemerográficas

AMOS, Kai, "El test de complementariedad de la Corte Penal Internacional (artículo 17 del Estatuto de Roma), *InDret: Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, núm. 2, abril del 2010, pp. 1-47.

BECERRA RAMÍREZ, Manuel, "México ratifica el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, después de reformar la Constitución", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. VI, 2006, pp. 951-954.

BIANCHI, Alberto B.: "Una reflexión sobre el llamado 'control de convencionalidad'", en *La Ley. Suplemento Derecho Constitucional 2010*, 23/9/2010, p. 426.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "México ante el Estatuto de Roma", Tercer Congreso Internacional de Derecho Penal "Las implicaciones dogmáticas y político-

criminales del proceso de globalización y de la internacionalización del derecho penal", México, 22-26 de abril de 2002.

JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general*, Mir Puig S. y F. Muñoz Conde (Trad.), Barcelona, Bosch, vol. I, 1981.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "Consideraciones sobre constitucionalidad del Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional", *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Chile, vol. 5, 1999, núm. 2, pp. 363-387.

PIERNAS LÓPEZ, Juan Jorge, "La Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma", Anuario Español de Derecho Internacional, Vol. 26, 2010, pp. 385-302.

SANDOVAL FERNÁNDEZ, Jaime y ABELLO GUAL, Jorge, "Estudio político-criminal y dogmático de los principios y garantías del Estatuto de Roma", Revista de Derecho, Universidad del Norte, Barranquilla, Núm. 26, 2006, pp. 137- 204.

SANDOVAL MESA, Jaime Alberto, "Jurisdicción universal y legalidad del Estatuto de Roma, frente al derecho interno", *Prolegómenos derechos y valores*, Colombia, vol. XIII, núm. 25, año 2010, enero-junio, pp. 201-217.

VARDA, Franccesca y REYES, Michel, Derechos Fundamentales - X Aniversario del Estatuto de Roma, Congreso de la República de Perú, Junio de 2013,

[fecha de consulta el 14 de abril del 2015], disponible en: *https://www.youtube.com/watch?v=81Nu6f3TrlI*.

VELANDÍA HURTADO, Álvaro, "Prospectiva constitucional del Estatuto de Roma", *Prolegómenos. Derechos y valores,* vol. IX núm. 18, Universidad Militar Nueva Granada, Colombia, julio-diciembre, 2006, pp. 153-173

ZAVALA GILER, Osvaldo y MORENO, Romina, "Entrevista sobre el Estatuto de Roma", Canal 33 Republica SV, publicado el 5 de julio del 2014, [fecha de consulta el 14 de abril del 2015], disponible en: *https://www.youtube.com/watch?v=e9AgqJHFXQs*.

Fuentes de internet:

GÓMEZ, Narda, "Estatuto De Roma, marco de fase inicial del proceso de paz" Santos, [fecha de consulta 14 de abril del 2015], disponible en: *https: //www.youtube. com/ watch?v=AEWWhizQWpo*.

http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm

http://www.ejecentral.com.mx/diputados-aprueban-reforma-a-ley-organica-castrense/#sthash.NfpP47nt.dpuf

http://www.youtube.com/watch?v=V8sUISjvk84

Noticias Capital, "La clave puede ser el Artículo 16 del Estatuto de Roma", disponible en: www.canalcapital.gov.com

REYES, Sigfrido, "Entrevista completa presidente Sigfrido Reyes viernes 26 de junio 2014", Asamblea Legislativa, publicada el 30 de junio del 2014, disponible en: *https://www.youtube.com/watch?v=XJOQMIGyL5Q*.

Legislativas y jurisdiccionales

CONSTITUCIÓN Política de los Estados Unidos Mexicanos.

CONVENCIÓN DE VIENA sobre el derecho de los tratados, U. N. Doc. A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entrada en vigor, 27 de enero, 1980, Viena, 23 de mayo de 1969.

CÓDIGO Penal Federal.

CÓDIGO de Justicia Militar.

CÓDIGO Penal para el Estado Libre y Soberano de Chihuahua.

CÓDIGO Nacional de Procedimientos Penales.

Tesis jurisprudenciales y jurisprudencia

DELITOS O CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD. SU CONCEPTO PARA EFECTOS DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA QUE LOS INVESTIGA 1ª Sala, X/2012 (10ª.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. 1, febrero de 2012, p. 650.

DERECHO A LA VIDA. SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL, P./J. 13/2002, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XV, febrero de 2002, p. 589.

TORTURA. GRADOS DE VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y PSÍQUICA DE LAS PERSONAS Tesis aislada, 1ª. LVI/20015, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. II, febrero de 2015, p. 1423.

Resoluciones citadas

Asunto	Fecha	Referencia

Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma	8 de junio del 2010	RC/Res.2.
Comisión Revisora del Estatuto de Roma	8 de junio del 2010	RC/Res.3.
Comisión Revisora del Estatuto de Roma	8 de junio del 2010	RC/Decl.1.
El efecto de las reservas sobre la entrada En vigencia de la convención americana Sobre derechos humanos (arts. 74 y 75)	24 de Septiembre de 1982	Opinión Consultiva OC-82
Myrna Mack Chang contra Guatemala	25 de noviembre del 2003	25/11/2003 CIDH
Definición de la agresión	14 de diciembre de 1974	Resolución 3314 (XXLX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas
Prosecutor v. Katanga and Chui.	21 de noviembre 2012	ICC-PTC I

CONTROL DE DETENCIÓN POR EJECUCIÓN DE ORDEN DE APREHENSIÓN EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO Y EL *HABEAS CORPUS*

Edgar Tomás Quiñonez Ríos[1]

SUMARIO: I. Introducción II. Antecedentes históricos respecto del Habeas Corpus III. Habeas corpus en el sistema interamericano de protección de Derechos Humanos IV. Habeas Corpus en el Sistema Jurídico Mexicano V. El control de detención VI. Propuestas legislativas; VII. Conclusiones VIII. Fuentes de consulta

Resumen

El *Habeas corpus* nace en Inglaterra como medio de protección contra las detenciones arbitrarias. En México, únicamente fue regulado por tres estados: Aguascalientes, Colima y Guerrero. El estudio surge como necesidad de crear una figura afín al *habeas corpus* en México debido a las detenciones que de manera arbitraria y sin respeto a los derechos fundamentales se llevan por orden de aprehensión, en términos del artículo 16 de la Constitución Federal. Si bien, existe la audiencia de control de detención, en la que el Juez verifica si la persona fue detenida en flagrante delito, sancionado con pena de prisión, y respetando sus derechos fundamentales, no es así respecto a personas detenidas en cumplimiento de una orden de aprehensión. El análisis se llevó de la siguiente manera: se

[1] Candidato a Doctor en Derecho por el Instituto Internacional del Derecho y del Estado, Maestría en Amparo por la Universidad de Durango; actualmente cursa el penúltimo semestre de la Maestría en Derechos Humanos por la Universidad Autónoma de Chihuahua; docente en dicha institución, Defensor Público Penal del fuero común en el Estado de Chihuahua.

explican los antecedentes históricos del *Habeas Corpus* desde que nace en Inglaterra y como llega a México, las diferencias del *Habeas Corpus* respecto de la audiencia de control de detención, al final se elaboraron varias propuestas legislativas para la inclusión de la figura afín del Habeas Corpus dentro de la Constitución Federal, Código Nacional de Procedimientos Penales y Código de Procedimientos Penales para el Estado de Chihuahua.
Palabras Clave: Habeas Corpus, Control de Detención

Abstract

Habeas Corpus has its origins in England as a means of protection against arbitrary detention. In Mexico, *Habeas Corpus* was ruled only by three states: Aguascalientes, Colima and Guerrero. This research has as objective the creation of a similar figure of *habeas corpus* in Mexico, due to arbitrarily detentions, without respect for fundamental rights in terms of jurisdictional authority under the article 16 of the Mexican Constitution. While, there is a figure called detention control, in which, the court verifies the conditions that a person was arrested in flagrante delicto. If the crime for the person was captured deserves imprisonment, if the detention was in respect to the fundamental legal rights, but that´s not in the case of a person who was arrested in terms of a jurisdictional warrant. This analysis, was elaborated in this terms: there's a explanation of the history of *Habeas Corpus* in England, and how Mexico embraced this figure. There's a comparative analysis between Habeas Corpus and the detention hearing figures, at the end of

the article a series of amendments to the Federal Constitution, National Code of Criminal Procedure and Code of Criminal Procedure for Chihuahua Sate, for the inclusion of the figure of *Habeas Corpus.*

Key Words: Habeas Corpus, Control of Detention

I. Introducción

De Pina señala que el Habeas corpus, es una antigua Ley inglesa (de 1679), considerada todavía vigente en virtud de la cual los tribunales tienen la potestad de requerir a cualquier autoridad que practique una detención para que presente al detenido y justifique los motivos legales del arresto, con objeto de ponerlo en libertad si éstos no existen. Se trata de una Ley destinada a proteger a los ciudadanos contra las privaciones arbitrarias de la ley.[2]

> Ruiz Torres señala que el *Habeas Corpus* es una [I]nstitución inglesa protectora de libertad individual, cuyo nombre se origina en latín bajo medieval *habeas corpus*, que significa hallar el cuerpo. Ha tenido una notable influencia en el amparo mexicano como instrumento para evitar privaciones ilegales de la libertad, incomunicaciones y torturas de los detenidos".[3]

El *Habeas corpus* surge en Inglaterra como un medio de protección contra las detenciones arbitrarias, dicha figura fue acogida por diversos países no sólo aquellos de tradición anglosajona, sino inclusive los de otras tradiciones como Brasil

[2] DE PINA, Rafael, Diccionario de Derecho, Editorial Porrúa S. A., México, 1965, p. 149

[3] RUIZ TORRES, Humberto E., Diccionario del Juicio de amparo, Oxford University Press México, México, 2005, p. 145

y México, que también lo adoptaron. En lo que toca a nuestro país, el *habeas corpus* no fue regulado por la Federación ni por todos los estados de la República Mexicana, salvo tres excepciones que se detallarán dentro del presente trabajo, como son Aguascalientes, Colima y Guerrero.

En cambio, surgió dentro del derecho procesal penal la posibilidad de que el juzgador de primera instancia al recibir la consignación de una persona detenida en flagrancia, pudiera verificarse si su detención fue o no apegada a derecho y en su caso ratificarla, calificándola de legal, o dejándola sin efectos, en caso de que no se hubiese llevado a cabo conforme a los requisitos que la propia Constitución y los ordenamientos procesales lo exigieren, figura que se conserva en la actualidad dentro del sistema de justicia penal acusatorio, bajo la denominación de audiencia de control de detención.

Sin embargo, al ser consignada una persona por haberse ejecutado en su contra una orden de aprehensión, la forma en cómo se llevó a cabo su detención no es sujeta a un control jurisdiccional, llevándose en muchas ocasiones este tipo de detenciones con graves violaciones a los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano.

II. Antecedentes históricos respecto del *habeas corpus*

La Ley de *Habeas Corpus* de 1679; los antecedentes del hábeas corpus se retoman hasta la antigüedad, cuando una persona era privada de su libertad sin justificación, en ese contexto histórico

la significación que se le daba era "traedme el cuerpo" (*habeas corpus*).

El primer documento, que establece la necesidad de justificar la detención de un súbdito, bajo las restricciones siguientes: mediante un proceso público, controlado y sólo por voluntad del monarca; fue la Carta Magna, conocida como Magna Carta *Libertatum*, elaborada después de tensas y complicadas reuniones en Runnymede (Surrey) entre nobles normandos y la realeza inglesa y tras muchas luchas y discusiones, entre los nobles de la época, fue finalmente sancionada por el rey Juan I o Juan Sin Tierra, en Londres el 15 de junio de 1215.

El primer registro del uso de este recurso contra una autoridad establecida data de 1305, durante el reinado de Eduardo I de Inglaterra, cuando se exigió al rey que rindiera cuentas de la razón por la cual la libertad de un sujeto era restringida donde quiera que esta restricción se aplicara.

Aparece en el derecho histórico español como el denominado «recurso de manifestación de personas» del Reino de Aragón en el Fuero de Aragón de 1428, y en las referencias que sobre presuntos supuestos de detenciones ilegales se contienen en el Fuero de Vizcaya de 1527, más tarde en la Ley Inglesa de 1640 y en el Acta *Hábeas Corpus* de 1679. La institución del *Hábeas corpus* estaba concebida como una forma

de evitar agravios e injusticias cometidas por los señores feudales contra sus súbditos o personas de clase social inferior.[4]

Humberto Enrique Ruiz Torres refiere que "el *habeas corpus* es un instrumento protector de la libertad individual. Debe su nombre a la expresión del latín bajo medieval, que literalmente significa:

> Hallar el cuerpo", que tiene el sentido de presentar fisicamente al detenido ("*the body of the party so committed or restrained*" –el cuerpo de la parte así encarcelada o retenida-) ante determinada autoridad para que revise las causas de la detención. El origen de la institución no puede ser establecido con precisión. Se sabe que aún antes de la expedición de la Magna Carta (en 1215) algunos instrumentos jurídicos hacían las veces del *habeas corpus* y que durante la Edad Media se utilizó esta institución para determinadas causas, de los tribunales inferiores a las cortes del rey".[5]

Lo cierto es que fue en 1679 cuando el Parlamento Inglés, durante el reinado de Carlos II, expidió la célebre *Habeas corpus Act. An act for better securing the liberty of the subject, and for the prevention of imprisionments beyond the seas*.[6]

Ruiz Torres considera que:

> La petición de *habeas corpus* podía ser realizada en cualquier momento y por cualquier persona ante un lord *chanciller*, un lord guardasellos, algún juez o barón *("whensoever any person or persons shall bring any habeas corpus… before the lord chancellor, or lord keeper of the great seal of England for the time beingm or the judges or barons of the said court*" –en cualquier momento cualquier persona puede interponer un

[4]LEY de Habeas Corpus de 1679, disponible en: http://timerime. com/ es/ evento/1028451/La+Ley+de+Habeas+Corpus+de+1679/, consultado por última vez: 27 de abril de 2015.

[5] RUIZ TORRES Humberto E., *Curso general de amparo*, Ed. Oxford University Press, México, 2007, p. 15

[6] Ley de *habeas corpus*, una ley para salvaguardar mejor la libertad del súbdito y para prevenir prisiones de ultramar

> *habeas corpus*[…] ante un lord canciller, o lord guarda del gran sello de Inglaterra por el momento, o los jueces o barones-).[7]

El bien jurídicamente tutelado, era la libertad de personas que se encontraran en prisión por causas penales ante la autoridad del carcelero o cualquier otra persona. El primer efecto del mandamiento (*writ*) de *habeas corpus* era que se presentara físicamente al detenido ante quien había emitido el mismo.

El segundo era que se revisara la causa de la detención:

> *The more Speedy relief of all persons imprisoned for any such criminal or supposed criminal matters[…] and bring cause to be brought the body of the party so committed or restrained, unto or before the lord chancellor[…] and shall then likewise certify the true causes of his detainer or imprisonment* […]" – La expedita reparación (a favor) de todos los presos por causas criminales o supuestas causas criminales […] y llevar o ser la causa para llevar el cuerpo de la parte así detenida o retenida a o ante el lord chanciller […] y deberán entonces, del mismo modo, certificarse las verdaderas causas de su detención o prisión-.[8]

Para el otorgamiento del *writ* o mandamiento, era necesario que se cubrieran los gastos para llevarlo ante la presencia del funcionario que lo hubiere expedido, así como de los correspondientes al regreso del prisionero, en el evento de que hubiere causa para privación de la libertad. Más adelante se fijaba una garantía de acuerdo con las circunstancias del detenido y la naturaleza de la ofensa:

[7] RUIZ TORRES Humberto E, Óp. Cit.
[8] Ídem

> *[U]pon payment or tender of the charges of bringing the said prisoner[…] and upon security given by his own bond to pay the charges of carrying back the prisoner, if he shall be remanded by the court of judge to wich he shall be brought… and thereupon within two days after the party shall be brought before them, the said lord chancellor or lord keeper or such justice or baron before whom the prisoner shall be brought as aforesaid, shall discharge the said prisoner from his imprisonment, taking his or their recognizance, with one or more sureties, in any sum according to their discretions, having regard to the quality of the prisoner and the nature of the offense[…]*

Traducción: […] Con el pago, o su formal ofrecimiento de los gastos para trasladar a dicho prisionero […] y con la garantía dada para pagar los gastos resultantes de regresar al prisionero, sí éste debe ser juzgado lejos de la corte ante la que fue llevado […] e inmediatamente, dentro de los dos días siguientes a aquel en que la parte fue llevada ante ellos, el citado lord canciller o el lord guardasellos, o el juez o barón, ante el cual el prisionero fue llevado, puede liberarlo, tomando su promesa de comparecer ante el órgano que lo acusa, mediante garantía o garantías consistentes en una suma de dinero que se fije de manera discrecional, tomando en cuenta la calidad del prisionero y la naturaleza de la ofensa […]

Los funcionarios que tenían privado de la libertad al beneficiario del *habeas corpus* debían expedir un *return:*

> *[T]hat the said officer or officers, his or their under-officers, under keepers or deputies, shall within three days after the service thereof as aforesaid […] make return of such writ […]* (que el mencionado funcionario o funcionarios, su o sus suboficiales, subcustodios o subordinados, deberán, dentro de los tres días a que se ha notificado como antes se menciona […] realizar el return del writ[…]

Como menciona Ruiz Torres[9], "el *return* consistía, al decir de Ignacio Vallarta Ogazón "[…] (en) la respuesta por escrito que el carcelero debe dar… al que expida el *writ* […] manifestando la causa o motivo de prisión y la presentación del cuerpo del preso ante (aquél) […]."

El derecho estadounidense, al triunfo de su revolución de independencia, hizo suyas diversas instituciones jurídicas inglesas entre ellas el *habeas corpus.*

De esta manera la *Constitución* norteamericana de 4 de marzo de 1789 previó en su artículo 1 sección 9:

> *The privilege of the writ of habeas corpus shall not be suspended unless when in casses of rebellionor invassion the public safety may require it[…]* ([…] El privilegio de la orden de *habeas corpus* no podrá ser suspendido, a menos que, en caso de rebelión o invasión, así lo requiera la seguridad pública…").[10] En la práctica la solicitud de *habeas corpus* deberá formularse ante la Corte Suprema de Estados Unidos o ante las Cortes (de Distrito o de Circuito) dentro de sus respectivas competencias.[11]

Tales autoridades, de estimarlo procedente, podían librar un *writ of habeas corpus,* dirigido a quien tuviera al detenido. Dentro de los tres días siguientes debía ser diligenciado el *return,* expresando la causa de la verdadera detención del preso; pero además, se debía llevar "[…] el cuerpo ante el juez que expidió el *writ* […]" como afirma Ignacio Luis Vallarta. Ejecutado el *return,* el juez fijaba la fecha para la celebración de

[9] Ibídem p. 17
[10] Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, Artículo 1, sección 9
[11] 28 U.S. Code § 2241 b)

una audiencia concentrada, en la cual la "parte detenida" podía oponerse a los hechos contenidos en el *return* e incluso ofrecer pruebas y formular alegatos, seguido de lo cual el juzgador emitía la resolución correspondiente. Esta última podía ser apelada.[12]

Para Ruiz Torres, "el constitucionalismo mexicano incorporó expresamente la figura del *habeas corpus* en los *Elementos circulados por el Sr. Rayón,* cuyo artículo 21 señalaba: ˙Cada uno se respetará en su casa como un asilo sagrado, y se administrará con las ampliaciones, restricciones que ofrezcan las circunstancias de la célebre ley *Corpus habeas de Inglaterra*", lo que revela con claridad que la institución fue bien conocida en la América hispánica y contradice la tesis de Víctor Fairén Guillén, de que aquella sólo pudo tener influencia en la América anglosajona".[13]

Por su parte, el Dr. Alberto del Castillo del Valle señala que "[e]l *writ of habeas corpus,* que es un recurso nacido en Inglaterra antes de la Carta Magna de *Juan sin Tierra,* mediante el cual se ataca un acto que atenta en contra de la libertad deambulatoria o de tránsito. Este recurso también representa un antecedente del juicio de amparo en materia penal, pues protege exclusivamente la libertad locomotora contra actos arbitrarios de las autoridades, sin que pueda impugnarse a través de él otro acto de autoridad. Cabe aclarar que en Estados Unidos de

12 28 U.S. Code § 2243

[13] Ibídem p.19.

América, procede tanto por actos de autoridad, como de particulares, que violan la libertad de tránsito.

El *writ of habeas corpus* existe con antelación a la expedición a la *Charta Magna* de 1215, pero fue materia de regulación hasta el año de 1679, expidiéndose al efecto la *Ley para Asegurar Mejor la Libertad del Súbdito y para prevenir las Prisiones en Ultramar*, el habeas corpus (que implica la orden dada por el juez a la autoridad aprehensora, de presentar el cuerpo del hombre libre) tiene vigencia plena actualmente en Inglaterra, Estados Unidos de América, Brasil y Costa Rica, entre otros países.

En la Inglaterra medieval (siglo XIII), existieron otros recursos que propendían a proteger la libertad deambulatoria, que fueron el *writ of odio et atia*, que procedía contra detenciones derivadas de actos de odio y falacia, y el *writ de homine repigliando*, recurso que prosperaba contra actos de un "sheriff" que restringían la libertad deambulatoria o locomotora de una persona ordenándosele a la autoridad a devolver la libertad al detenido".[14]

[14] DEL CASTILLO DEL VALLE Alberto, *Primero curso de amparo*, Octava edición, Ediciones Jurídicas Alma S.A. de C.V., México; 2007, pp. 20-21.

III. Habeas corpus en el sistema interamericano de protección de Derechos Humanos

Se encuentra previsto a nivel internacional por el artículo 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) de la siguiente manera:

> Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

Éste artículo otorga a toda persona privada de libertad el derecho a recurrir ante un "juez o tribunal competente", para que éste decida, "sin demora", sobre la legalidad de la medida privativa correspondiente y ordene, si fuere ilícita, la liberación del afectado. Este derecho va dirigido a permitir el control judicial sobre las privaciones de libertad y se corresponde con la acción o recurso de *hábeas corpus* contemplado en muchos Estados del sistema interamericano, aunque contiene exigencias y conceptos autónomos de la Convención.[15]

El "juez o tribunal competente" a que se refiere este artículo tiene que ser efectivamente una autoridad judicial que revise la ejecución del acto privativo de la libertad ejecutado por

[15] STEINER, Christian / URIBE, Patricia (Coordinadores), Convención Americana Sobre Derechos Humanos Comentada, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2014, p. 203.

la autoridad administrativa, como lo es la policía investigadora que actúa bajo la coordinación del Ministerio Público.

El recurso establecido en el artículo 7.6 tiene como finalidad principal la protección de la libertad personal ante medidas ilegales o arbitrarias que la menoscaben, pero la jurisprudencia de la Corte le ha atribuido, desde el comienzo, la finalidad complementaria de amparar el derecho a la integridad física y a la vida de las personas privadas de libertad.

Ello en atención a que, como ya se expuso, la situación de detención supone riesgos para estos otros derechos, como lo ponen de manifiesto los casos de tortura, secuestro, desaparición forzada o asesinato de detenidos. De allí que se exija la comparecencia del detenido ante el juez.

La Corte ha sostenido que el hábeas corpus para cumplir con su objeto de verificación judicial de la legalidad de la privación de la libertad, exige la presentación del detenido ante el juez o tribunal competente bajo cuya disposición queda la persona afectada.

En este sentido es esencial la función que cumple el hábeas corpus como medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

> [E]l artículo 7.6 de la Convención tiene un contenido jurídico propio, que consiste en tutelar de manera directa la libertad personal o física, por medio del mandato judicial dirigido a las autoridades correspondientes a fin de que se lleve al detenido a la presencia del juez para que éste pueda examinar la legalidad de la privación y, en su caso, decretar su libertad.[16]

IV. Habeas corpus en el sistema jurídico mexicano

El *habeas corpus* se encuentra previsto por el ordenamiento mexicano, principalmente en tres ordenamientos: la Ley de la Comisión Estatal de Derechos Humanos de Aguascalientes; la Ley Orgánica de la Comisión de Derechos Humanos de Colima y la Ley que crea la Comisión de Defensa de los Derechos Humanos y establece el Procedimiento en Materia de Desaparición Involuntaria de Personas para el Estado de Guerrero. A continuación, haremos un repaso de dichas disposiciones, empezando por la Ley de la Comisión Estatal de Derechos Humanos de Aguascalientes en su capítulo IV: De la petición extraordinaria de exhibición de persona:

> Artículo 77.- En caso de que un individuo esté desaparecido o detenido presumiblemente de forma ilegal, cualquier persona podrá solicitar a la Comisión, verbalmente o por escrito, su exhibición.
> El personal de la Comisión que conozca de la petición de exhibición de persona, resolverá de inmediato sobre su procedencia.
> Artículo 78. La Comisión podrá inspeccionar oficinas públicas, separos o cualquier otro lugar donde se presuma que se encuentra el afectado, además de solicitar a la autoridad señalada como responsable que en un término de doce horas presente físicamente a la persona que presuntamente mantiene privada de su libertad, en cuyo caso se deberá justificar la detención y garantizar la preservación de su vida y salud.

[16] *Ibidem* p. 204

> Artículo 79. Si la autoridad requerida para que presente físicamente a una persona no la tiene bajo su custodia, deberá informarlo por escrito a la Comisión en un término no mayor de seis horas a fin de continuar con la búsqueda.
> Artículo 80. De encontrarse la persona buscada bajo la custodia de alguna autoridad, en todo caso la exhibición física se realizará ante personal autorizado de la Comisión quien deberá certificar lo siguiente:
> I. El estado de salud de la persona privada de su libertad;
> II. Las condiciones del lugar en que se encuentra privada de la libertad;
> III. Nombres y cargos de los funcionarios públicos que la custodian; y
> IV. Cualquier otra circunstancia que se considere pertinente.
> Durante la presentación física podrá estar el solicitante de la Exhibición Extraordinaria de Persona.[17]

Igualmente la Ley Orgánica de la Comisión de Derechos Humanos de Colima en el capítulo X: del recurso de exhibición de personas señala en su

> Artículo 49 Bis.- Respecto de los casos en que exista la desaparición o detención ilegal de cualquier ciudadano, procederá a la Comisión Estatal de Derechos Humanos el recurso extraordinario de exhibición de persona; el cual podrá ser impuesto por cualquier persona, o por el propio quejoso, cuando éste lo pueda hacer valer, en cuyo caso, el Presidente, o los Visitadores de la Comisión, previamente autorizados por el Presidente mediante escrito, tendrán las facultades necesarias para inspeccionar o buscar en las oficinas, separos, centros de detención, de prisión o cualquier otro lugar en donde se presuma que se encuentra ilegalmente detenido el afectado.
> Las autoridades estatales o municipales de dependencias administrativas, de procuración de justicia, de seguridad

[17] LEY de la Comisión Estatal de Derechos Humanos de Aguascalientes publicada en la Primera Sección del Periódico Oficial del Estado de Aguascalientes mediante Decreto Número 352 el 10 de junio de 2013.

pública, de vialidad o cualquier servidor público que hubiesen ordenado una detención presumiblemente ilegal, estarán obligados a otorgar las facilidades correspondientes a efecto que la Comisión pueda garantizar el cese a dichas violaciones.

El presente recurso de exhibición de persona, no prejuzga sobre la responsabilidad penal ni administrativa del detenido.

Artículo 49 bis 1.- El Presidente, o el Visitador debidamente autorizado por el titular, podrá solicitar a cualquiera de las autoridades estatales y municipales señaladas en el artículo que antecede y presumiblemente responsables, le exhiba o presente físicamente a la persona que mantenga privada de su libertad, y en su caso, dicha autoridad deberá justificar la detención de quien se trate, así como garantizar la preservación de su vida, su integridad física y mental.

Artículo 49 bis 2.- El recurso extraordinario de exhibición de persona se podrá hacer valer ante la Comisión en todo momento e incluso de manera verbal, cuando esté en riesgo la vida, la integridad física y mental de una persona; la cual, resolverá de manera inmediata la procedencia o improcedencia del citado recurso. Su resolución será inatacable.

En caso de que la Comisión resuelva procedente la solicitud de exhibición de persona, el funcionario facultado de la misma, se trasladará al sitio en donde la denuncia afirme que se encuentra detenido ilegalmente el afectado, a fin de dar cumplimiento a su resolución; al afecto, se hará acompañar del solicitante o de persona de confianza del detenido y de un médico, para que, en su caso, pueda ratificar la identidad del presunto afectado, así como el estado físico en el que se encuentra o bien, certificar de que no se encuentra dicha persona en el lugar señalado por el accionante.

Artículo 49 Bis 3.- Si la autoridad responsable exhibiera a la persona agraviada, el Presidente o el visitador, podrá disponer la no incomunicación y la imposibilidad de cambiarla de lugar sin autorización. De igual manera si no estuviese a disposición del Ministerio Público, o de la autoridad administrativa competente, solicitará que se ponga de inmediato a disposición de ésta y si ya estuviere, gestionará para que ésta resuelva sobre la detención de la persona en los plazos y términos constitucionales; lo anterior en cuanto no interviniere la autoridad federal mediante juicio de amparo y cuando se trate de casos de extrema urgencia.

> En caso que la Comisión estimara pertinente, pedirá a la autoridad señalada como responsable, un informe por escrito en relación al recurso promovido, quien deberá rendirlo en un plazo no mayor a cuarenta y ocho horas a partir de que se hubiera realizado la notificación a dicha autoridad.
> El desacato a las resoluciones que emita el Presidente, Visitador o cualquier otro servidor de la Comisión autorizado, con relación a este recurso, así como los informes falsos o incompletos que rindan las autoridades señaladas como responsables, se sancionará conforme a las Leyes en la materia[18].

En la exposición de motivos de la abrogada Ley que crea la comisión de defensa de los Derechos Humanos y establece el procedimiento en materia de desaparición involuntaria de personas para el estado de Guerrero se estableció lo siguiente:

> [U]n segundo cambio, verdaderamente innovador, es el establecimiento del recurso extraordinario de exhibición de personas que aunque existió efímeramente en el siglo pasado en algún ordenamiento mexicano, y que es conocido como habeas corpus, prácticamente no se ha consagrado en la ley federal o local alguna en México, y que se encamina a que cualquier persona lo plantee ante un Juez de Primera Instancia para que otra pueda recuperar su libertad si fue detenido ilícitamente, y de manera inmediata, sin prejuzgar su responsabilidad penal o administrativa[19].

Con este recurso se pretendía combatir a fondo una de las prácticas que todavía acaecen penosamente, a lo largo de los años, en la Entidad. El desacato al mandamiento judicial en este respecto, es causa de fincamiento de responsabilidad penal. [...]

[18] LEY Orgánica de la Comisión de Derechos Humanos de Colima, capítulo adicionado en Decreto Constitucional No. 305 de fecha 10 de enero de 2003

[19] LEY que Crea la Comisión de Defensa de Los Derechos Humanos y establece el procedimiento en materia de desaparición Involuntaria de personas para el Estado De Guerrero, vigente hasta el antes del 20 de marzo de 2015.

A la iniciativa de Ley que se presenta a consideración del H. Congreso del Estado se le ha incorporado un nuevo procedimiento judicial de carácter extraordinario, que en verdad vendrá a enriquecer nuestra vida jurídica y nuestras instituciones de defensa del ciudadano.

El amparo mexicano, representa la mejor tradición de nuestro Derecho y encuentra sus orígenes en la legislación local de Yucatán a partir de los trabajos de Don Manuel Crescencio Rejón; su trascendencia innegable hace que con el esfuerzo unido de otro ilustre jurista, Don Mariano Otero, adopte su actual vigencia nacional. La vida de esta institución jurídica se ha fortalecido indudablemente y forma parte ya del ser nacional y de la cultura de los mexicanos.

En el ámbito estatal, no ha prosperado, sin embargo, hasta la fecha, una figura que a partir del Poder Judicial local, pudiera esgrimirse por los ciudadanos en defensa de sus garantías individuales.

En territorios como el del Estado de Guerrero, con una compleja orografía que dificulta las comunicaciones y el acceso fácil o rápido de las comunidades más alejadas a los centros urbanos, en donde radican las autoridades estatales y federales, resulta aconsejable que independientemente del mandamiento constitucional contenido en el artículo 133 de la Carta Magna, el ciudadano pueda contar con un medio de defensa extraordinario y rápido, que brindando seguridad jurídica y constitucionalidad, pueda hacerse valer ante el juez de primera instancia más próximo en el distrito judicial que corresponda.

Aunque el juicio de garantía, contra los actos de autoridad, contempla en una de sus modalidades la protección contra la incomunicación de un detenido, la institución universalmente conocida del *habeas corpus, o exhibición de persona,* como se le conoce en Hispanoamérica, no se encuentra contemplada en nuestro sistema jurídico, por lo que se ha estimado procedente incorporarla a nuestro régimen legal a través de esta iniciativa y en materia de defensa de los derechos humanos.

En efecto, el *recurso extraordinario de exhibición de persona* a que se refiere el título V de esta Iniciativa, formaba ya parte del proyecto de reformas y adiciones a la Constitución del Estado, que durante el primer año de esta administración se elaboró y turnó al Poder Revisor, en materia de control de la constitucionalidad local y que por razones de oportunidad no se hizo prosperar.

Maduro como está el Poder Judicial del Estado, se estima conveniente dotarlo de las facultades inherentes a este recurso extraordinario, que en mucho vendrá a enriquecer estos empeños legislativos, en materia de defensa de los derechos humanos.

Consiste el recurso, según su contenido tradicional, en que la autoridad judicial, en los términos del artículo 16 constitucional, requiera a la autoridad administrativa local que presumiblemente tenga detenida a una persona, por petición de

algún interesado, que muestre o exhiba a la persona presuntamente detenida, para evitar que se le vulneren sus garantías y preservar su vida e integridad corporal y que en todo caso esté a disposición de autoridad competente.

El recurso no cuenta con mayor formalidad ni en su presentación y trámite, ni en su resolución, para dotarlo precisamente, de agilidad y eficacia.

El Juez que decidiese hacer valer la exhibición de persona, ante la demanda de quien tenga interés legítimo, ordenaría el traslado del personal judicial competente a los lugares o instalaciones donde se presuma está detenida la persona para requerir que se la presenten.

La propia Ley, a través de esta iniciativa, previene que la resolución judicial correspondiente es inatacable, esto es uni-instancial; que el recurso no prejuzga sobre la responsabilidad penal o administrativa del detenido y que si el juez actuante lo estima conveniente, podrá disponer la no incomunicación del detenido, el no traslado del mismo a otro lugar, o bien su traslado a un lugar que le brinde seguridad; el juez podrá cerciorarse del estado físico de la persona y disponer, en su caso, el auxilio médico que se necesitare.

No se trata de ninguna manera, con la implantación de este recurso extraordinario, de invadir esferas de competencia, ni sustituir autoridades; es un esfuerzo de nuestro Estado, por ampliar los medios de defensa del ciudadanos y de contar con un medio de control de nuestra constitucionalidad local, en

procura permanente de darle a la Carta Magna suriana, mayor eficacia y vigor.

La ley que crea la Comisión de Defensa de los Derechos Humanos y establece el procedimiento en materia de desaparición involuntaria de personas en su título tercero de nombre: De la desaparición involuntaria de personas en el Capítulo I de su definición y legitimación, en su artículo 31 contemplaba que:

> Se considerarán personas desaparecidas involuntariamente, respecto de las cuales conocerá y actuará la Comisión de Defensa de los Derechos Humanos del Estado de Guerrero, aquéllas en las que se reúna lo siguiente:
> I. Que se trate de una persona plenamente identificada y se demuestre que existió momentos previos a su desaparición;
> II. Que por las circunstancias de los hechos; las costumbres y hábitos de la persona de que se trate; y el tiempo transcurrido en que no se tenga noticia de ésta, se haga presumible su desaparición involuntaria;
> III. Que la persona de que se trate, hubiere tenido su domicilio, aún de manera temporal, en el Estado de Guerrero;
> IV. Que la desaparición involuntaria se le atribuya a una autoridad local o agentes de la misma; no siendo atribuible a un hecho natural.

El diverso numeral 32 establece que:

> **Artículo 32**. Podrán presentar denuncia o queja sobre la desaparición involuntaria de una persona, en los términos del artículo anterior, quienes hubieren tenido conocimiento previo de la existencia de la persona desaparecida y puedan aportar pruebas suficientes en los términos de los códigos de Procedimientos Civiles y de Procedimientos Penales del Estado, para dar debido cumplimiento a lo dispuesto en la presente Ley

Así mismo, los artículos 33 y 34 del capítulo II: del Comité para la investigación de la desaparición involuntaria de personas establece la creación del organismo facultado para conocer estos asuntos al determinar qué:

> Para conocer de los hechos, en los términos de los preceptos anteriores, la Comisión actuará a través del Comité para la Investigación de la Desaparición Involuntaria de Personas que al efecto se establezca, mismo que será presidido por el Visitador General de la Comisión, quien fungirá como Órgano Ejecutivo del Comité.
> El Comité al que se refiere el artículo anterior, se integrará por tres miembros del Consejo a invitación del Presidente de la Comisión que no sean servidores públicos. A las sesiones podrán ser convocados a informar a éste, el Secretario General de Gobierno, el Procurador General de Justicia del Estado, o las personas que éstos designen para representarlos.
> Los tres vocales ciudadanos a que se refiere el párrafo anterior, se sujetarán en su desempeño, a todas las disposiciones que rijan a los miembros del Consejo[20].

Así mismo el artículo 35 de dicho ordenamiento establece las atribuciones de dicho órgano al determinar que **"**El Comité para la Investigación de Desaparición Involuntaria de Personas se reunirá una vez al mes y tendrá las siguientes atribuciones:

> I. Recibir información de su Presidente, sobre los asuntos de desaparición involuntaria de personas, que se hayan denunciado ante la Comisión, así como las acciones que al respecto se hayan efectuado;
> II. Escuchar en el seno de sus sesiones a los denunciantes y opinar o dictar los acuerdos que al efecto se emitan;
> III. Formular las recomendaciones que correspondan, a las que por conducto del Presidente de la Comisión se dará el trámite correspondiente; IV. Las demás que sean afines a las anteriores, y que le señalen el Presidente de la Comisión, así como las que el propio Comité acuerde[21].

[20] *Ibidem*
[21] *Ibidem*

El procedimiento se instaura en el Capítulo III: del procedimiento:

> Artículo 36.- Una vez presentada y recibida cualquier denuncia o queja de desaparición involuntaria de persona, en los términos de esta Ley, se seguirá el siguiente procedimiento:
> I. Se remitirá la denuncia o queja correspondiente, a la oficina del Visitador General;
> II. El Visitador General informará al Comité de la denuncia o queja de que se trate, en la sesión más próxima;
> III. En los casos que proceda, el Visitador General, podrá promover o iniciar ante el Ministerio Público, la averiguación previa correspondiente;
> IV.- En su caso, el Visitador General, solicitará se le designe coadyuvante del Ministerio Público en los términos de la Legislación aplicable;
> V. Si los agentes de la autoridad a los que se atribuya la desaparición de alguna persona, son federales, el Visitador General declarará su incompetencia.
> VI. Sin menoscabo de lo anterior, el Visitador General podrá solicitar informes sobre la persona denunciada como desaparecida involuntariamente, a las corporaciones policiales, centros de salud, oficinas del registro civil, servicio médico forense, centros de reclusión y a las autoridades judiciales;
> VII. Podrá solicitar información, por los conductos adecuados, a otras autoridades, mismas que por sus funciones puedan aportar datos sobre la localización de la persona denunciada como desaparecida involuntariamente;
> VIII. Podrá publicar en los medios de comunicación social que se estimen pertinentes, los datos, fotografías o retratos que se hubieran elaborado, respecto de la persona denunciada como desaparecida involuntariamente, solicitando la colaboración de la sociedad para su localización;
> IX. En su caso y cuando para la localización de la persona de quien se trate, resulte necesario, el Visitador General podrá efectuar las investigaciones de campo procedentes en coordinación con las autoridades correspondientes;
> X. Hará el acopio de todas las pruebas que le sean aportadas o las que de oficio solicite, coordinándose al efecto con la

> autoridad que conforme a sus atribuciones, también deba conocer del asunto; y
> XI. Podrá realizar las demás acciones que a su juicio resulten pertinentes, las que le imponga la Ley o las que disponga el Presidente de la Comisión, o el Comité para la Investigación de Personas Desaparecidas Involuntariamente.
> Artículo 37.- Si como resultado del desahogo del procedimiento a que refiere el artículo anterior, la Comisión concluyera fehacientemente con datos que lleven a definir el paradero o destino de la persona desaparecida involuntariamente, se informará de inmediato a los interesados y si también se presumiera la comisión de algún delito o delitos, el Visitador General promoverá, o en su caso, iniciará ante el Ministerio Público, la averiguación previa respectiva para la investigación y esclarecimiento de los hechos.

Si además, hubiere elementos para identificar a los presuntos responsables de los hechos, el Visitador General hará ante el Ministerio Público, las promociones legales para que se lleve a cabo su persecución y sanción, en los términos del Código Penal, según se trate de homicidio, tortura, lesiones, privación ilegal de la libertad o cualquier otra conducta ilícita.

> Artículo 38. Las acciones, trámites, acuerdos y resoluciones que la Comisión, el Comité, o el Visitador General tomen o realicen en esta materia, no tendrán efectos jurídicos sobre las determinaciones que realice el Ministerio Público en la averiguación previa, o las resoluciones que el órgano jurisdiccional competente en su caso emita; ni sobre declaraciones de ausencia o presunción de muerte, pues no tendrán más valor que las de meras probanzas, mismas que las leyes penales o civiles les otorguen y quedarán a la valoración de la autoridad administrativa o jurisdiccional que conozca del asunto.
> Artículo 39.- La Procuraduría General de Justicia del Estado, adscribirá una agencia especializada del Ministerio Público, en materia de violación de derechos humanos y desaparición involuntaria de personas, misma que contará con los recursos y ubicación necesaria para facilitar el desempeño de sus

> funciones, y se ubicará en las instalaciones de la Comisión de Defensa de los Derechos Humanos del Estado de Guerrero[22].

El 20 de marzo de 2015 fue publicada en el Periódico Oficial No. 23 del Gobierno del Estado de Guerrero la Ley 696 de la Comisión de los Derechos Humanos del Estado de Guerrero, dejando sin efectos la anterior ley que crea la Comisión de Defensa de Los Derechos Humanos y establece el procedimiento en materia de desaparición Involuntaria de personas para el Estado De Guerrero.

La actual Ley, sí contempla el procedimiento para la investigación de desaparición forzada de personas e incluso contempla un recurso de extraordinario de exhibición de personas.

Las diferencias entre ambas leyes para lo que interesa el presente estudio estriban en que, los procedimientos en estudio no se llevan a cabo ante un juez de primera instancia, sino ante la propia Comisión de Derechos Humanos a través de una visitaduría especializada en la investigación de este tipo de hechos, la actual ley dispone de manera similar al *habeas corpus* que por conducto de la Comisión se requerirá la autoridad o servidor público estatal o municipal que sea señalada como responsable de tener privada de su libertad a una persona a fin de que la presente a la vista y se pueda constatar

[22] Ibídem.

su estado físico e integridad personal, debiendo la autoridad o servidor público, justificar la detención de quien se trate:

> Artículo 119. El recurso de exhibición de persona, tendrá el carácter de extraordinario y consiste en que cualquier persona, incluso un menor de edad, solicite ante la Comisión, a efecto de que un Visitador en su compañía, se constituya ante la autoridad o servidor público estatal o municipal que sea señalada como responsable de tener privada de su libertad a una persona, a fin de que la presente a la vista y se pueda constatar su estado físico e integridad personal, debiendo la autoridad o servidor público, justificar la detención de quien se trate, garantizando la preservación de la vida y la salud física y emocional de la misma.
> Artículo 120. Este recurso se hará valer en cualquier momento, incluso de manera oral, cuando esté en riesgo la vida y la salud tanto física como emocional de una persona.
> Artículo 121. El Visitador que conozca del Recurso de Exhibición de Persona, resolverá de inmediato su procedencia y ésta será inatacable.
> Artículo 122. Recibida la solicitud, el Visitador se trasladará personalmente al sitio en donde se denuncie está detenida una persona, a fin de dar cumplimiento a su resolución y al efecto se hará acompañar del solicitante o de quien conozca al detenido, para que establezca la identidad del presentado, así como el estado físico y emocional en que se encuentre, o se concluya que no se localizó en dicho lugar.
> Artículo 123. Para los efectos de la diligencia anterior, acudirá asistido de los peritos, personal técnico o profesional que considere necesarios a fin de certificar el estado físico y emocional en que se encuentra una persona.

El Visitador podrá solicitar ante la autoridad o servidor público, se le permita el acceso a las instalaciones, incluyendo celdas, separos, vehículos o demás lugares que a su juicio deban ser inspeccionados con el objeto de cerciorarse de la presencia o no de la persona buscada.

> Artículo 124. Si la autoridad señalada como responsable exhibiera a la persona, el Visitador de la Comisión solicitará que se ponga a disposición de la autoridad competente en los términos legales, además de pedir su no incomunicación y

> que se decreten las medidas cautelares necesarias tendientes a garantizar su vida, integridad física y psicológica.
> Artículo 125. De igual forma se requerirá a la autoridad o servidor público un informe por escrito en relación con la solicitud formulada, el cual deberá rendirse en un plazo no mayor de cuarenta y ocho horas a partir de que se le haya notificado.
> Artículo 126. El desacato a las resoluciones que emita la Comisión, en relación a este recurso, así como los informes falsos o incompletos que rindan las autoridades señaladas como responsables, se sancionará conforme a lo dispuesto por el Código Penal vigente en el estado.[23]

El Estado de Chihuahua, no prevé en la Ley de la Comisión Estatal de Derechos Humanos, mecanismo alguno similar al *habeas corpus* únicamente dispone lo siguiente dentro de las disposiciones generales:

> Artículo 25. Cualquier persona podrá denunciar presuntas violaciones a los derechos humanos y acudir ante las oficinas de la Comisión Estatal para presentar, ya sea directamente o por medio de representante, quejas contra dichas violaciones[24].

Cuando los interesados estén privados de su libertad o se desconozca su paradero, los hechos se podrán denunciar por los parientes o vecinos de los afectados, inclusive por menores de edad.

Existe una figura que se le pretendió dar un formato casi similar al *habeas corpus* dentro de los códigos de procedimientos penales tanto a nivel federal como estatales en

[23] LEY número 696 de la Comisión de los Derechos Humanos del Estado de Guerrero, publicada en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado No. 23, el Viernes 20 de Marzo de 2015

[24] LEY de la Comisión Estatal de Derechos Humanos para el Estado de Chihuahua, última reforma publicada mediante Decreto No. 455-2014 II P.O., publicada el 11 de junio de 2014

el que se prevé realizar un análisis de la detención por parte del juzgador respecto de la detención llevada a cabo por agentes de los cuerpos de seguridad, esta figura se le denomina control de detención.

V. El control de detención

Para Hermosillo Arriagada, la detención es la "aprehensión material de una persona, a la que se priva temporalmente de su libertad ambulatoria, con el sólo objeto de ser puesta a disposición del juez competente en el más breve plazo"[25].

La detención, en un sentido amplio, puede ser definida como toda privación de la libertad ambulatoria de una persona, distinta de la prisión provisional o de la ejecución de una pena privativa de libertad, ejecutada bajo invocación de un fin previsto y permitido por el ordenamiento jurídico[26]

La detención, como medida cautelar personal, es aquella en virtud de la cual se priva de libertad a una persona a quien se le imputa la comisión de un delito, por un breve lapso de tiempo, con la exclusiva finalidad de ponerla a disposición del tribunal, con el objeto de asegurar su comparecencia a algún acto del procedimiento[27].

[25] HERMOSILLO ARRIAGADA Germán, *El Nuevo Proceso Penal, Formalización, salidas alternativas, medidas cautelares, conclusión de la investigación, preparación del juicio oral, Tomo III,* Segunda edición, Editado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Central de Chile, Chile, 2004, p. 65.

[26] HORVITZ LENNON María I., *Derecho procesal chileno, Tomo I, principios, sujetos procesales, medidas cautelares, etapa de investigación,* Editorial Jurídica de Chile, Chile; 2002, pp. 362-363.

[27] Ibíd, p. 364.

Los artículos 159 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Chihuahua vigente en 1987, así como los párrafos quinto y sexto del numeral 134 del Código Federal de Procedimientos Penales preveían que: al recibir una consignación con detenido, el juez revisará de inmediato si fue privado de libertad con apego a las exigencias de fondo prescritas por las normas constitucionales y, de no ser así, ordenará su libertad con la reserva de proceder otra vez en su contra. En caso contrario emitirá auto irrecurrible que ordene la prosecución del trámite.

En la *exposición de motivos de la reforma constitucional de junio de 2008*, se planteó como tema fundamental el que cuando una persona es detenida por las autoridades, sea conducida sin demora ante juez para que éste verifique cómo fue tratada, en presencia del Ministerio público y del defensor, así como que las personas que sean detenidas no puedan ser custodiadas por quien tenga a su cargo la persecución penal, y, enseguida, que el primer punto de contacto entre detenidos y jueces tenga lugar como máximo hasta veinticuatro horas después de la detención[28], en una audiencia de control, de la siguiente forma:

[28] CONGRESO DE LA UNIÓN; *Cuaderno de apoyo de la reforma Constitucional en Materia de Justicia Penal y Seguridad Pública (Proceso Legislativo)* 18 de junio de 2008; México; 2008; p.11, visible en: http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/archivo/SAD-07-08.pdf, consultado el 27 de julio de 2015.

Es fundamental que cuando una persona es detenida por las autoridades, sea conducida sin demora ante juez para que éste verifique cómo fue tratada, en presencia del fiscal y del defensor. Hoy en día, lo que ocurre, es que una persona es conducida a los separos de los Ministerios Públicos, en donde permanece detenida hasta 48 horas, expuesta a malos tratos que, según la estadística disponible, ocurren en 33% de los casos. Después, cualquier detenido en México será llevado a un reclusorio, y presentado ante los secretarios de un juez, hasta cinco días después de la detención.

Los países de América Latina, que han establecido con mayor éxito reformas al proceso penal, prohibieron que haya personas detenidas en el Ministerio Público.

También han optado por conducir a las personas detenidas a una audiencia de control de detención dentro de un plazo de 24 horas. Por esta razón, proponemos que las personas que sean detenidas no puedan ser custodiadas por quien tenga a su cargo la persecución penal, y, enseguida, que el primer punto de contacto entre detenidos y jueces tenga lugar como máximo hasta 24 horas después de la detención, en la denominada "audiencia de control de la detención".

Esta audiencia sería el punto de revisión más frecuente e importante para controlar la actividad inicial de la Policía y Ministerios Públicos.

En México, las audiencias que más se parecen a aquéllas, las denominadas de "declaración preparatoria" son meros formalismos que tienen lugar hasta cinco días después de

que una persona es detenida. Estos encuentros, por sus características, nunca ponen al acusado en condiciones de expresar cómo fue tratado por las autoridades o de enterarse con claridad de sus derechos.

Considerando que la mayoría de los delitos que llegan a esta etapa son hurtos menores, resulta fundamental que, para recuperar la confianza ciudadana, en nuestro país ese primer contacto con los jueces ocurra a la brevedad y que entregue una imagen de calidad y profesionalismo en el trato[29].

Para Horvitz Lennon el control de detención es la primera audiencia judicial del detenido, que se celebra en el momento en que éste es puesto a disposición del juez que ordenó su detención.

La audiencia de control de la detención debiera iniciarse con la verificación, de oficio, por parte del juez de garantía, de que se ha dado cumplimiento al deber de información de derechos al detenido […] y de que se han respetado las normas legales que establecen sus derechos y garantías, dejando constancia en los respectivos registros.[30]

Esta situación viene contemplada en los siguientes ordenamientos jurídicos dentro del artículo décimo sexto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en los párrafos terceros, cuarto, quinto y séptimo:

[29] *Ibidem*, p. 45-46
[30] HORVITZ LENNON; op. cit.;(coma en vez de punto y coma), pp. 387-388.

> No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querella de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión. La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculpado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal. Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Existirá un registro inmediato de la detención […] En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley".[31]

Así mismo el Código Nacional de Procedimientos Penales contempla en su artículo 308 el Control de legalidad de la detención:

> Inmediatamente después de que el imputado detenido en flagrancia o caso urgente sea puesto a disposición del Juez de control, se citará a la audiencia inicial en la que se realizará el control de la detención antes de que se proceda a la formulación de la imputación. El Juez le preguntará al detenido si cuenta con Defensor y en caso negativo, ordenará que se le nombre un Defensor público y le hará saber que tiene derecho a ofrecer datos de prueba, así como acceso a los registros. El Ministerio Público deberá justificar las razones de la detención y el Juez de control procederá a calificarla, examinará el cumplimiento del plazo constitucional de retención y los requisitos de procedibilidad, ratificándola en caso de encontrarse ajustada a derecho o decretando la libertad en los términos previstos en este Código. Ratificada la detención en flagrancia o caso urgente, y cuando se hubiere ejecutado una orden de aprehensión, el imputado permanecerá detenido durante el desarrollo de la audiencia inicial, hasta en tanto no se resuelva si será o no sometido a

[31] CONSTITUCIÓN Política de los Estados Unidos Mexicanos última reforma publicada el 10 de julio de 2015

> prisión preventiva, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior. En caso de que al inicio de la audiencia el agente del Ministerio Público no esté presente, el Juez de control declarará en receso la audiencia hasta por una hora y ordenará a la administración del Poder Judicial para que se comunique con el superior jerárquico de aquél, con el propósito de que lo haga comparecer o lo sustituya. Concluido el receso sin obtener respuesta, se procederá a la inmediata liberación del detenido.

Y el diverso artículo 145 determina:

> Artículo 145. Ejecución y cancelación de la orden de comparecencia y aprehensión: La orden de aprehensión se entregará física o electrónicamente al Ministerio Público, quien la ejecutará por conducto de la Policía. [32]

Los agentes policiales que ejecuten una orden judicial de aprehensión pondrán al detenido inmediatamente a disposición del Juez de control que hubiere expedido la orden, en área distinta a la destinada para el cumplimiento de la prisión preventiva o de sanciones privativas de libertad, informando a éste acerca de la fecha, hora y lugar en que ésta se efectuó, debiendo a su vez, entregar al imputado una copia de la misma.

Los agentes policiales deberán informar de inmediato al Ministerio Público, sobre la ejecución de la orden de aprehensión para efectos de que éste solicite la celebración de la audiencia inicial a partir de la formulación de imputación.

Los agentes policiales que ejecuten una orden judicial de comparecencia pondrán al imputado inmediatamente a

[32] CÓDIGO Nacional de Procedimientos Penales última reforma publicada el 29 de diciembre de 2014

disposición del Juez de control que hubiere expedido la orden, en la sala donde ha de formularse la imputación, en la fecha y hora señalada para tales efectos. La Policía deberá informar al Ministerio Público acerca de la fecha, hora y lugar en que se cumplió la orden, debiendo a su vez, entregar al imputado una copia de la misma.

Cuando por cualquier razón la Policía no pudiera ejecutar la orden de comparecencia, deberá informarlo al Juez de control y al Ministerio Público, en la fecha y hora señaladas para celebración de la audiencia inicial. El Ministerio Público podrá solicitar la cancelación de una orden de aprehensión o la reclasificación de la conducta o hecho por los cuales hubiese ejercido la acción penal, cuando estime su improcedencia por la aparición de nuevos datos.

La solicitud de cancelación deberá contar con la autorización del titular de la Procuraduría o del funcionario que en él delegue esta facultad. El Ministerio Público solicitará audiencia privada ante el Juez de control en la que formulará su petición exponiendo los nuevos datos; el Juez de control resolverá de manera inmediata.

La cancelación no impide que continúe la investigación y que posteriormente vuelva a solicitarse orden de aprehensión, salvo que por la naturaleza del hecho en que se funde la cancelación, deba sobreseerse el proceso. La cancelación de la orden de aprehensión podrá ser apelada por la víctima o el ofendido.

A continuación, se expone lo previsto en el Código de procedimientos penales para el estado de Chihuahua en su artículo 168, respecto a la Audiencia de Control de Detención que determina que:

> Inmediatamente después de que el imputado detenido en flagrancia o caso urgente sea puesto a disposición del Juez de Garantía, éste deberá convocar a una audiencia en la que le informará de sus derechos constitucionales y legales si no se le hubiese informado de los mismos con anterioridad y procederá a calificar la detención, ratificándola en caso de encontrarse ajustada a la ley o decretando la libertad con las reservas de ley, en caso contrario. A esta audiencia deberá concurrir el Ministerio Público, quien deberá justificar ante el Juez los motivos de la detención. La ausencia del Agente del Ministerio Público en la audiencia dará lugar a que sea suspendida, en tanto el administrador del Tribunal informa inmediatamente al superior jerárquico para que lo sustituya por otro agente, quien dispondrá del tiempo estrictamente necesario para que se imponga del asunto y se reanude la audiencia.
>
> Asimismo, deberá informar de lo anterior a la víctima, ofendido o al acusador coadyuvante, sin perjuicio de que se apliquen las sanciones administrativas o penales a que haya lugar.
>
> Cuando el imputado ha sido aprehendido después de habérsele formulado la imputación, el Juez convocará a una audiencia inmediatamente después de que aquél ha sido puesto a su disposición, en la que, a solicitud del Ministerio Público, podrá revocar, modificar o sustituir la medida cautelar decretada con anterioridad.
>
> Si la convalida, y en caso de nombramiento de nuevo defensor, proveerá lo relativo a que éste se informe del contenido de la carpeta de investigación, y una vez que esto ocurra, procederá a llevar a cabo la audiencia de la manera señalada en el párrafo tercero del artículo 275 de este Ordenamiento. El defensor podrá impugnar, en este caso, la inconstitucionalidad de la detención del imputado.
>
> Si no la convalida, dispondrá de inmediato la libertad del imputado, a quien solicitará que señale domicilio donde pueda ser localizado y, en su caso, designe defensor. Además lo

> convocará para que asista a la audiencia en la que se le formulará imputación, tendrá oportunidad de rendir declaración y en la que, de ser oportuno, se decidirá sobre la vinculación a proceso. Una vez controlada la legalidad de la detención, si el imputado no está en condiciones de que se lleve a cabo la formulación de imputación en los términos del artículo 274 del presente Código, el Juez de Garantía dispondrá las medidas de vigilancia que estime convenientes para evitar que se sustraiga de la acción de la justicia, hasta en tanto se pueda desarrollar aquélla; decretando la suspensión del procedimiento[33].

En el mismo tenor, el artículo 161 alude a la llamada detención por orden judicial, que se actualiza, siguiendo el tenor constitucional, cuando exista denuncia o querella, de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión, y la comparecencia del mismo pudiera verse demorada o dificultada, el Juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá ordenar la aprehensión del imputado para ser conducido a su presencia, sin previa citación, a fin de formularle la imputación[34].

También se decretará la aprehensión del imputado cuando habiendo sido legalmente citado, no comparece sin causa justificada.

Los agentes policiales al ejecutar una orden de aprehensión deben informar al imputado respecto de las razones de su detención y deben conducirle sin demora ante el Juez de Garantía respectivo, quien señalará fecha para la audiencia de formulación de imputación.

---

[33] CÓDIGO de procedimientos penales para el estado de Chihuahua última reforma publicada mediante Decreto No. 598-2014 I P.O. en fecha 19 de noviembre de 2014.

[34] *Ibidem*

En síntesis el control que ejerce un juez de garantías, para que pueda ser calificada de legal la detención que recaiga sobre persona determinada, debe cumplir los siguientes requisitos:

- Que la persona haya sido detenida en flagrancia o caso urgente
- Que una vez en caso de que la persona imputada haya sido detenida por parte de los agentes de corporaciones de seguridad pública distintas de la policía ministerial, la Representación Social, dentro de las siguientes 48 horas, la ponga a disposición del Juez de garantías.
- En caso de que haya sido detenida la persona por parte de elementos de la policía ministerial, las 48 horas para su puesta a disposición al juez de control, empezarán a contar a partir de que haya sido detenida la persona, pues conforme al artículo 21 de la Constitución Federal, este cuerpo policiaco actúa bajo la dirección y mando del ministerio Público, por tanto desde el momento de su detención se encuentran a disposición del Ministerio Público por conducto de los policías ministeriales.

Una vez que el imputado haya sido puesto a disposición del Juez de Garantía, éste debe citar a una audiencia en la que informará a este de sus derechos constitucionales y legales, en caso de que no se le hubiesen dado a conocer con anterioridad y procederá a calificar la detención, para lo cual deberá tomar en consideración:

> a) Fecha y hora de la detención y de la puesta a disposición al Ministerio Público por parte de los agentes captores, donde se incluyan aspectos tales como: el relato y justificación del tiempo que transcurrió entre la detención y su puesta a disposición ante la autoridad investigadora, la certificación médica que haga constar que la persona detenida no fue lesionada ni sufrió tortura o coacción alguna desde el momento de su detención hasta su consignación ante la Representación Social

> b) Fecha y hora de la consignación ante el Juez de Control.
> d) Los hechos que narren las circunstancias de modo, tiempo y lugar que motivaron la detención
> e) Que esos hechos encuadren en la hipótesis normativa que los prevea como delito y que este sea sancionado con pena privativa de libertad
> f) Que en base a los hechos señalados existan indicios suficientes para considerar que la persona detenida intervino en los hechos delictivos
> g) Que la detención haya sido llevada a cabo respetándose los derechos fundamentales.
> h) En base a todo lo anterior el juez decidirá si la detención fue legal o decretando la libertad con las reservas de ley, en caso contrario. [35]

Como puede apreciarse, la figura de control de detención, verifica si la persona fue detenida conforme a derecho, pero únicamente en el supuesto de persona detenida en supuestos de flagrancia o cuasi flagrancia, no así cuando la persona fue detenida en cumplimiento de una orden de aprehensión, la que es emitida por una autoridad jurisdiccional en el ámbito de su competencia (Juez de Control o Garantías; Juez de Tribunal Oral; Magistrado de Sala Penal).

La detención, como medida cautelar personal, es aquella en virtud de la cual se priva de libertad a una persona a quien se le imputa la comisión de un delito, por un breve lapso de tiempo, con la exclusiva finalidad de ponerla a disposición del

[35] MINISTERIO PÚBLICO. EL TÉRMINO DE CUARENTA Y OCHO HORAS QUE PREVÉ EL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, PARA QUE RESUELVA LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL INDICIADO APREHENDIDO EN FLAGRANCIA, INICIA A PARTIR DE QUE ÉSTE ES PUESTO A SU DISPOSICIÓN, Tesis: 1a./J. 46/2003; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Novena Época; Tomo XIX; Enero de 2004; p. 90, No. de registro IUS: 182373.

tribunal, con el objeto de asegurar su comparecencia a algún acto del procedimiento[36].

El control de la detención, no sólo debe ser para verificar las condiciones en que fue privado de su libertad una persona por parte de agentes de cuerpos de seguridad pública en flagrante delito, pues no porque la orden haya sido emitida por un funcionario judicial, que consideró en un primer estudio que se acreditaba la existencia de un delito, la probabilidad de que la persona intervino en su comisión y que en su caso se ve demorada su presencia ante dicha autoridad[37], no deba revisarse si dicha detención se realizó en apego irrestricto de los derechos fundamentales de la persona detenida, previstos y reconocidos tanto por nuestra Constitución, los Tratados internacionales y la legislación secundaria, cuestión que debe revisarse por parte del juzgador al poner a su disposición a un detenido, pues en caso de existir una violación a los derechos fundamentales o básicos de la persona imputada, el juez debe calificar de ilegal la detención decretada en su contra, esto lo consideramos así pues:

[36] HORVITZ LENNON; op. cit., p. 364.

[37] Artículo 161. Detención por orden judicial.
Cuando exista denuncia o querella, de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión, y la comparecencia del mismo pudiera verse demorada o dificultada, el Juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá ordenar la aprehensión del imputado para ser conducido a su presencia, sin previa citación, a fin de formularle la imputación.

a) Debe justificarse por parte de la autoridad que haya detenido a la persona que haya sido en virtud de una orden dictada por un juez competente

b) Debe justificarse fecha y hora de la puesta a disposición de la persona detenida ante el Juez de Control, ello porque tanto el artículo 16 de la Constitución Federal así como el último párrafo del numeral 161 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Chihuahua, exigen que una vez ejecutada la orden de aprehensión informarán al imputado las razones de su detención y lo conducirán sin dilación alguna ante el Juez de Garantía, quien convocará de inmediato a la audiencia de formulación de imputación, cualquier contravención a ello será sancionado por las leyes penales.

c) La certificación médica que haga constar que la persona detenida no fue lesionada ni sufrió tortura o coacción alguna desde el momento de su detención hasta su consignación ante el Juez que ordenó su aprehensión

c) En cuanto a que los hechos describan las circunstancias de modo, tiempo y lugar que motivaron la detención, así como el que esos hechos encuadren en la hipótesis normativa que los prevea como delito y que este sea sancionado con pena privativa de libertad, además del señalamiento mediante el cual se considere que la persona detenida intervino en los hechos delictivos, estos extremos quedan acreditados dentro

del cuerpo de la orden de aprehensión[38], por lo que dichos extremos no serían estudiados por parte del juez ante el que se formule imputación.

g) Que la detención haya sido llevada a cabo respetándose los derechos fundamentales, previstos por la Constitución, los tratados internacionales y las leyes que los prevean.

h) En base a todo lo anterior el juez decidirá si la detención es calificada de legal (al acreditarse los elementos anteriormente descritos) o decretando la libertad con las reservas de ley, en caso contrario.

VI. Propuestas legislativas

Se considera necesario que se realice una reforma integral tanto a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Código Nacional de Procedimientos Penales como Código de Procedimientos Penales vigente para el Estado de Chihuahua, en la que se incluya el control de detención por parte de la autoridad jurisdiccional no sólo en el supuesto de persona detenida en flagrante delito, sino además que dicho análisis sea llevado a cabo cuando una persona sea presentada ante el juez de control al haberse ejecutado una orden de aprehensión en su contra, proponiendo que la redacción de los artículos quede de la siguiente forma:

[38] Ídem.

El artículo 16 de la Constitución mexicana, determina en su parte conducente que

> […] La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculpado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad.

Proponemos la adición e icho numeral en los siguientes términos:

> *El juez ante quien se ponga a su disposición a la persona detenida por orden de aprehensión, deberá verificar que la detención llevada a cabo en su contra sea en respeto a los derechos humanos reconocidos por esta Constitución, los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte en términos del artículo primero de esta Constitución. La contravención a lo anterior tendrá como consecuencia que el juzgador pueda dejar sin efectos la detención e inclusive prescindir de toda medida cautelar, independientemente de las sanciones que sean señaladas por la ley penal.*

En el Código Nacional de Procedimientos Penales se encuentra contemplado en el artículo 145, que lleva el rubro de: Ejecución y cancelación de la orden de comparecencia y aprehensión, dicho numeral determina que la orden de aprehensión se entregará física o electrónicamente al Ministerio Público, quien la ejecutará por conducto de la policía, esta a su al ejecutarla pondrá al detenido inmediatamente a disposición del Juez de control que hubiere expedido la orden, en área distinta a la destinada para el cumplimiento de la prisión preventiva o de sanciones privativas de libertad, e informará al juzgador de la fecha, hora y lugar en que ésta cumplimentó, debiendo a su vez, entregar al imputado una copia de la misma.

Se propone la reforma de dicho numeral bajo el siguiente tenor:

> *El juez ante quien se ponga a su disposición a la persona detenida por orden de aprehensión, deberá verificar que la detención llevada a cabo en su contra sea en respeto a los derechos humanos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte en términos del artículo primero de la Constitución. La contravención a lo anterior tendrá como consecuencia que el juzgador pueda dejar sin efectos la detención e inclusive prescindir de toda medida cautelar, independientemente de las sanciones que sean señaladas por la ley penal.*

Los agentes policiales deberán informar de inmediato al Ministerio Público sobre la ejecución de la orden de aprehensión para efectos de que éste solicite la celebración de la audiencia inicial a partir de la formulación de imputación.

Los agentes policiales que ejecuten una orden judicial de comparecencia pondrán al imputado inmediatamente a disposición del Juez de control que hubiere expedido la orden, en la sala donde ha de formularse la imputación, en la fecha y hora señalada para tales efectos.

La Policía deberá informar al Ministerio Público acerca de la fecha, hora y lugar en que se cumplió la orden, debiendo a su vez, entregar al imputado una copia de la misma[39].

Así mismo en el Código de procedimientos penales para el estado de Chihuahua, se contempla en los artículos:

> Artículo 161. Detención por orden judicial: Cuando exista denuncia o querella, de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que

[39] CÓDIGO Nacional de Procedimientos Penales última reforma publicada el 29 de diciembre de 2014

> exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión, y la comparecencia del mismo pudiera verse demorada o dificultada, el Juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá ordenar la aprehensión del imputado para ser conducido a su presencia, sin previa citación, a fin de formularle la imputación.

También se decretará la aprehensión del imputado que legalmente citado, no compareciere sin causa justificada, siempre y cuando se reúnan los requisitos previstos en el párrafo anterior, salvo el último de los ahí mencionados.

Los agentes policiales que ejecuten una orden judicial de aprehensión informarán al imputado las razones de su detención y lo conducirán sin dilación alguna ante el Juez de Garantía, quien convocará de inmediato a la audiencia de formulación de imputación.

A lo anterior es pertinente reformar el numeral en cita para quedar en los siguientes términos:

> *El juez ante quien se ponga a su disposición a la persona detenida por orden de aprehensión, deberá verificar que la detención llevada a cabo en su contra sea en respeto a los derechos humanos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte en términos del artículo primero de la Constitución. La contravención a lo anterior tendrá como consecuencia que el juzgador pueda dejar sin efectos la detención e inclusive prescindir de toda medida cautelar, independientemente de las sanciones que sean señaladas por la ley penal.*[40]

[40] CÓDIGO de procedimientos penales para el estado de Chihuahua, última reforma publicada mediante Decreto No. 598-2014 I P.O. en fecha 19 de noviembre de 2014.

VII. Conclusiones

Estas propuestas se consideran viables para cumplir con lo dispuesto por el artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en cuanto a que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte 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, pues de esta manera se pretende brindar protección a los derechos fundamentales de toda persona detenida aun y cuando sea por orden de aprehensión emitida por un juez competente, pues ello no constituye un dogma jurídico, pues debe ser sujeto a control y verificarse que la detención de toda persona sea llevada a cabo con irrestricto apego a los derechos humanos de que goza toda persona .

Esto conlleva a que, una vez llevada a cabo esta reforma se capacite a los operadores jurídicos (Magistrados, Jueces, Ministerios Públicos, Defensores y abogados) para que esta reforma sea implementada de manera adecuada y que no se convierta en un medio dilatorio para que una persona que sea

señalada como posible interviniente en un hecho que la ley señala como delito, quede impune, pero además que un acto de molestia como lo es la privación de la libertad por orden de aprehensión, sea controlado por un juzgador, quien no solo por mandato de ley, sino que constitucionalmente y desde la perspectiva internacional de los derechos humanos debe ejercer un control *ex officio* y verificar que la detención de la persona imputada haya sido llevada a cabo en respeto a los derechos fundamentales o básicos de que goza toda persona.

VIII. Fuentes de consulta

Bibliográficas

DEL CASTILLO DEL VALLE, Alberto; Primero curso de amparo; Octava edición; Ediciones Jurídicas Alma, S.A. de C.V.; México; 2007.

DE PINA, Rafael, Diccionario de Derecho, Editorial Porrúa S. A., México, 1965.

RUIZ TORRES Humberto E., Curso general de amparo, Ed. Oxford University Press, México, 2007.

RUIZ TORRES, Humberto E., Diccionario del Juicio de amparo, Oxford University Press México, México, 2005,

STEINER, Christian / URIBE, Patricia (Coordinadores), Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2014

Electrónicas

CONGRESO DE LA UNIÓN; Cuaderno de apoyo de la reforma Constitucional en Materia de Justicia Penal y Seguridad Pública (Proceso Legislativo) (18 de junio de 2008), México, 2008, http://www.diputados.gob. mx/ sedia/biblio/archivo/SAD-07-08.pdf, consultado por última vez: 27 de julio de 2015.

HERMOSILLO ARRIAGADA, Germán; El Nuevo Proceso Penal, Formalización, salidas alternativas, medidas cautelares, conclusión de la investigación, preparación del juicio oral, Tomo III, Segunda edición, Editado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Central de Chile, Chile, 2004, consultado por última vez: 27 de julio de 2015.

HORVITZ LENNON; María I., Derecho procesal chileno, Tomo I, principios, sujetos procesales, medidas cautelares, etapa de investigación; Editorial Jurídica de Chile, Chile, consultado por última vez: 27 de julio de 2015.

Ley de Habeas Corpus de 1679, disponible en: http://timerime.com/es/evento/1028451/La+Ley+de+Habeas+Corpus+de+1679/, consultado por última vez: 27 de julio de 2015.

Jurisprudenciales

Tesis: 1a./J. 46/2003; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Novena Época; Tomo XIX; Enero de 2004; p. 90.

4) Legislativas

CONSTITUCIÓN Política de los Estados Unidos mexicanos

CÓDIGO Nacional de Procedimientos Penales

CÓDIGO de Procedimientos Penales para el Estado de Chihuahua

CÓDIGO de Procedimientos Penales para el Estado de Chihuahua vigente en 1987

LEY de la Comisión Estatal de Derechos Humanos de Aguascalientes

LEY Orgánica de la Comisión de Derechos Humanos de Colima

LEY que crea la Comisión de Defensa de los Derechos Humanos y establece el Procedimiento en materia de Desaparición Involuntaria de Personas para el Estado de Guerrero

LEY de la Comisión Estatal de Derechos Humanos para el Estado de Chihuahua

28 U.S. Code

UNA VISIÓN DEL DERECHO COMPARADO EN CUANTO AL PROBLEMA DEL ESTADO PARA LA PROTECCIÓN DE LA SALUD Y SU ADECUADA REGULACIÓN

Héctor Sánchez Castruita [1]

"Si alguien busca la salud, pregúntale si está dispuesto a evitar en el futuro las causas de la enfermedad; en caso contrario, abstente de ayudarle".

Sócrates

SUMARIO: I.-Introducción. II. Una Visión del Derecho Comparado en la protección de la salud; 2.1 Colombia; 2.2 Chile; 2.3 Perú; 2.4 Monarquía Parlamentaria de España; 2.5 Consideraciones del derecho humano a la salud en México III. Conclusiones. IV. Fuentes de información

Resumen

El artículo busca evidenciar la responsabilidad del estado, sus límites no solo jurídicos sino también presupuestales que inciden en la adecuada prestación de los servicios de salud pública, todos los obstáculos que el derecho en estudio puede encontrar y muy en particular pretende evidenciar la realidad del *status quo* en materia de esa salud pública en México y para ello se apoya de un análisis jurídico comparativo con países como Colombia, Perú, Chile y España, para llevar al lector hacia la realidad mexicana y sus retos en prospectiva.

[1] Maestro de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chihuahua, Maestro en Finanzas por la Facultad de Contaduría y Administración, candidato a grado de Doctor en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chihuahua.

Palabras Clave Derecho a la salud, derecho comparado, estado, regulación, protección.

Abstract

The article seeks to demonstrate the responsibility of the State, its limits not only legal but also budget that affect the proper provision of public health services. All obstacles to the right to study can be found and particularly aims to demonstrate the reality of the status quo in that public health in Mexico. For search, the paper is sustain from a comparative legal analysis with countries like Colombia Peru, Chile and Spain, to carry to examine into the Mexican reality and its challenges in foresight.

Key Words Right to health, comparative, State law, regulation, protection

I. Introducción.

Comentar sobre el derecho a la salud en México requiere, desde nuestro punto de vista, exponer primeramente algunas consideraciones teóricas; que nos permitan comprender a los llamados "derechos sociales", dado que la salud, como derecho fundamental, se encuentra inmersa en el contenido esencial de estos derechos tal como lo establece el art 4º Constitucional, que consagra el derecho humano a la salud, el cual, se traduce en la obligación del Estado de garantizar el disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfaga las necesidades de la población.

En México debemos tomar en cuenta la diversidad de población que tiene acceso a los servicios de salud, tomando basándonos en el índice de pobreza que va en aumento, y el

Estado mexicano debe buscar los mecanismos para obtener el ingreso suficiente para mantener el sistema de salud y mejorarlo para hacerlo más eficiente y llegue a la mayoría de la población que no cuenta con seguridad social.

Esta investigación tiene como finalidad estudiar al Sistema Nacional de Salud, y hacer una comparación con los sistemas de salud de Latinoamérica en especial, Colombia, Perú, Chile y España, esto nos permite ubicar la realidad de nuestro país en cuanto a la prestación de los servicios de salud.

El tener una visión sobre la prestación de los servicios de salud su eficacia y calidad comparar cuanto le dedica el Estado mexicano desde el punto del PIB (Producto interno bruto) a los servicios de salud con los demás países de Latinoamérica y España.

Las diversas legislaciones nos dan una perspectiva de cómo se protege el derecho a la salud y nos permite, hacer una comparación para saber cómo nos encontramos desde el punto de vista del Derecho Comparado.

II. Una Visión del Derecho Comparado en la protección de la salud

Resulta esencial al introducirnos en el tema, establecer la concepción que se le da, al derecho materia de nuestro estudio,

como Derecho de Protección a la Salud[2], que de acuerdo a Moctezuma Barragán es: "[…] el sistema de normas jurídicas de derecho social que regula los mecanismos para garantizar la protección de la salud como bien supremo del hombre, a través de la delimitación del campo de la actividad gubernamental, con la finalidad de que sirva de medio para obtener justicia social."[3]

La Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos establece que la piedra angular de los derechos humanos viene siendo el principio de la universalidad en el ámbito internacional:

> Este principio, tal como se destacara inicialmente en la Declaración Universal de Derechos Humanos, se ha reiterado en numerosos convenios, declaraciones y resoluciones internacionales de derechos humanos. En la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993, por ejemplo, se dispuso que todos los Estados tenían el deber, independientemente de sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.[4]

Tomando en cuenta lo anterior, debemos señalar que lo primordial para garantizar el derecho a la salud, es que el Estado mexicano, como signatario de diversos tratados entre ellos el que se señaló, está obligado a proporcionar con eficacia los

[2] Ello en virtud de que ha sido concebido como Derecho de la Salud, Derecho a la Salud y Derecho a la protección de la salud, diferenciándolos la doctrina jurídica.

[3] MOCTEZUMA BARRAGÁN, Gonzalo, "*Derechos de los Usiarios de los Servicios de Salud*", Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2000, PÁG. 17

[4] Universal Declaration of Human Rights (Declaración Universal de los Derechos Humanos), disponible en http://www.ohchr.org/SP/ Issues/ Pages/ UDHRIndex.aspx, ultima vez consultado el día 1 de septiembre de 2015.

servicios de salud, lo cual está en estrecha relación con el control que el Gobierno imprima a los mismos.

Esto lleva implícito el de garantizar la calidad en los servicios de salud como medio para proteger y hacer efectivo el derecho a la salud, el Estado debe promover las acciones necesarias para alcanzar esa consumación. Estas acciones comprometen al desarrollo de políticas públicas y auténticas para hacer efectivo el derecho a la salud y el establecimiento de controles que le permitan afianzarlos y obtener la certeza de su correcta aplicación.

Como punto esencial, se anotará la manera exacta en que este derecho humano a la salud se encuentra consagrado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 4º, que en lo conducente dice: "Toda persona tiene derecho a la protección de salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución."[5]

Las diversas legislaciones nos dan una perspectiva de cómo se protege el derecho a la salud y nos permite, hacer una comparación para saber cómo nos encontramos desde el punto de vista del Derecho Comparado; es to es, tener una visión

[5] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, artículo 4, párrafo adicionado DOF 03-02-1983.

sobre la prestación de los servicios de salud su eficacia y calidad y comparar el monto que le dedica el Estado mexicano a los servicios de salud desde el punto del PIB (Producto interno bruto), en correlación con los demás países de Latinoamérica y España.

Como consecuencia de ello analizaremos varios países que estimamos pueden proporcionarnos mayor claridad para los fines perseguidos.

2.1 Republica de Colombia.

Realizaremos el estudio de la legislación y los recursos frecuentemente utilizados en esta Nación por ser de especial atención para nuestro estudio por las similitudes y aportaciones que pueden abonar al panorama mexicano, Macchi Céspedes nos explica que:

> En 1993 se implantó en Colombia una reforma del sistema de salud está fundamentada moralmente en la doctrina liberal y orientada a incrementar los mecanismos del mercado en el sector salud. Aunque la reforma se promovió como un mecanismo necesario para resolver los problemas del sector y especialmente para atenuar las inequidades que golpeaban con mayor fuerza a los más pobres, esta promesa no se cumplió y algunas inequidades incluso se acentuaron. Hoy en día, la posibilidad de que un paciente presente una queja sobre la atención médica es mayor cuando se presenta un daño. Pero si no se presente el daño, los pacientes conocen cada vez más sus posibilidad de hacer un reclamo. Se debe tener en cuenta que sus razones no son siempre basadas en la buena fe y esto en un país en crisis se puede presentar con alguna frecuencia. Se plantea también si con el porcentaje cada vez creciente de las acciones de tutela instauradas por los usuarios para invocar la protección al derecho fundamental a la

> salud, se ha convertido en un mecanismo alterno de acceso a servicios y si, en tal caso, sería éste el procedimiento adecuado para asegurar el cumplimiento de los principios que orientan su ejercicio, sobre todo los que hacen referencia a la universalidad y a la protección integral del derecho a la salud.[6]

En los términos del artículo 86 Constitución Política de la República de Colombia de 1991, se señala:

> Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.[7]
>
> Así mismo la legislación colombiana determina que la anteriormente mencionada acción de tutela podrá ser interpuesta ante cualquier juez de la República.

En el plano de los tratados internacionales, dentro de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el artículo XI se fija el derecho a la preservación de la salud y al bienestar bajo el siguiente tenor:

> Artículo XI […]
> Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia

[6] MACCHI CÉSPEDES, Fray Erico Juan, "La Salud En Colombia. ¿Cuestión de Vida o de Derecho?", *Revista Principia Iuris*, Colombia, No.14, Febrero, 2010, pp. 193- 208.
[7] Constitución Política de la República de Colombia, 1991, artículo 86, Última modificación 27/12/2012

> médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.[8]

Este instrumento se considera como un referente a nivel latinoamericano, en virtud de ser el primer tratado del sistema regional de los derechos humanos en el continente, que dignifica a la persona humana, con el propósito de alcanzar un auténtico progreso espiritual y material y en consecuencia su felicidad.

En esta declaración se establece no solo la protección de los derechos esenciales, que se consagran en todo el mundo, sino que también se cimientan, las obligaciones del hombre ante la instituciones públicas del gobierno y frente a la sociedad civil, además, ante otros seres humanos, si observamos detenidamente el documento deja la posibilidad de exigir no solo al administración pública sino también a los particulares.

Lo esencial en la declaración es que cuando se reconoce, un derecho a todo ser humano, persona física titular de derechos y obligaciones, no distingue nacionalidad, alude a los titulares de los derechos naturales o fundamentales, con independencia de su lugar de origen, en cualquier estado o país se protegen las prerrogativas de los seres humanos.

Estas ideas en Europa aparecen en el siglo XX con excepción de la Carta magna de Suiza de 1884 que por primera vez confirmó los derechos humanos, como garantías tutelares del ser humano; sin dejar de reconocer que el parteaguas en la

[8] Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia. Fecha de adopción: 2 de mayo de 1948, artículo XI.

materia lo constituyen sin duda alguna los precedentes de los logros alcanzados en Inglaterra y Francia ésta última a través de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en la Ciudad de Nueva York en diciembre de 1966, en su artículo 12 prevé el "derecho a la salud" y las medidas que deben llevarse a la práctica para lograr su efectividad, entre ellas:

> […]
> 1. Los Estados Partes en el pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.
> 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados partes en el pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:
> […]
> d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad. [9]

Se puede hacer mención de algunas generalidades de la acción de tutela prevista en la Constitución Política de Colombia de 1991, también denominada acción de amparo, siendo compartida en los sistemas europeos dentro de los cuales se destaca el amparo Español y el recurso constitucional Alemán, asimismo es utilizado en sistemas Latinoamericanos.

[9] Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 12 de mayo de 1981, artículo 12, disponible en: http://www.uv.mx/uge/files/2014/05/Pacto-Internacional-de-Derechos-Economicos-Sociales-y-Culturales.pdf

De acuerdo a la experiencia que nos brinda Macchi Céspedes quien afirma que:

> [O]frece una herramienta jurídica a los ciudadanos, frente a las posibles acciones u omisiones tanto de autoridades públicas como privadas, que con su conducta pueda afectar derechos fundamentales de los mismos. Esta acción tiene su origen no simplemente por la idea del constituyente de 1991, pues, además del interés de importar algunas acciones implementadas en el plano internacional, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 2, núm. 3, literal a), señaló la obligación de los Estados miembros de implementar internamente una acción judicial pronta y efectiva y expedita, por medio de la cual todas las personas puedan garantizar el oportuno cumplimiento de sus derechos fundamentales. Tal obligación nació el 29 de octubre de 1969, fecha en la cual, Colombia ratifica su adhesión al mencionado pacto internacional.[10]

Esta institución procesal ha causado una verdadera revolución judicial en Hispanoamérica, porque permite a los habitantes, hacer efectivos sus derechos constitucionales, considerándose un gran progreso en la cultura democrática, destacándose como defensor del derecho a la salud, como manifestación a los derechos sociales económicos, esté permite al ciudadano hacer valer su derecho no solo frente al estado sino también frente los particulares, esto es un claro ejemplo de lo que se puede lograr y que resulta digno de imitar por el resto de los países del Continente.

Desde el punto de vista estadístico, se dio a conocer por el Consejo Superior de la judicatura de Colombia[11] que en el

[10] Ibídem pág. 4

[11] Véase: "Plan sectorial de desarrollo de la rama judicial 2011-2014", Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, noviembre de 2010, disponible en: https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10228/ 76250 /

Año 2010 se han instaurado 4 millones de acciones de tutelas en los distintos bufetes judiciales, sobre temas muy diversos tales como situación de presos, quejas de alumnos, desplazados, pensionados, homosexuales, y muy especialmente en salud, esto permite visualizar lo que está pasando en Colombia , lo que representa el número de asuntos diarios que se presentan, como una garantía eficaz, urgente y sin formalidades para el fácil acceso a cualquier ciudadano alejados remotamente de las acciones ordinarias civiles o administrativas.

No podemos olvidar que la salud es uno de los principales elementos de la Seguridad Social en Colombia y se rige por principios cuyo objetivo principal es garantizar los derechos que brinda el Estado.

Al respecto el Magistrado de la Corte Constitucional Jorge Iván Palacio ha expresado lo siguiente: "Nuestra Corte ha dicho que el principio de universalidad significa que todas las personas en condiciones de igualdad deben estar cubiertas frente a todos los riesgos derivados del aseguramiento en salud"[12], así mismo es oportuno agregar que "Concretamente, la acción de tutela se ha constituido en el mecanismo en que la mayoría de los colombianos han centrado sus esperanzas de defensa a la

Plan+Sectorial+2011+-+2014.pdf/9c2ad6f7-9ce8-45f8-a281-0eb2751f1e3d, accedida el 10 de agosto de 2015

[12] Fragmento tomado de la Revista Corte Constitucional enero de 2010. Citado por MACCHI CÉSPEDES, Erico Juan, Óp. Cit., p. 199.

salud, particularmente los más desvalidos ante la dureza del Estado sobre sus pretensiones."[13]

Para cerrar con esta porción y realizar una consideración adecuada habrá que tomar en cuenta el análisis del Sistema General de Seguridad Social, realizado por Macchi Céspedes:

> [E]xisten en el ordenamiento jurídico colombiano, mecanismos eficaces que permiten el reconocimiento al ciudadano de los derechos que le asisten como usuario del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Desafortunadamente, en este país para las [….] los usuarios se han convertido en "clientes" y en muchos casos, sólo se tiene en cuenta el ingreso de recursos sin importar la calidad del servicio de salud que se pueda ofrecer, según el manejo que requiera el paciente, teniendo entonces una fundamentalidad procesal pero sólo de orden formal. La capacidad normativa del derecho no ha sido suficiente para transformar el sistema precario de salud que deben enfrentar la mayoría de colombianos, esto sin embargo, no implica que las normas estén mal hechas, estas, pueden ser condición necesaria pero no suficiente para regular el amparo a los derechos fundamentales, más cuando son estos de carácter general como los sociales, económicos y culturales, es el caso de nuestro derecho a la salud y el sufrimiento que de este se ha desplegado.[14]

2.2 República del Perú

En la República del Perú el Derecho a la Salud está contenido en el séptimo artículo de su Constitución Política del año de 1993, en la que inclusive se contempla la protección al discapacitado, en lo conducente determina:

> Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y

[13] Ibídem, p. 207.
[14] Ídem.

> defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.[15]

Asimismo el artículo noveno contempla la Política nacional de salud, estando determinada por el Estado y es del siguiente tenor:

> El Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud.[16]

De igual forma el Libre acceso a las prestaciones de salud y pensiones, está contemplado en la Constitución al determinar que "El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento."[17]

En Perú, existe la ley n° 29344, denominada Ley Marco del Aseguramiento Universal en Salud que en el capítulo primero acerca de las disposiciones generales, contempla dentro de las cuestiones más importantes, las contenidas en los primeros cuatro artículos, insertados literalmente por su interés en el tema en estudio y que determinan:

---

[15] Constitución Política del Perú, publicado el 30 de Diciembre del 1993, artículo 7.
[16] Ibíd, art. 9º.
[17] Ibíd, artículo 11, párrafo agregado mediante la Ley Nº 28389, publicada el 17 de noviembre de 2004.

> Artículo 1.- Objeto de la Ley. La presente Ley tiene el objeto de establecer el marco normativo del aseguramiento universal en salud, a fin de garantizar el derecho pleno y progresivo de toda persona a la seguridad social en salud, así como normar el acceso y las funciones de regulación, financiamiento, prestación y supervisión del aseguramiento.
> Artículo 2.- Ámbito de aplicación. La presente Ley es aplicable a todas las instituciones públicas, privadas y mixtas vinculadas al proceso de aseguramiento universal en salud y comprendidas en el Capítulo II, en todo el territorio nacional.
> Artículo 3.- Del aseguramiento universal en salud. El aseguramiento universal en salud es un proceso orientado a lograr que toda la población residente en el territorio nacional disponga de un seguro de salud que le permita acceder a un conjunto de prestaciones de salud de carácter preventivo, promocional, recuperativo y de rehabilitación, en condiciones adecuadas de eficiencia, equidad, oportunidad, calidad y dignidad, sobre la base del Plan Esencial de Aseguramiento en Salud (PEAS).
> Artículo 4.- Principios Los principios del aseguramiento universal en salud son los siguientes:
> Universalidad.- La salud es un derecho fundamental consagrado en la Constitución Política del Perú y demás documentos y convenios suscritos por el Estado peruano y otras leyes de menor jerarquía; por ello, el aseguramiento universal en salud es la garantía de la protección de la salud para todas las personas residentes en el Perú, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida. [18]

Cuando se habla en el estado peruano de la universalidad de los derechos de salud, como garantía de protección social de esta, nos permite tener una visión general, más y más amplia. El derecho a la salud significa que los Estados deben crear las condiciones óptimas, que permitan a la población en general, que todas las personas puedan vivir lo más saludablemente posible. El derecho a la salud no debe

[18] Ley n° 29344 Ley Marco Del Aseguramiento Universal en Salud en Perú, 12 de julio del dos mil catorce, artículos del primero al cuarto.

entenderse únicamente como el derecho a estar sano, comprende que todos los habitantes tengan un seguro de salud que cubra todos los riesgos y poder acceder a un conjunto de prestaciones de salud, preventivas, recuperativas de rehabilitación que debe proporcionar el estado, con eficiencia calidad, equidad y proporcionalidad.

Así mismo la ley marco del aseguramiento universal en salud en Perú señala como principios del derecho a la protección de la salud:

> Solidaridad. Conjunto de actos y normas orientados a compensar el costo de la atención a quien la necesite con el aporte de los contribuyentes y del Estado. Se refiere al mecanismo de financiamiento mediante la compensación de los aportes entre grupos de diferentes edades, riesgos de enfermedad o segmentos económicos, entre otros.[19]
> Equidad.- El sistema de salud provee servicios de salud de calidad a toda la población peruana, priorizando a la población más vulnerable y de menos recursos. Para evitar la discriminación por capacidad de pago o riesgo, el sistema ofrece financiamiento subsidiado para la población más pobre y vulnerable así como mecanismos para evitar la selección adversa.[20]
> Irreversibilidad.- Los derechos adquiridos previamente al proceso de aseguramiento universal en salud y durante el mismo no deben sufrir ningún menoscabo como consecuencia de algún proceso posterior.[21]

Acorde a la ley, otra característica del aseguramiento del sistema de salud en Perú es su obligatoriedad, progresividad

[19] Ibídem, artículo cuarto, apartado 2.
[20] Ibídem, artículo cuarto, apartado 5.
[21] Ibídem, artículo cuarto, apartado 6.

y la garantía, que están contemplados en el quinto artículo de la anteriormente citada ley, a saber:

> 1. Obligatorio.- La afiliación a algún régimen de aseguramiento en salud es obligatoria para toda la población residente.
> Continuando con las características del sistema de salud peruano:
> 2. Progresivo.- El proceso de aseguramiento universal en salud es gradual y continuo, busca la inclusión de todas las personas residentes en el Perú al sistema y la ampliación de la cobertura de los planes de aseguramiento.
> 3. Garantizado.- El Estado asegura a toda la población cubierta bajo el esquema de aseguramiento universal en salud un sistema de protección social en salud que incluye garantías explícitas relativas al acceso, calidad, protección financiera y oportunidad, con las que deben ser otorgadas las prestaciones.[22]

Diversa peculiaridad del financiamiento del sistema de salud de Perú se da respecto a su regulación dado que conforme a la ley en comparación "las reglas que rigen a los diversos actores involucrados en el proceso de salud para alcanzar el aseguramiento universal en salud son definidas por las instancias competentes."[23]

Podemos añadir como características distintivas del Sistema de salud en Perú el ser:

> Descentralizado.- El proceso se organiza de manera progresiva y descentralizada en los niveles nacional, regional y local, en concordancia con las políticas del Gobierno Nacional.
> Portable.- La condición de asegurado, una vez incluido en el sistema, lo acompaña en todo el territorio nacional.

[22] Ley n° 29344 Ley Marco Del Aseguramiento Universal en Salud en Perú, 12 de julio del dos mil catorce, artículo 5.
[23] Ídem.

> Transparente.- El proceso de aseguramiento universal en salud cuenta con mecanismos de gestión que aseguran la rendición de cuentas a la ciudadanía.
> Sostenible.- El aseguramiento universal en salud es una política de Estado financiada con garantía de su permanencia en el tiempo.[24]

Para que el sistema de salud pueda sostenerse hay regímenes financieros que se establecen en la ley peruana, conocidos como PEAS[25]:

> [T]odos los peruanos son beneficiarios del Plan Esencial de Aseguramiento en Salud (PEAS) en su condición de afiliados a los siguientes regímenes:
> 1. El régimen contributivo: Comprende a las personas que se vinculan a las instituciones administradoras de fondos de aseguramiento en salud a través de un pago o cotización, sea por cuenta propia o de su empleador.
> 2. El régimen subsidiado: Comprende a las personas que están afiliadas a las instituciones administradoras de fondos de aseguramiento en salud, por medio de un financiamiento público total. Dicho régimen está orientado principalmente a las poblaciones más vulnerables y de menores recursos económicos y se otorga a través del Seguro Integral de Salud.
> 3. El régimen semicontributivo: Comprende a las personas que están afiladas a las instituciones administradoras de fondos de aseguramiento en salud, por medio del financiamiento público parcial y aportes de los asegurados y empleadores, según corresponda.[26]

El Poder Ejecutivo establece los mecanismos de regulación que estime necesarios para evitar que los afiliados obligatorios al régimen contributivo y las personas de altos ingresos se beneficien de los subsidios previstos en la presente

[24] Ídem.
[25] Plan Esencial de Aseguramiento en Salud.
[26] Ley n° 29344 Ley Marco del Aseguramiento Universal en Salud en Perú, 12 de julio del dos mil catorce, artículo 19.

Ley, en su artículo respecto de las fuentes de financiamiento de los regímenes subsidiado y semicontributivo, al determinar que:

> "Los fondos intangibles destinados exclusivamente a cubrir las prestaciones contenidas en el Plan Esencial de Aseguramiento en Salud (PEAS) para los afiliados al régimen subsidiado y semicontributivo son los siguientes:
> 1. Los recursos asignados por el Estado a la vigencia [.....] al Seguro Integral de Salud y los demás que se asignen posteriormente.
> 2. Los aportes y contribuciones que realicen los afiliados al Seguro Integral de Salud, de acuerdo con el régimen de financiamiento.
> 3. Los fondos que los gobiernos regionales y locales les asignen en base a la adecuación del Plan Esencial de Aseguramiento en Salud (PEAS).
> 4. Otros que la ley les asigne. El Estado debe incrementar progresivamente, cada año, de manera obligatoria los fondos destinados al financiamiento del régimen subsidiado y semicontributivo.[27]

Así mismo existe un apartado especial en el artículo 31 respectivo al financiamiento de la lista de enfermedades de alto costo de atención, en el que se decreta que:

> Las enfermedades de alto costo de atención que no están incluidas en el PEAS pueden ser financiadas para la población bajo el régimen subsidiado y semicontributivo con el Fondo Intangible Solidario de Salud (FISSAL). El listado de las enfermedades que serán aseguradas deberá ser definido previamente por el Ministerio de Salud.[28]

2.3 República de Chile:

Cabe destacar que "literatura chilena, y también en la doctrina internacional, ha habido discusión acerca de la nomenclatura apropiada para referirse al derecho a la salud. Existen diversas fórmulas: 'derecho a la salud', 'derecho a la protección de la

[27] Ibídem, artículo 20.
[28] Ibíd, artículo 21

salud' como establece el texto constitucional, 'derecho al cuidado de salud'."[29]

Procederemos a analizar la perspectiva de la República de Chile en la que se contempla el derecho a la salud de acuerdo a la Constitución Política, publicada el 17 de septiembre de 2005, contemplándolo en su capítulo tercero sobre los Derechos y Deberes Constitucionales:

> El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo.
> Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud.
>
> Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias.
> Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado. [30]

En concordancia se encuentra el contenido del Decreto Supremo Nº 395 del año 1979, lo dispuesto en el Decreto Ley Nº 2763, del año 1979, la ley Nº 18.575 y el artículo 32 número 8 de la Constitución Política de la República, así mismo el Reglamento del Ministerio de Salud, prevé en su primer artículo que:

> El Sector Salud está integrado por todas las personas naturales y jurídicas, de derecho público o privado, que

[29] FIGUEROA GARCÍA-HUIDORO, Rodolfo, "El derecho a la salud", *Revista de Estudios Constitucionales*, Año 11, Nº, 2, 2013, pp.283 - 332

[30] Constitución Política de Chile, publicada el 17 de septiembre de 2005, artículo 9º del tercer capítulo.

> realizan o contribuyen a la ejecución de las acciones de protección, fomento, diagnóstico, recuperación de la salud, cuidados paliativos y rehabilitación de las personas enfermas.[31]

2.4 Monarquía Parlamentaria de España

En la Constitución Española de 1978 se reconoce el derecho a la protección de la salud y "asigna competencia a los poderes públicos para organizar y tutelar la salud pública, a través de las medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, así como fomentar la educación sanitaria."[32] En el artículo 43 de la constitución española determina que:

> 1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud.
> 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.
> 3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio.[33]

Así mismo existe la Ley General de Sanidad de España, cuyo objeto está determinado en su primer artículo:

> 1. La Ley tiene por objeto la regulación general de todas las acciones que permitan hacer efectivo el derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 43 y concordantes de la Constitución .
> 2. Son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional.
> 3. Los extranjeros no residentes en España, así como los españoles fuera del territorio nacional, tendrán garantizado tal

[31] Reglamento Orgánico del Ministerio de Salud, publicado el 21 de abril del 2005, artículo primero.
[32] PÉREZ LÓPEZ Miguel, "El derecho constitucional a la protección de la salud." *Derechos Humanos*, 1999, pág.192-206.
[33] Constitución Española de 1978, publicada el 29 de diciembre de 1978 en el Boletín Oficial del Estado, artículo 43.

> derecho en la forma que las leyes y convenios internacionales establezcan.
> 4. Para el ejercicio de los derechos […] están legitimadas, tanto en la vía administrativa como jurisdiccional, las personas a que se refiere el apartado 2 de este artículo.[34]

En la exposición de motivos de la Ley 33/2011 de Salud Pública Estatal, que se publicó el 5 de octubre en el Boletín Oficial del Estado se explica que "La salud de la población española no sólo se ha beneficiado de unos servicios sanitarios de calidad y de la excelencia de los profesionales que en ellos trabajan, también lo ha hecho de su entorno, su clima, su entramado social y familiar, su alimentación y de muchos otros factores que han contribuido a situarla entre los países con mejores indicadores de salud del mundo."[35]

Asimismo, añade que:

> El creciente envejecimiento de la población, el aumento de familias monoparentales, el debilitamiento de las redes familiares y sociales acentuados por urbanismos dispersos, la globalización y sus riesgos emergentes, el consumismo, el uso creciente de las nuevas tecnologías, el modo de vida sedentario, los efectos del cambio climático o la inmigración, son algunos de estos nuevos fenómenos sociales. Nuevas realidades que conviven con otras que no por más antiguas están del todo resueltas, como la discapacidad intelectual, la salud mental, la plena integración de grupos étnicos minoritarios, la reclusión penitenciaria o las distintas situaciones de exclusión social.[36]

---

[34] Ley General de Sanidad, publicada el 29 de abril de 1986 en el Boletín Oficial del Estado, artículo 1.

[35] GÓMEZ JIMÉNEZ, María Luisa, "Sistemas de Información Sanitaria y Gestión del Gasto Público", *RevistaeSalud.com*, Vol. 8, Nº 32, 2012, disponible en: http://dialnet.unirioja.es/ejemplar/326753, accedida el 20 de julio de 2015.

[36] Ibíd, p. 2.

En un análisis crítico del derecho comparado en materia de salud en Latinoamérica y España, se han planteado interesantes medidas respecto al derecho humano a la salud, en cada uno de los países que hemos analizado sus legislaciones y los aportes que han hecho a nivel continental y la relación de las políticas públicas, las que se han expuesto como el conjunto de acciones planeadas y ejecutadas, adoptadas tanto por la administración pública, como la iniciativa privada, encaminadas a mejorar las condiciones de vida de la población, con un especial énfasis en los grupos más vulnerables, que han sido marginados y excluidos de los beneficios del desarrollo, y partiendo de estos objetivos que se persiguen de atender a la población que más necesita estos servicios, sobre todo los que viven en extrema pobreza.

En materia de fundamentación, diseño, implementación y seguimiento de políticas públicas, en el ámbito de los derechos humanos, se requiere una reorganización de las funciones del Estado y de la participación plena de la sociedad civil, así como la población en general.

2.5 Consideraciones del derecho humano a la salud en México

En México la Ley Suprema establece tanto en sus artículos 1o. y 4o., sumados al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en sus dispositivos la obligación de garantizar el ejercicio de los derechos sin discriminación alguna, y se obliga también a garantizar el derecho a la salud y a reconocerlo como un bien público, preservando medidas para

avalar ese derecho, como la atención primaria de la salud, la prevención y tratamiento de padecimientos, sobre todo tomar las medidas necesarias para la prevención y tratamiento de los problemas de salud, lo que involucra al principio de igualdad y de no discriminación por razón de salud, es vinculante para todos los Poderes Públicos.

Es decir:

> La obligación, bajo la forma de mandato, de incorporar el derecho de los derechos humanos, como fundamentales, en las cartas constitucionales de las entidades federativas tiene su fundamento en el derecho internacional, por vía de los pactos arriba invocados y, al mismo tiempo, es consecuencia de la reforma constitucional en derechos humanos, en particular el artículo primero constitucional, que da sustento y fundamento a la recepción del derecho constitucional e internacional de los derechos humanos en las entidades federativas. La recepción, en el derecho local, de este nuevo contenido normativo, se refiere a los cambios sustantivos o al sector material operados en la Constitución federal, a la par de los cambios operativos o al sector de garantías.[37]

Por lo anterior se adquiere el derecho a recibir los servicios médicos, a través de las instituciones que otorgan la seguridad social, que es imprescindible proporcionar por el Estado, sin condición alguna; por el hecho de toda persona tiene derecho a los servicios médicos, sin restringirle o limitar el acceso a los mismos, sin que en ello encuentre alguna justificación.

[37] HUERTA LARA, Ma. Del Rosario. "El Derecho a la Salud en la recepción federal del Derecho Internacional de Derechos Humanos y su armonización en el derecho local-estadual", *Letras Jurídicas*, número 27, Enero-Junio, 2013.

La ley General de salud en México reglamenta el derecho a la protección de la salud establece las plataformas y modalidades para el acceso a los servicios de salud y señala quienes deben prestar el servicio es decir concurren la federación con los Estados y se aplica en toda la república y sus disposiciones son de orden público e interés general, es importante señalar que el derecho social a la protección de la salud, es un derecho humano considerado de segunda clasificación, el aparato estatal, debe proporcionar y reconocer todas las condiciones para mejorar a la población su nivel de salud, tanto la prevención, detección y tratamiento de las enfermedades como su rehabilitación, por lo que ahora lo consideramos como un derecho a la protección social de la salud y no solo como derecho a la salud.

El sistema de salud peruano, en relación con el principio de equidad señala claramente que ofrece a la población más vulnerable el financiamiento subsidiado a los más pobres con menos recursos, por otro lado en México los beneficios del Sistema de Protección Social en Salud las familias deberán satisfacer los siguientes requisitos:

I. Ser residentes en el territorio nacional;
II. No ser derechohabientes de la seguridad social;
III. Contar con Clave Única de Registro de Población;
IV. Cubrir las cuotas familiares correspondientes[38]

Comparando el anterior sistema de salud en la Republica Peruana, en México, el Sistema Nacional de Salud, de acuerdo a

[38] Ley General de Salud, publicada el 7 de febrero de 1984 en el Diario Oficial de la Federación, artículo 77 bis 7.

la Ley General de Salud, lo componen "las dependencias y entidades de la Administración Pública, tanto federal como local, y las personas físicas o morales de los sectores social y privado que presten servicios de salud, así como por los mecanismos de coordinación de acciones, que tienen por objeto dar cumplimiento al derecho a la protección de la salud."[39] El Sistema Nacional de Salud en México tiene como objetivos: "Proporcionar servicios de salud a toda la población y mejorar la calidad de los mismos"[40], evitando que causen daños a la salud, "con especial interés enfocados a la promoción, implementación e impulso de acciones de atención integrada de carácter preventivo, acorde con la edad, sexo y factores de riesgo de las personas."[41]

Así mismo la ley prevé que se debe de impulsar un sistema racional de administración y desarrollo e incrementar los recursos humanos para mejorar la salud de la población; Motivar el conocimiento y desarrollo de la medicina tradicional autóctona y su práctica en condiciones adecuadas; Promover el desarrollo de los servicios de salud con base en la integración de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para ampliar la cobertura y perfeccionar la calidad de atención a la salud. Sin embargo se deja fuera de estos objetivos, ya que no existe un organismo público encargado exclusivamente de la

[39] Ibíd, artículo 5.
[40] Ibíd, artículo 6 fracción I.
[41] Ídem.

prestación de la salud, al contrario se tienen mecanismos de coordinación con los sectores público social y privado para la prestación del servicio, a través de pago de cuotas social por cada uno de los afiliados.

La Política de Protección Social en Salud será financiada de manera solidaria por la federación, las entidades federativas y los beneficiarios. El Gobierno Federal cubrirá anualmente una cuota social por cada persona afiliada al Sistema de Protección Social en Salud, la cual será equivalente al 3.92 por ciento de un salario mínimo general vigente diario para el Distrito Federal. "Estos fenómenos expansivos sin duda tuvieron una traducción en una importante mejora de la salud de la población, si nos atenemos a los indicadores con los que habitualmente son realizadas las comparaciones"[42]

A diferencia de la mayor parte de los países de América Latina, México mantiene un sistema de salud que nació dividido al separar a la población entre aquellos que tenían derechos sociales perfectamente definidos a quienes llamó derechohabientes de IMSS (Instituto Mexicano del Seguro Social) e ISSSTE (Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado) y aquellos que eran sujetos a la acción asistencial del Estado, a quienes eventualmente se les señaló como población abierta.

[42] LEMA AÑÓN, Carlos, "El Derecho a la salud: Concepto y Fundamento", Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho. Universidad Carlos III de Madrid, Número: 12 Año: 2010, pág. 1- 14

En la coyuntura de México y a escala de instauración, "la prestación de servicios en salud ha sufrido un sustantivo proceso de transformación en los actuales años, buscando con ello la cobertura universal del aseguramiento en salud desde la creación de los seguros sociales en los años cuarenta y sesenta, así como en 2003 con la implementación del Sistema de Protección Social en Salud (SPSS). La seguridad social nace el 1 de enero de 1943 con la fundación del IMSS (Instituto Mexicano del Seguro Social) , meses más tarde, el 15 de octubre del mismo año se formalizan los servicios públicos de la SSA(Secretaria de Salud), cuyo nombre tenia sobrentendida una concepción asistencial, para atender principalmente a los mexicanos de escasos recursos"[43]

El programa Nacional de Salud en México, tiene como fin proporcionar a la población la mejor calidad en la prestación de los servicios de salud, con el propósito de mejorar su validez, optimizar la calidez y la eficacia, en especial, debe implementar acciones de carácter preventivo, atreves de campañas de salud, atendiendo a las condiciones de la población, tomando en cuenta la distribución en el territorio nacional , poniendo especial énfasis, a los sectores más desprotegidos, menores en estado de abandono, ancianos desamparados, personas con

[43] RUIZ MEDINA, Manuel Ildefonso, "Políticas Públicas en Salud y su Impacto en el Seguro Popular en Culiacán, Sinaloa, México", Universidad Autónoma De Sinaloa, 2011

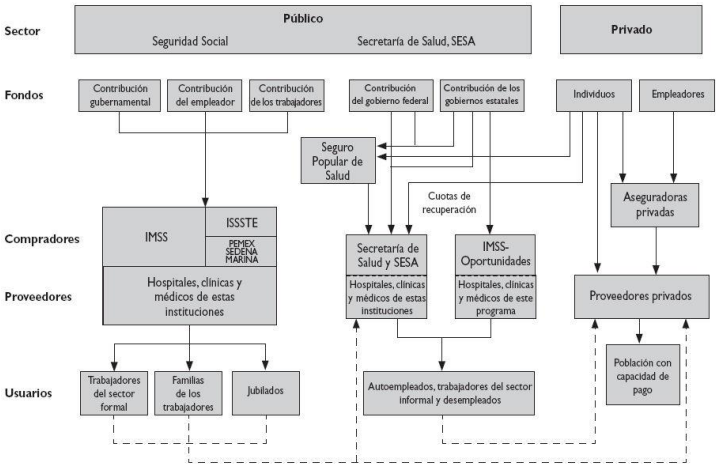
discapacidad, propiciando su incorporación al ámbito social y económico.

La Secretaría de Salud, como parte de la administración central ejercerá las atribuciones de regulación, control y fomento sanitarios que conforme a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, tendrá, únicamente, autonomía administrativa, técnica y operativa y su presupuesto estará constituido por:

> Las asignaciones que establezca la Ley de Ingresos y el Presupuesto de Egresos de la Federación, y los recursos financieros que le sean asignados, así como aquellos que, en lo sucesivo, se destinen a su servicio.[44]

Como se puede observar en el estado peruano y mexicano existen similares disposiciones de financiamiento de los recursos públicos, para la prestación de los servicios de salud, así como los sectores de atención a los grupos más vulnerables de la población, es importante lo mencionado por las Estadísticas sobre salud 2014 de la OCDE:

[44] Ley General de Salud, publicada el 7 de febrero de 1984 en el Diario Oficial de la Federación, artículo 17 bis 1



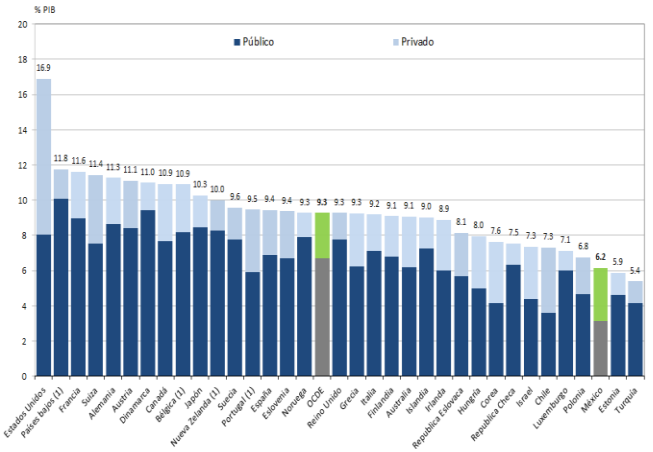
Gráfica 1. Sectores de atención a los grupos más vulnerables (2014)[45]

Las estadísticas realizadas por la OCDE arrojan que:

> El gasto total en salud en México representó el 6.2% del PIB en 2012, el cual se cuenta entre los porcentajes más bajos de los países de la OCDE (sólo Estonia y Turquía gastan menos) y muy inferior al promedio de la OCDE de 9.3%. Como desde 2004 se ha ampliado mucho la cobertura de salud para la gente pobre y los no asegurados, la participación pública en el financiamiento de los servicios de salud en México se ha incrementado en 10 puntos porcentuales para situarse en 50% en 2012. Esta cifra sigue siendo una de las más bajas entre los países de la OCDE (donde el promedio es de 72%); además, aproximadamente la mitad de todo el gasto en salud en México es pagado directamente por los pacientes. [46]

[45] GÓMEZ DANTÉS, Octavio. "Sistema de salud de México ", Centro de Investigación en Sistemas de Salud, Instituto Nacional de Salud Pública, vol. 53, suplemento 2 de 2011, pág. 2.

[46] OECD Health Statics 2014, publicada en Organización para la cooperación y el desarrollo económicos agosto 2014, disponible en http://www.oecd.org/centrodemexico/medios/Briefing%20note%20-%20Mexico%202014.pdf



Gráfica 2. Estadísticas sobre salud 2014 de la OCDE[47]

Al respecto el estudio realizado por Knaul, Arreola-Ornelas, Méndez, Lafontaine y Wong arrojó que la protección financiera que ofrece el sistema de Salud en México "está limitada a los grupos poblacionales con acceso a mecanismo de agrupación de riesgos tales como la seguridad social, los seguros de salud privados y los seguro públicos como el Seguro Popular; sin embargo la no disponibilidad de mecanismos formales para algunos grupos poblacionales, como las familias del primer quintil o aquellas que radican en zonas rurales, los hacen invertir en la prevención de sus riesgos en salud, autoprotegerse o autoasegurarse."[48]

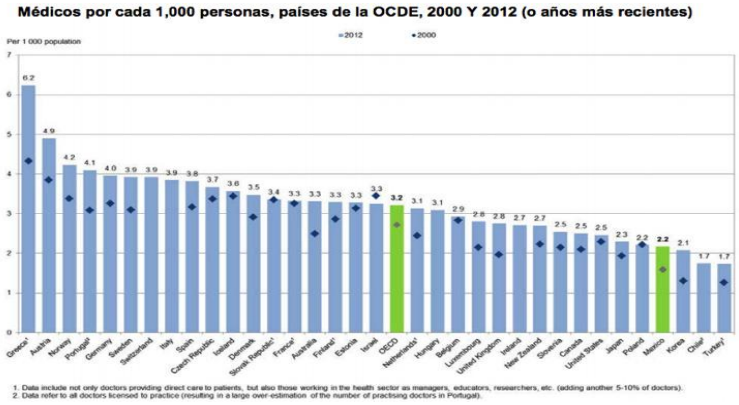
[47] Ídem

[48] KNAUL, Felicia Marie, *et. al.*, "Gasto catastrófico y empobrecedor en salud en México: La remesas como un mecanismo de protección financiera. Un análisis de pareo por puntaje de propensión", Fundación Mexicana de la Salud, p. 17.

La evolución del gasto en salud de México ha seguido la tendencia del modelo general de los países de la OCDE desde 2004. Después de una brusca caída en el gasto de los hogares en 2011, a raíz de la depresión económica en México, hubo un incremento importante en el gasto en salud en 2012; sobre todo en el sector hospitalario. A su vez, estas estadísticas nos demuestran que "El número de doctores y enfermeras está aumentando en México, pero sigue siendo bajo conforme a las normas de la OCDE"[49] es decir, que el aumento fue moderado en vista que "pasó de 2.2 enfermeras por cada 1,000 habitantes en 2000, a 2.6 en 2012; lo que sigue siendo muy inferior al promedio de la OCDE de 8.8."[50]

En las Estadísticas sobre salud 2014 que fueron realizadas por la OCDE también se demuestra que en la última década la oferta de trabajadores de la salud en México ha aumentado, sin embargo sigue siendo baja conforme a sus propias normas: "La cantidad de médicos per cápita se ha incrementado considerablemente en México desde el año 2000, pasó de 1.6 médicos por cada 1,000 habitantes en 2000, a 2.2 en 2012; pero sigue siendo inferior al promedio de la OCDE de 3.2."[51]

[49] Ibíd, p. 20.
[50] Ibíd, pág. 20
[51] Ídem.



Gráfica 3. Estadísticas sobre salud 2014 de la OCDE

En el apartado denominado "Factores de riesgo y nivel de salud" de las multicitadas estadísticas se expone que:

> La esperanza de vida en México ha aumentado en forma mucho más lenta durante los últimos diez años que en otros países de la OCDE; en la actualidad, México tiene la esperanza de vida más baja de todos los países de la OCDE. Si bien es cierto que la esperanza de vida aumentó tres años en promedio en los países de la OCDE de 2000 a 2012 (de 77.1 a 80.2 años); en México sólo se incrementó en un año (de 73.3 a 74.4 años). Por lo tanto, la diferencia en longevidad entre México y otros países de la OCDE ha aumentado aproximadamente de 4 a 6 años. El lento avance de la esperanza de vida en México se debe a las conductas dañinas para la salud, entre las que cabe mencionar los malos hábitos de alimentación y las tasas de obesidad tan altas; eso incrementa las tasas de mortalidad por diabetes y ninguna reducción de la mortalidad por enfermedades cardiovasculares. Las tasas de mortalidad muy altas por accidentes de tráfico y homicidios, así como los continuos obstáculos para obtener acceso a una atención de alta calidad también explican este avance relativamente lento.
>
> La tasa de obesidad entre los adultos en México, tomando en cuenta el peso y la estatura reales, fue de 32.4% en 2012, porcentaje mayor al 24.2% de 2000. Ésta es la segunda tasa más alta entre los países de la OCDE, después de Estados Unidos (35.3% en 2012). La cada vez mayor tasa de

prevalencia de la obesidad presagia que habrá más problemas de salud (como diabetes y enfermedades cardiovasculares) y que aumentarán los costos para los servicios médicos en el futuro.[52]

México ocupa el primer lugar en obesidad a nivel mundial.

Cuadro 1. Carencia por acceso a los servicios de salud, México, 2010 y 2012

Indicadores	Porcentaje		Millones de personas	
	2010	2012	2010	2012
Carencia por acceso a los servicios de salud	**29.2**	**21.5**	**33.5**	**25.3**
Composición de la población sin carencia por acceso a los servicios de salud, según institución de afiliación				
Población afiliada al Seguro Popular	30.5	40.8	35.0	47.8
Población afiliada al IMSS	31.8	32.1	36.4	37.6
Población afiliada al ISSSTE	5.6	5.8	6.4	6.8
Población afiliada al ISSSTE estatal	1.7	0.8	2.0	0.9
Población afiliada a Pemex, Defensa o Marina	0.9	0.9	1.1	1.0
Población con seguro privado de gastos médicos	0.9	0.9	1.0	1.1
Población con acceso a servicios médicos por seguridad social indirecta*	2.5	1.8	2.9	2.2
Población afiliada a otra institución médica distinta de las anteriores	1.4	1.7	1.6	2.0

Fuente: Estimaciones del CONEVAL con base en el MCS-ENIGH 2010 y 2012.
Nota: Una persona puede estar afiliada a más de una institución.
*Son aquellas personas que tienen acceso a servicios médicos por parentesco directo con algún familiar y que no cuentan con Seguro Popular.

III. Conclusiones

En México, la protección universal en salud es voluntaria, ha sobrepasado un nivel de 95 % y tomando en cuenta, que pueden afiliarse al Seguro Popular las personas que no cuenten con servicios de salud del sector público como el IMSS y ISSSTE, debemos reconocer que el resto no tiene un beneficio en afiliarse a la seguridad social ni al esquema subsidiado con recursos públicos. El tratar de hacer que un sistema sea obligatorio, tenemos que tomar en cuenta que requiere herramientas para facilitar el cumplimiento.

[52] Ibídem, pág. 20

Para empezar, tenemos que procurar el financiamiento que debe de provenir de los recursos federales, que a su vez, provienen de la captación de ingresos de los recursos públicos es decir de las contribuciones, otra parte procede de los recursos públicos establecidos en el presupuesto de egresos de las entidades federativas y la cuota social que pagan los beneficiados por la prestación del servicio, por lo que debemos concluir que la reforma no logra un alcance de universalidad y además, pone en peligro los principios fundamentales del seguro de salud, tomando en consideración el esquema y las limitaciones impuestas por los recursos fiscales que deben destinarse para prestar servicio de salud a la población abierta, es decir aquella que no cuenta con un servicio de salud que se demanda y por lo tanto es necesario destinarle más recursos, para poder subsidiar a una parte importante de la población, se ha reconocido por las instituciones del sector salud, que existen obstáculos institucionales y administrativos que retrasan el proceso de afiliación.

Como hemos señalado en el estudio comparativo, la diferencia con la mayor parte de los países de América Latina, México mantiene un sistema de salud que nació dividido, al separar a la población entre aquellos que tenían derechos sociales perfectamente definidos a quienes llamó derechohabientes de IMSS e ISSSTE y el resto de la población que carece de los más elementales servicios de salud, aquellos que serán sujetos a la acción asistencial del Estado, a quienes eventualmente se les denominó población abierta.

Por acuerdo del Ejecutivo Federal se establece que por concepto de cuota social, desde el 2003 "con cargo al gobierno federal para financiar parcialmente la prestación de servicios de salud para la población sin seguridad social"[53] y de aportación solidaria que le corresponden, al Gobierno Federal debe transferir a los gobiernos de las entidades federativas, los recursos se asignan "con base en las personas afiliadas, que no gocen de los beneficios de las instituciones de seguridad social, validados por la Secretaría de Salud." [54] Para que se provean de manera integral los servicios de salud, los medicamentos y demás insumos para los asociados, se hace con la condición de que beneficiarios cumplan con sus obligaciones, tales como el pago de sus cuotas y el cumplir el requisito de carecer de servicios de salud pública o privada. Para asignar el

> [F]inanciamiento del Sistema de Protección Social en Salud, en términos del artículo 77 bis 15, de la Ley General de Salud, el Gobierno Federal transferirá a los gobiernos de las entidades federativas, los recursos que por concepto de cuota social y de aportación solidaria federal les correspondan, con base en las personas afiliadas, que no gocen de los beneficios de las instituciones de seguridad social, validados por la Secretaría de Salud. Que así mismo, todas las entidades federativas deben contribuir al Sistema mediante las

[53] México, Secretaría de Salud. Programa Nacional de Salud 2007–2012. "Por un México sano: construyendo alianzas para una mejor salud" 2007. Disponible en: http://portal.salud.gob.mx/descargas/pdf/pnscap1.pdf, accedida el 15 de julio de 2015.

[54] Acuerdo Mediante el cual se Establecen los Lineamientos para la Transferencia de los Recursos Federales Correspondientes al Sistema de Protección Social en Salud, publicado en el Diario oficial de la federación el 9 de diciembre de 2014

> aportaciones a que se refiere el artículo 77 bis 13, fracción I, de la Ley General de Salud. Que la Secretaría de Salud, en términos del segundo párrafo del artículo 97 y 109 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Protección Social en Salud, tomando como base el cálculo de las aportaciones solidarias y cuota social a que se refieren los párrafos anteriores, debe transferir o entregar a las entidades federativas la cuota social y la aportación solidaria federal, una vez descontados los porcentajes que corresponden a los fondos de Protección contra Gastos Catastróficos y de la Previsión Presupuestal. Que la transferencia o entrega de los recursos a que se refiere el párrafo anterior, podrá realizarse en numerario directamente a las entidades federativas, mediante depósitos en las cuentas que constituyan los Regímenes Estatales de Protección Social en Salud, en la Tesorería de la Federación o en especie, conforme a los lineamientos que para tal efecto emitan la Secretaría de Salud y la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.[55]

Resulta inverosímil que no se haya, creado un ente público (organismo descentralizado u órgano desconcentrado) que, sea el responsable de la prestación de los servicios de salud en nuestro país, solo tenemos una aseguradora que vende pólizas, y subroga los servicios al mejor postor, sea del sector público o privado sin cuidar la regionalización de la calidad de los servicios, esto trae aparejado una duplicidad de funciones, por un lado está el sector salud público y privado y por el otro el seguro popular, quien canaliza los servicios a través de la celebración de convenios de coordinación para la prestación del servicio de salud, a la población afiliada.

Los lineamientos van dirigidos. Como ya se dijo, a las familias y personas que no sean derechohabientes de las instituciones de seguridad social (IMSS o ISSSTE) y no cuenten

[55] Ídem.

con algún mecanismo de previsión social en salud pública o privada, por lo que anualmente se efectuará un cotejo del padrón, en el que consta la información respecto de las familias afiliadas en el Seguro popular, contra los padrones de las instituciones de seguridad social y esquemas públicos y sociales de atención médica. Una vez que se practique el cotejo, se procederá a cancelar los servicios del seguro popular a las personas que se encuentren registradas en otros padrones.

La prestación de los servicios de salud es responsabilidad de los servicios de salud estatales, quienes al final son los que tiene la obligación de afiliar a los usuarios y fijar la cuota anual a través, de estudios socioeconómicos que determinan los pagos que le corresponden a cada beneficiario.

El principio de universalidad no se cumple por que no se ampara a todos los habitantes del país de cualquier contratiempo en riesgo de salud. Es importante señalar que el seguro popular está diseñado para la prestación de servicios a ciertos sectores de la población, no contempla todos los padecimientos de la población.

La entidad federativa correspondiente, deberá a su vez pagar a las entidades de salud el monto correspondiente por cada una de las intervenciones médico-quirúrgicas, farmacéuticas y hospitalarias, que incluyen diagnóstico, tratamiento y rehabilitación. Como mínimo los servicios de consulta externa en primer nivel de atención, y consulta externa

y hospitalización para las especialidades básicas de: medicina interna, cirugía general, ginecobstetricia, pediatría y geriatría, en el segundo nivel de atención.

El Sistema de Protección Social en Salud, con el fin apoyar a las familias en el financiamiento que derivan de aquellos tratamientos y medicamentos asociados, definidos por el Consejo de Salubridad General, que se consideran como Gastos Catastróficos y que son aquellas enfermedades que implican un alto costo, en virtud de su grado de complejidad o especialidad y el nivel de frecuencia con que ocurren, que satisfagan las necesidades de salud mediante la combinación de intervenciones de tipo preventivo, diagnóstico, terapéutico, paliativo y de rehabilitación, con criterios explícitos de carácter clínico y epidemiológico, es decir, son padecimientos seleccionados con base en la seguridad, eficacia, costo, efectividad, adherencia a las normas éticas profesionales y aceptabilidad social que involucren un alto costo pecuniario y que ponen en riesgo el patrimonio familiar de los afiliados al seguro popular es decir los grupos más vulnerables de nuestro país.

El régimen de salud en México está conformado por dos sectores: el público y el privado. El sector público incluye a las instituciones de seguridad social (IMSS, ISSSTE, Petróleos Mexicanos (PEMEX), Secretaría de la Defensa (SEDENA), Secretaría de Marina (SEMAR) y las instituciones de seguridad social para los trabajadores de los gobiernos estatales, así como a las instituciones y programas que protegen o prestan servicios

a la población sin seguridad social (SS, Servicios de Salud (SESA), IMSS-OPORTUNIDADES y SPS).

El sector privado de conformidad con el párrafo tercero del Artículo 4o. Constitucional, que incluye a las compañías aseguradoras privadas y a los prestadores de servicios que trabajan en consultorios, clínicas y hospitales privados, en general bajo un sistema lucrativo, sujeto a las disposiciones de las autoridades sanitarias. Este sector comprende también a los proveedores de servicios de medicina alternativa, que por lo general trabajan en consultorios o unidades ambulatorias de salud.

Para lograr el acatamiento al derecho a la protección de la salud, existe la necesidad de una profunda participación entre el gobierno federal y los gobiernos estatales, a efecto de que colaboren y sean capaces de "brindar la infraestructura básica necesaria para garantizar la prestación de los servicios de salud"[56]

Sin embargo, en nuestro país, la población marginada, en pobreza, miseria extrema y menos beneficiada económicamente, es la que termina sufriendo carencias en los rubros de la salud, la educación, y otros aspectos relacionados

[56] Comisión Nacional de los Derechos Humanos, "Recomendación General 15 sobre el Derecho a la Protección de la Salud", publicada en el D.O.F 07/05/2009, disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5089667&fecha=07/05/2009, accedido el 12 de junio de 2015.

con el bienestar humano, máxime cuando el gobierno de México y la sociedad mexicana en su totalidad, con su concurrencia, y complacencia, han permitido enormes desigualdades sociales, culturales, económicas y políticas entre diferentes grupos, regiones del país e individuos.

Aunado a ello, hay diferentes fenómenos que hacen que cambien las condiciones demográficas, de acuerdo al Consejo Nacional de Población: "México se caracteriza por una transición demográfica prolongada, a la par de una transición epidemiológica con rezagos, donde persisten las enfermedades infectocontagiosas, las muertes prematuras evitables y una frecuencia cada vez mayor de enfermedades crónico-degenerativas, llamadas también enfermedades no transmisibles, características de la industrialización y de la vida urbana."[57]

A lo que debemos añadir que "el proceso de envejecimiento actual descansa principalmente en la fecundidad alta del pasado; sin embargo, la reducción de la mortalidad y la incidencia de la migración marcarán la pauta en el futuro distante, principalmente más allá de 2050."[58]

El derecho a la salud está consagrado en numerosos tratados internacionales a partir de la Declaración Universal de

[57] SOLÓRZANO SÁNCHEZ ,Ana Evanisi "Informe de Ejecución del Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo 1994-2009", México, Primera edición, septiembre, 2009, p. 67

[58] PARTIDA BUSH, Virgilio, "La transición demográfica y el proceso de envejecimiento en México. Papeles de Población", Universidad Autónoma del Estado de México, Toluca, México, vol. 11, núm. 45, julio-septiembre, 2005, , pp. 9-27, Disponible en: http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=11204502

Derechos Humanos de 1948, así como instrumentos regionales, tal como evidenciamos en el apartado respectivo.

El Artículo 4° constitucional, reconoce el derecho de todos los mexicanos a la protección de la salud, y más recientemente la Constitución obliga a cumplimentar el ejercicio progresivo de los derechos humanos, entre los cuales la salud es uno de los derechos fundamentales. Sin embargo, la segmentación del sistema de salud no ha permitido el ejercicio universal e igualitario de este derecho.

No obstante consideramos que subsisten algunos lastres, en la salud de la población. México tiene enormes contrastes y desigualdades sociales y económicas. En el campo de la salud, los problemas demográficos, epidemiológicos, económicos y sociales se han incrementado con las discrepancias existentes entre los grupos que componen los estratos sociales contrastantes de indígenas, población rural y urbana, pobres y en pobreza extrema, diversos géneros, grupos en edad avanzada, entre otros.

De esta forma, resulta sencillo encontrar algunos casos de avances impresionantes y simultáneamente situaciones de rezago en salud inaceptables. Las nuevas propuestas para consolidar el avance del sistema de salud deben centrarse en continuar con el perfeccionamiento efectivo del derecho constitucional, a la protección de la salud para todos los habitantes de nuestro país, de manera uniforme y universal pero,

para alcanzar el más alto nivel de bienestar como lo promueve la Organización Mundial de la Salud, se requiere de importantes acuerdos conceptuales.

Alguna de la cuestiones que vislumbran posibilidades de solución para cumplir con la aplicación integral del Derecho a la Salud en México, son el financiamiento, que implica dedicarle mayores recursos públicos y privados, esto es lo que nos permitirá lograr no solo una mayor cantidad, sino también mejores servicios. Es indispensable que en el presupuesto de egresos de la federación, se destinen más recursos al sector salud.

El derecho a la salud obliga a la federación y a las entidades federativas a generar las mejores condiciones para la formulación de una nueva y efectiva reforma del Sistema Nacional de Salud que contribuya, a hacer más eficiente la entrega de servicios de salud y por ende, permita el acceso efectivo a servicios de salud preventivos, curativos, de rehabilitación y paliativos, para todos los mexicanos en igualdad de circunstancias, independientemente de su condición laboral o su estatus social.

El éxito de su instrumentación seguirá representando un desafío significativo para las autoridades mexicanas por las siguientes razones:

Primero, la disponibilidad de recursos frescos para financiar el sistema se mantiene condicionada por la situación fiscal; hemos tenido un recorte presupuestal en el 2015 muy significativo, que afectó los servicios de salud como lo podemos

observar en la reducción del presupuesto se dejarán de construir muchas unidades de salud, hospitales y centros de atención primaria a la salud, medicamentos etc.; en resumen, hay que enfatizar la necesidad de una reforma fiscal.

En segundo lugar, ya que el Sistema de Protección Social en Salud sólo cubre un conjunto definido de servicios básicos y ofrece protección limitada para los riesgos catastróficos, es aceptable que existan presiones por parte de los usuarios para que se amplíe la cobertura de beneficios.

Tercero, el actual sistema de aseguramiento puede generar incentivos para que los prestadores de servicios den preferencia en el tratamiento a la población afiliada, lo que afecta el acceso y oportunidad del servicio de la población no afiliada.

Cuarto, dada la nueva demanda por servicios del sector público, los proveedores de los Servicios Estatales de Salud (SESA) enfrentarán la necesidad de aumentar la eficiencia y la calidad. Hasta el momento, no se han puesto en marcha medidas para fomentar una mayor eficiencia en los SESA y este rubro de política requiere de atención urgente para asegurarse que los nuevos recursos bajo el SPSS (Sistema de Protección Social en Salud) se utilicen de la mejor manera.

IV. Fuentes de consulta

a).- Bibliohemerográficas

FIGUEROA GARCÍA-HUIDORO, Rodolfo, "El derecho a la salud", Revista de Estudios Constitucionales, Año 11, Nº, 2, 2013, pp.283 – 332

GÓMEZ DANTÉS, Octavio. "Sistema de salud de México ", Centro de Investigación en Sistemas de Salud, Instituto Nacional de Salud Pública, Nostra Ediciones, vol. 53, suplemento 2 de 2011, 2008, pág. 2.

GÓMEZ JIMÉNEZ, María Luisa, "Sistemas de Información Sanitaria y Gestión del Gasto Público", RevistaeSalud.com, Vol. 8, Nº 32, 2012

HUERTA LARA, Ma. Del Rosario. "El Derecho a la Salud en la recepción federal del Derecho Internacional de Derechos Humanos y su armonización en el derecho local-estadual", *Letras Jurídicas*, No. 27, Enero-Junio, 2013.

KNAUL, Felicia Marie, et. al., "Gasto catastrófico y empobrecedor en salud en México: La remesas como un mecanismo de protección financiera. Un análisis de pareo por puntaje de propensión", Fundación Mexicana de la Salud, pág. 17, México, 2010.

LEMA AÑÓN, Carlos, "El Derecho a la salud: Concepto y Fundamento", Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho. Universidad Carlos III de Madrid, Número: 12 Año: 2010, pág. 1- 14

MACCHI CÉSPEDES, Fray Erico Juan, "La Salud En Colombia. ¿Cuestión de Vida o de Derecho?", Revista Principia Iuris, Colombia, No.14, Febrero, 2010, pp. 193- 208.

MOCTEZUMA BARRAGÁN, Gonzalo, "Derechos de los Usuarios de los Servicios de Salud", Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2000

PARTIDA BUSH, Virgilio, "La transición demográfica y el proceso de envejecimiento en México. Papeles de Población", Universidad Autónoma del Estado de México, Toluca, México, vol. 11, núm. 45, julio-septiembre, 2005, pp. 9-27, Disponible en: http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=11204502

PÉREZ LÓPEZ, Miguel, "El derecho constitucional a la protección de la salud." Derechos Humanos, 1999, pág.192.

RUIZ MEDINA, Manuel Ildefonso, "Políticas Públicas en Salud y su Impacto en el Seguro Popular en Culiacán, Sinaloa, México", Universidad Autónoma De Sinaloa, 2011

Secretaria de Salud. Programa Nacional de Salud 2007–2012. "Por un México sano: construyendo alianzas para una mejor salud", México, 2007, p.120, disponible en: http://portal.salud.gob.mx/descargas/pdf/pnscap1.pdf

OECD Health Statics 2014 (Estadísticas sobre salud 2014 de la OC), publicada en Organización para la cooperación y el desarrollo económicos agosto 2014, disponible en http://www.oecd.org/centrodemexico/medios/Briefing%20note%20-%20Mexico%202014.pdf

SOLÓRZANO SÁNCHEZ, Ana Evanisi "Informe de Ejecución del Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo 1994-2009", Consejo Nacional de Población México, Primera edición, septiembre, 2009, p. 67, Disponible en: http://www.conapo.gob.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=125&Itemid=193.

Fuentes legislativas

Acuerdo mediante el cual se establecen los lineamientos para la transferencia de los recursos federales correspondientes al Sistema de Protección Social en Salud

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Constitución Política del Perú

Constitución Política de Chile

Constitución Española de 1978

Constitución Política de la República de Colombia, 1991

Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas

Ley de Reforma al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Colombia (Ley 1122 de 2007)

Ley General de Salud

Ley General de Salud Pública España (Ley 33/2011, de 4 de octubre)

Ley Marco del Aseguramiento Universal en Salud en Perú (Ley n° 29344)

Reglamento orgánico del ministerio de salud de Perú (DS Nº 008-2010-SA)

Universal Declaration of Human Rights (Declaración Universal de los Derechos Humanos), disponible en http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/UDHRIndex.aspx

Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018 http://vlex.com/vid/437122482